



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona



Revista de Bioética y Derecho

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

ARTÍCULO

Aspectos de la eficacia del contrato de maternidad subrogada respecto de las obligaciones de la madre sustituta durante el periodo de gestación

Aspectes de l'eficàcia del contracte de maternitat subrogada pel que fa a les obligacions de la mare substituta durant el període de gestació

Aspects of the effectiveness of the surrogacy contract regarding the obligations of the surrogate mother during the gestation period

Hugo Alexander Garcés Garcés¹, Diana Carolina Gaona García²

¹ Hugo Alexander Garcés Garcés. Profesor asociado en las asignaturas de Derecho Civil Personas, Mentor del semillero “Familia y Patrimonio” de la Universidad del Cauca. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad del Cauca, Popayán, Colombia. Email: hggarcés@unicauca.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3955-6941>.

² Diana Carolina Gaona García. Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca – Colombia. Integrante del semillero “Familia y Patrimonio” de la Universidad del Cauca. Email: dianacuero@unicauca.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-4533-9448>.



Resumen

La maternidad se puede entender desde diferentes perspectivas; la historia da cuenta que madre no solamente es quien gesta y da a luz. En el caso del contrato de maternidad subrogada convergen las categorías de gestación e intención como génesis contractual de un vínculo filial que procura un lugar en el mundo jurídico. En el sistema legal colombiano no existe una reglamentación que permita una real seguridad jurídica a los sujetos intervinientes; para acoplar este acuerdo a la legislación, se debe asimilar su contenido a las diferentes categorías que conforman la teoría del contrato. En esta investigación a partir de los requisitos establecidos en materia de maternidad subrogada, en la sentencia constitucional T-968 de 2009 se pretende determinar si este tipo de convenios son legalmente eficaces y en consecuencia si las obligaciones son ejecutables. Se proponen algunas alternativas que brinden soluciones a los problemas jurídicos que se pueden suscitar en el cumplimiento de los acuerdos de maternidad, como la inscripción del niño en la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Palabras clave: maternidad; subrogación; obligación; familia; filiación.

Resum

La maternitat es pot entendre des de diferents perspectives; la història mostra que mare no és només qui gesta i dona a llum. En el cas del contracte de maternitat subrogada convergeixen les categories de gestació i intenció com a gènesi contractual d'un vincle filial que procura un lloc en el món jurídic. En el sistema legal colombià no existeix una reglamentació que permeti una seguretat jurídica real als subjectes intervinents; per acoblar aquest acord a la legislació, cal assimilar-ne el contingut a les diferents categories que conformen la teoria del contracte. En aquesta investigació, a partir dels requisits establerts en matèria de maternitat subrogada, en la sentència constitucional T-968 de 2009 es pretén determinar si aquest tipus de convenis són legalment eficaços i en conseqüència si les obligacions són executables. Es proposen algunes alternatives que ofereixin solucions als problemes jurídics que es poden suscitar en el compliment dels acords de maternitat, com la inscripció del nen al Registre Civil de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Paraules clau: maternitat; subrogació; obligació; família; filiació.

Abstract

Motherhood can be understood from different perspectives; history shows that mother is not only the one who gestate and give birth. In the case of the surrogacy contract, gestation and intention converge as the genesis of a filial bond that seeks a place in the legal world. In the Colombian system there is no regulation that allows a real legal certainty to the intervening subjects; to couple this agreement to the system, its content must be assimilated to the different categories that make up the theory of the contract. In this research, which is based on a documentary review of Colombian judgments and laws related to the matter, it is intended to determine whether this type of agreements are legally effective. Finally, some alternatives are proposed to provide solutions to legal problems that may arise in the fulfillment of maternity agreements.

Keywords: maternity; surrogacy; obligation; family; filiation.

1. Introducción

Los acuerdos de voluntades son multiformes, los contratos están sometidos a la discreción del Estado para ser válidos y eficaces. Hoy la ciencia y la tecnología permiten que esas voluntades transiten por escenarios insospechados, tal cual ocurre con aquellos pactos que se relacionan con procesos o fenómenos biológicos y que como en el caso de la maternidad subrogada generan grandes dudas sobre su validez y forma de ejecución. Las discusiones que se han dado en torno a la confección y procedencia de este tipo de acuerdos de voluntades es amplia, y en este texto hemos de referirnos puntualmente a aquellos aspectos de la eficacia, en la búsqueda de responder hasta qué punto el aparato coercitivo del Estado puede respaldar el cumplimiento de las obligaciones consignadas entre los padres de intención y la madre sustituta. De igual forma, se presentan algunas sugerencias que a manera de propuestas legislativas, pueden ayudar a brindar mejores garantías a todos los sujetos involucrados, todo ello luego de recurrir a fuentes legales, sentencias judiciales y doctrina.

2. La maternidad a través de la historia

Madre, del latín mater- matrix- materia (madre, matriz y materia) (Binetti, 2015, p.37), también se la vincula con la expresión alma máter que significa ‘madre nutricia’, es decir, proveedora de alimento intelectual. De acuerdo a la Real Academia española (2023) es la “mujer que ha concebido o parido un hijo, matriz en que se desarrolla el feto” (RAE, 2023a), o en otras palabras, para tener el estatus de madre una mujer debe parir. El Diccionario de Autoridades de 1734 primer diccionario académico de la lengua española, en una de sus acepciones define que madre es “ave que empolla los huevos, aunque sean ajenos”, esta definición carece del presupuesto de la concepción, pues según la misma, madre también es quien cuida de una criatura aunque no la haya gestado.

En las primeras sociedades o clanes primitivos las relaciones sociales y políticas eran matrilineales, debido a que el vínculo entre madre e hijo era el mejor seguro de consanguinidad (Binetti, 2015).

En los pueblos originarios americanos como el Wayúu, en lo que hoy se conoce como la Alta Guajira de Colombia se puede observar que su organización social se define principalmente por línea matrilineal; por ejemplo, “se establece que los bienes de prestigio, tierras y ganado, deben seguir preferentemente la regla de tradición uterina y la matrilineal antes que la de los padres” (Perafán 1995 en Macías y Cepeda, 2005, p.135).

Para la biología madre es el “ser vivo, hembra, que ha tenido descendencia, que ha parido a otro ser vivo luego de un tiempo apropiado de gestación que varía de acuerdo al tipo de ser vivo al que hagamos referencia” (Definición ABC, 2007). Es decir, desde el punto de vista biológico se habla de una maternidad exclusiva del parto. En contraste, con la genética y el surgimiento de técnicas de reproducción asistida (TRA) como la inseminación artificial, fecundación invitro y los acuerdos de maternidad subrogada, se introdujo una “revolución reproductiva” (Lamm, 2015, p.71), al separar la reproducción biológica del acto sexual, esto es, procreación sin sexo, mujeres que no requieren de una relación heterosexual para ser madres.

Gestar un hijo para terceras personas no es una novedad que haya traído la ciencia, por ejemplo, en una de las leyes del antiguo código de Hammurabi se permitía a la esposa infértil dar una esclava a su marido para así obtener descendencia, esta esclava podía incluso acceder a los mismos beneficios de la esposa.

3. Definición del contrato de maternidad subrogada

La maternidad subrogada corresponde a un acuerdo de voluntades en el cual, una mujer (madre sustituta) acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo una gestación que permita a uno o varios sujetos ser padres de un hijo/a, con la promesa de que después del parto la mujer entregará la niña o el niño a la pareja (padres de intención). En algunos casos a cambio de una contraprestación económica y en otros de manera gratuita.

Las posiciones frente a esta figura son muy diversas, por ejemplo, en países como España, Francia, Alemania, Italia, China, Portugal y Turquía la práctica de la gestación por sustitución está prohibida absolutamente; al contrario, en países como, Rusia y Georgia se permite la maternidad subrogada comercial, es decir, se establece una remuneración económica, además de asumir los gastos médicos se pacta como contraprestación una suma de dinero por el esfuerzo que lleva gestar, y que al mismo tiempo como indican Varsi y Mardini (2021) tenga la capacidad de mejorar la calidad de vida de la mujer que gesta. En Colombia para el año 2023 esta remuneración oscila entre los 10.000 y 12.000 dólares¹, lo que resulta muy atractivo para los extranjeros, por ejemplo, en el Estado de Nevada – EE.UU. el precio de la subrogación varía de \$110.000 a \$170.000 dólares²,

¹ Colombia, un paraíso para el “alquiler de vientres” por lo bajos costos y el vacío legal. *La República*. Disponible en: <https://www.larepublica.co/globoeconomia/colombia-un-paraíso-para-el-controvertido-alquiler-de-vientres-3679088>

² Fertility Center of Vegas (FCLV). Precio de la subrogación de EE.UU. <https://fertilitycenterlv.com/es/tratamiento-de-fertilidad/precio-de-la-subrogacion>

No obstante, En Estados Unidos la posición respecto a esta práctica varía dependiendo del Estado, por ejemplo, en Florida solo se pueden pagar a la madre sustituta los gastos de vida durante la gestación y el post parto, mientras que en el Estado de Maine se permite compensar económicamente a la gestante, siempre que sea razonable, así lo menciona Finkelstein *et al* (2017), o el mencionado caso de las Vegas Nevada, donde hay libertad total; por otro lado, países como Canadá, Grecia, Australia, India, Uruguay y Sudáfrica, permiten los contratos de maternidad subrogada, solo si se realizan de manera altruista, es decir, la mujer que gesta no puede recibir pago ni compensación alguna por la celebración de estos contratos, solo se asumen gastos médicos.

También está el caso de Reino Unido, en donde si bien solo se aprueba la maternidad subrogada altruista, se permite entregar a la madre una compensación por los gastos del embarazo y parto, que además como menciona Igareda será valorada por un juez para asegurarse de que la misma no se excesiva, la suma generalmente asciende a las 10.800 libras (2018, p. 61).

4. Elementos esenciales del contrato de maternidad subrogada según la Sentencia T-968 de 2009

En el ordenamiento jurídico colombiano la práctica de la maternidad subrogada no se encuentra prohibida, ni reglada legalmente, de ahí que la Corte Constitucional se haya pronunciado al respecto, específicamente en la sentencia T-9768 de 2009, un pronunciamiento hito en esta materia, al resolver un caso en el cual una mujer llamada Saraí, aceptó someterse a tratamientos de fecundación in vitro para que una pareja de esposos conformada por el señor Salomón y Raquel, fueran padres; sin embargo, el cuerpo de Saraí rechazó los óvulos de la esposa; tiempo después el señor Salomón y Saraí iniciaron una relación, y Salomón le pidió a Saraí realizar nuevamente el tratamiento de fecundación in vitro con sus propios óvulos y con el esperma de él; Saraí aceptó. En el año 2006, producto de la inseminación artificial nacieron los mellizos Samuel y David. En el año 2007, se admitió una demanda que interpuso el padre de los menores para trasladarlos a Estados Unidos de forma definitiva.

El Juez Décimo de Familia de Cali (Colombia) en el año 2008 concedió el permiso; uno de los fundamentos consistió en que entre Salomón y Saraí, existió un contrato verbal de alquiler de vientre, en el que ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel.

Inconforme con el permiso concedido Saraí interpone una acción de tutela³ para que se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Décimo de Familia, por atentar contra el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella.

La Corte Constitucional concluyó que el caso no constituía un arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, dado que la señora Saraí era la madre biológica de los menores por haber aportado sus óvulos. Pese a lo anterior, la Corte Constitucional estableció una serie de condiciones o requisitos que deben cumplirse para poder afirmar que se está ante un contrato de maternidad subrogada:

que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podrá interrumpir el embarazo por prescripción médica (Corte Constitucional, Sentencia T-968 de 2009).

Se debe mencionar que a la fecha la Corte Constitucional no ha emitido otros pronunciamientos distintos al anterior para regular la práctica de la maternidad subrogada, la tarea tampoco ha sido realizada por el Congreso de la República, pese a que “desde 1998 se han radicado por lo menos dieciséis proyectos de ley en los que se ha pretendido regular la maternidad subrogada; [...] todas las iniciativas han resultado en archivo”, (Corte Constitucional, Sentencia T-275 de 2022),

Aunque es importante resaltar la sentencia T-275 de 2022, emitida por la Corte Constitucional al resolver una acción de tutela promovida por Mauricio, un hombre que mediante la figura de maternidad subrogada se había convertido en padre único, hecho que acreditó con el registro civil de nacimiento de la niña, el demandante solicitaba se le extendiera la licencia de maternidad (18 semanas), ya que su empleador solo le reconoció catorce (14) días que corresponden a la licencia de paternidad. En primera instancia el juez le negó ese derecho,

³ Acción judicial mediante la cual se protegen los derechos fundamentales.

argumentando que existía déficit normativo en la materia y que la misma solo se reconoce en la madre biológica, madre adoptante y en caso de abandono, enfermedad o muerte de la madre biológica, se puede extender al padre. La Corte Constitucional en sede de revisión considero que, “es claro que el legislador no contempló la extensión de la licencia de maternidad para el supuesto en que un padre asuma en soledad el cuidado de su hijo o hija engendrado a través de la maternidad subrogada”, afirma que en este caso la madre de la niña no ha muerto, no está enferma, ni la abandonó, la Corte expone incluso que por la forma en que la menor fue procreada “no existe madre alguna” (Constitucional, Sentencia T-275 de 2022).

Finalmente, la Corte Constitucional en virtud el principio de igualdad extiende los beneficios de la licencia de maternidad a Mauricio, considerando que su situación se asemeja a “los padres adoptivos o biológicos que han debido asumir el cuidado de sus hijos en soledad”. No obstante, la Corte no se detiene a analizar la validez o no de la figura del contrato de maternidad subrogada en Colombia, aunque llama la atención que considere que la niña no tiene madre, implícitamente se puede interpretar que reconoce el contrato, al punto de no considerar madre a la mujer que parió.

5. Validez del contrato de maternidad subrogada en Colombia

El Código Civil colombiano en el artículo 1502 contempla cuatro elementos esenciales para todo acuerdo jurídico de voluntades, sin los cuales no se podrá predicar su validez, estos son: 1) la capacidad; 2) el consentimiento; 3) objeto lícito, y la 4) causa lícita; se entiende que sin estos presupuestos el acuerdo puede sufrir diferentes efectos adversos.

Aunque como ya se mencionó se han presentado proyectos de ley, en Colombia no se ha regulado el contrato de maternidad subrogada, por esa razón, se hace necesario acudir a la regla de *analogía jurís*, y de esta manera aplicar los principios subyacentes en las disposiciones del ordenamiento jurídico que guardan similitud con este tipo de contrato.

Es necesario explicar rápidamente cada uno de estos presupuestos en concordancia con los requisitos consagrados en la sentencia T-968 de 2009, antes explicada.

5.1. Capacidad

La capacidad legal ha sido definida como “la aptitud que tienen las personas para contraer obligaciones y adquirir derechos” (Leal, 2019, p.123). A su vez la capacidad se divide en capacidad

de goce y capacidad de ejercicio. Hay consenso sobre la definición de la capacidad de goce como la facultad o atributo de poder ser titular de derechos, mientras que la capacidad de ejercicio hace referencia no solo a poder ser titular de derechos, sino también a que una persona pueda ejercerlos y disponer de ellos por sí misma.

La capacidad de la madre sustituta en un contrato de maternidad subrogada es especial o cualificada, de acuerdo a la jurisprudencia colombiana no basta con que la madre sustituta sea mayor de edad, sino que, debe reunir aptitudes físicas y mentales como:

Haber dado a luz: la Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009, estableció como requisito que quien pretenda ser madre sustituta debe “haber tenido hijos”, entendiéndose que se refiere a haber dado a luz por lo menos dos hijos a la fecha de celebración del contrato.

Buena salud: se refiere a que la mujer debe ser apta para gestar, esto implica estar diagnosticada como libre de enfermedades o afecciones médicas que puedan incidir negativamente en el embarazo y parto, por ejemplo, cáncer, diabetes, hipertensión arterial, obesidad o VIH. También se refiere a que la mujer tenga un buen sistema reproductivo, es decir, que sus órganos estén en buen estado, por ello la edad deja de ser un requisito legal y se convierte en un tema fisiológico, pues de acuerdo a Vantman y Vega (2010) a partir de los 35 años la fertilidad de la mujer empieza a disminuir⁴. La buena salud no solo incrementa las posibilidades de que el menor nazca sano, sino que también protege la vida de la mujer gestante.

Salud psíquica: la madre sustituta debe ser evaluada por profesionales en el área, pues el embarazo es un periodo de tiempo estresante, y padecer enfermedades mentales como depresión o ansiedad, por mencionar algunas, podría aumentar los riesgos para la salud del bebé.

Al igual que la madre sustituta, la capacidad contractual de los padres de intención es especial o cualificada, no se limita a la mayoría de edad, dado que en la sentencia T-968 de 2009, la Corte Constitucional contempló que la mujer madre de intención debe padecer *problemas fisiológicos para concebir*: debe haber sido dictaminada como estéril, esto es que, tras un año de haber tenido relaciones sexuales con su pareja no se haya logrado el embarazo. Se entiende que este requisito solo corresponde a las mujeres, pues en el supuesto de un hombre soltero que pretenda celebrar un contrato de maternidad subrogada, no tiene sentido exigir que sea estéril, ya que lo sea o no, un hombre por sí mismo en la actualidad no tiene la capacidad de gestar una vida, por el contrario, en las mujeres el requisito es importante pues evitaría como menciona Puigpelat (2022) que mujeres fértiles con buena posición social celebren este contrato para evitar los efectos físicos, mentales y las responsabilidades del embarazo.

En cuanto a la edad de los padres de intención, si bien es cierto, en la práctica no está regulada, la misma puede ser asimilada a lo que en la legislación colombiana se considera la edad idónea para ser padre o madre por adopción; el artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia expresa que se puede adoptar a partir de los veinticinco años de edad. En ese sentido, igualmente a través de la regla de la *analogía juris*⁵, esta misma edad podría exigirse a quienes pretendan ser padres o madres mediante un contrato de maternidad subrogada, y como menciona Bechara (2019) en ambas formas de constitución de la familia predomina la voluntad de ser padres de un menor.

A partir de lo anterior vale la pena preguntarse ¿Qué sucede si a la fecha de celebración del contrato la madre sustituta solo ha dado a luz un hijo propio o a ninguno? De acuerdo a la sentencia T-968 de 2009 y conforme a las normas que regulan los contratos de manera general se habría incumplido el requisito de capacidad y el contrato estaría afectado de nulidad relativa, no obstante, para el caso de la maternidad subrogada es imposible volver las cosas al estado en que se hallaban antes de la celebración del contrato, ya que las restituciones mutuas se aplican a obligaciones de contenido patrimonial⁶, y se trata de devolver la cosa, restituir el precio, frutos e intereses. De manera que este tipo de ineficacia no tiene cabida en estos convenios.

5.2. Consentimiento

La Real Academia Española define consentimiento como “permitir algo o condescender en que se haga” (2023b), así entonces, el consentimiento es la acción de pensar o sentir de la misma manera que otra u otras personas.

Jurídicamente el consentimiento es la aceptación o acuerdo de las personas que celebran un contrato o negocio jurídico, deber ser un “acuerdo deliberado, consiente y libre de la voluntad” (Leal, 2019, p. 125), el cual debe expresarse “a través de actos externos, queridos en forma libre y espontánea” (Leal, 2019, p. 125). La voluntad deber ser real y seria, dirigida a crear una relación jurídica obligatoria, voluntad que debe manifestarse o exteriorizarse de alguna forma.

En un contrato de maternidad subrogada la madre sustituta se somete a tratamientos médicos como la *fecundación in vitro*. En esta materia la Corte Constitucional ha dicho que el

⁵ Corte Constitucional (1995). Sentencia C-083. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶ Código Civil Artículo 1746: “En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”

consentimiento previo a su realización, además de ser libre debe ser informado, debiendo quedar evidencia documental⁷, de manera que se informe a la madre sustituta: el alcance de las técnicas empleadas y los riesgos de la intervención, con el propósito de que comprenda las implicaciones del procedimiento.

También deberá ser evaluada por profesionales de psicología, para que estos certifiquen que ella comprende el alcance del acuerdo, esto es, verificar que la mujer entiende y acepta que “una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no puede retractarse de la entrega del menor” (Corte Constitucional, Sentencia T-968 de 2009).

Por su parte los padres de intención tendrán que otorgar un consentimiento informado y muy detallado, en el cual se expliquen los eventuales riesgos a la madre y al hijo; anomalías o defectos de nacimiento de los niños nacidos de mujeres sanas, ya que de acuerdo a la Corte Constitucional, el consentimiento de los padres de intención es un acto irrevocable, a partir del cual los padres de intención no podrán rechazar al menor bajo ninguna circunstancia, y la irrevocabilidad del consentimiento surge desde que el embrión esté implantado (Corte Constitucional, Sentencia T-968 de 2009), es decir, cuando el embrión transferido se adhiere al endometrio dando inicio a la gestación, ahora, que la irrevocabilidad inicie al mismo tiempo que la gestación, no debería implicar que los contratantes no asuman la responsabilidad por complicaciones o afecciones que sufra la madre sustituta durante los intentos de transferencia embrionaria, pues ningún procedimiento clínico es inocuo.

En línea de lo anterior la irrevocabilidad del consentimiento de la madre sustituta solo principiaría cuando ha ocurrido la implantación, ya que considerar que el mismo inicie desde el primer intento de transferencia embrionaria, no respetaría los derechos de esta mujer, pues podría ocurrir que no se dé la implantación y la mujer no quiera someterse a esa experiencia nuevamente, ya que generalmente se necesita más de una transferencia para lograr el embarazo, de ahí que coaccionarla a someterse a más intentos va en contra no solo de su integridad física y mental; sino contra la dignidad humana y los más elementales principios legales y bioéticos, ya que ningún ser humano puede imponer su voluntad sobre el cuerpo de otro. Ahora, en caso de pérdida del feto lo más justo es que el contrato quede resuelto de manera automática y solo sobrevivan aquellas cláusulas que garanticen subsanar los perjuicios generados sin culpa de las partes.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-357 de 2022.

5.3. Objeto lícito

Jurídicamente el objeto del contrato es el propósito o fin específico que se persigue con la celebración del contrato, así el objeto puede ser una prestación, un hecho o una abstención, sin embargo:

No es absolutamente exacto hablar de objeto del contrato, en verdad no es el contrato el que tiene un objeto; es la obligación producida por el contrato. Para ser preciso, habría que decir: objeto de la obligación nacida del contrato (Leal, 2019, p. 142).

En un contrato de maternidad subrogada el objeto es una obligación de hacer que se dirige a que una mujer lleve a cabo con un fin altruista, la ejecución de un conjunto de conductas sucesivas (transferencia embrionaria – gestación) que darán como resultado el nacimiento de un niño con el que no tiene ningún vínculo genético (Aguilar *et al*, 2017, p. 238), es decir, no se está disponiendo de un ser humano, sino de la capacidad reproductora de la mujer (Redondo 2017, p. 140).

Por otro lado, la obligación de los padres de intención es solventar los gastos médicos de la madre sustituta, de ahí que no se hable de un pago, esto se conoce como subrogación altruista o gratuita.

En algunos países se permite a los padres de intención entregar una remuneración económica a la madre sustituta (subrogación comercial), es el caso de Estados como Rusia⁸ Lamm (2013) donde la subrogación puede ser altruista o comercial, ya que no existe regulación al respecto; Ucrania país en el que se acepta la subrogación comercial, apoyándose en el artículo 627 del Código Civil que establece el principio de libertad contractual como una de las bases generales de la legislación civil; y el Estado de Sinaloa (México), que desde el año 2013 regula ampliamente la maternidad subrogada, admitiendo la “subrogación onerosa”⁹.

Habiendo explicado el objeto del contrato de maternidad subrogada es pertinente hablar de la licitud del mismo. Un objeto contractual lícito es aquel que no contraría ninguna ley prohibitiva ni preceptiva, es decir, aquellas que fijan mandatos o directrices que deben cumplir o respetar las partes, tampoco debe violar los principios de la moral, entendida esta como un producto de la

⁸ Con el Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995, artículo 51, inciso 4; La Ley Federal de salud aprobada en noviembre de 2011; La Ley Federal sobre los actos de Registro del estado civil de 1997; La Orden n.º 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina del 26 de febrero de 2003, que regula la parte médica de la gestación por sustitución. (Lamm, 2013, p.171)

⁹ Código Familiar del Estado de Sinaloa, publicado el 6 de febrero de 2013.

conciencia humana que trata de establecer determinada conducta como buena o mala, de ahí que la moral es una “[...] realidad social diferente al derecho, pero relacionada con éste y que, en algunos casos y dentro de ciertos límites, le sirve de sustento” (Corte Constitucional, Sentencia C-224 de 1994), pese a lo anterior la moral obliga solo a la conciencia del sujeto.

Con fundamento en lo planteado se puede decir que el objeto del contrato estudiado es lícito, en razón a que no existe en la legislación interna una norma que lo prohíba expresamente. Por otro lado, elementos como el derecho a la autonomía de la voluntad privada, son un argumento a favor de quienes afirman que el contrato de maternidad subrogada es acorde al ordenamiento jurídico colombiano, pues el Estado mediante esta facultad ha reconocido a sus ciudadanos la capacidad de tomar de decisiones y de autodeterminarse de acuerdo a sus creencias y deseos.

Por otra parte, varios de los argumentos en contra de la maternidad subrogada tienen como base la moral, por ejemplo, la cosificación del cuerpo humano o la desnaturalización del proceso biológico de la maternidad. Sin embargo, el contrato de maternidad subrogada en estricto sentido no cosifica el cuerpo humano, pues la finalidad de este acuerdo no es que la mujer que gesta se desprenda de uno de sus órganos, ni es vender a un ser humano; como ya se ha mencionado la mujer está prestando su capacidad reproductora, es decir, su útero para ayudar a ser padres o madres a quienes sufren problemas de infertilidad; además, como menciona Fernández (2019) no se cosifica a la mujer en tanto ella otorgó su consentimiento, esa es la diferencia con los objetos a los cuales no se les consulta nada (p. 92).

Vale la pena recordar que, para el año 2023 en Colombia se conoció la noticia sobre la propuesta de pretender utilizar a mujeres con muerte cerebral para que gestaran niños que luego serían entregados a padres o madres de intención. Esta noticia dio la vuelta al mundo y por fortuna no fue más que una mala idea.¹⁰

La comercialización del cuerpo también se excluye, ya que la Corte Constitucional estableció que se estará frente a este contrato si se realiza sin fines de lucro, y con un objetivo altruista, si bien es cierto hay transferencia de dinero entre las partes, este se dirige a sufragar los gastos médicos y demás erogaciones de la mujer que gesta.

¹⁰ Revista Semana. (31 de enero de 2023). “Propuesta para ‘usar’ cuerpos de mujeres con muerte cerebral para gestar bebés de otras personas causó indignación en redes”. <https://www.google.com/amp/s/www.semana.com/amp/salud/articulo/propuesta-para-usar-cuerpos-de-mujeres-con-muerte-cerebral-para-gestar-bebes-de-otras-personas-causo-indignacion-en-redes/202315/#ip=1>

5.4. La causa lícita

El Código Civil define como causa “el motivo que induce al acto o contrato”. Según el fallo de la Corte Constitucional se entendería que la causa del contrato de maternidad subrogada es lícita, en tanto que el motivo de la mujer gestante es ayudar de forma altruista a una persona infértil y por parte de los padres de intención el motivo es tener un hijo. En este último caso nos referimos propiamente a la causa fin del contrato.

6. Características del contrato de maternidad subrogada

Lo tratado hasta este punto permite considerar que, en el sistema jurídico colombiano, el contrato de maternidad subrogada es válido y tiene determinadas características, tales como: i) la bilateralidad, ya que tanto la madre sustituta como los padres de intención se obligan recíprocamente; ii) gratuidad relativa, esto es “que la gestante no obtenga un beneficio económico ni que el proceso se desarrolle como una actividad comercial que permita el lucro” (Valero 2019, p. 423); iii) conmutativo: debe haber equivalencia entre las contraprestaciones de las partes, la mujer gestante se compromete a soportar la gestación y el parto, mientras que los padres de intención suplirán todos los gastos médicos; iv) más o menos consensual: no existe ley que exija su solemnidad, por lo tanto se perfecciona con el acuerdo de voluntades, sin embargo, el contrato debe estar contenido en un documento escrito para efectos de prueba ; v) atipicidad, dado que no hay ley que expresamente regule el contrato de maternidad subrogada.

7. Las obligaciones de las partes en un contrato de maternidad subrogada

En el ámbito del derecho civil “una obligación es el vínculo por medio del cual el deudor es constreñido con el control y la garantía del Estado, a proporcionar una prestación o un servicio al acreedor” (Pérez, 2022, p. 8). Una definición más reciente es la del doctrinante Rafael Rojina Villegas que define la obligación “como una relación jurídica por virtud de la cual un sujeto llamado acreedor está facultado para exigir de otro sujeto denominado deudor, una prestación o una abstención” (Rojina Villegas en Pérez, 2022, p 12). Actualmente, en la doctrina se acepta mayoritariamente que la relación jurídica es un vínculo intersubjetivo protegido y reconocido por el derecho. Ahora, la obligación como relación jurídica tiene una estructura que se compone de tres elementos:

- a. Elemento subjetivo: son las personas bien sea naturales o jurídicas entre quienes se establece la relación, que consta de dos extremos, un sujeto activo (acreedor) titular de un derecho y un sujeto pasivo (deudor) titular de un deber.
- b. Objeto: es la prestación o conducta que el sujeto pasivo debe realizar, que pueden ser positivas cuando son de dar o hacer y negativas cuando son de no hacer.
- c. La relación jurídica o contenido: que como expresa Pérez (2022) se divide en i) crédito: esto es el derecho a recibir la prestación, así como la facultad de exigir que se cumpla, ii) débito: deber del sujeto pasivo de cumplir con la prestación y de responder con su patrimonio cuando el acreedor acuda al cumplimiento forzoso.

Para autores como Savigny un elemento esencial de la obligación es la patrimonialidad de la prestación, “sostiene el dogma de que la prestación, objeto de un derecho personal, necesariamente debe contar con un valor pecuniario o ser susceptible de valorarse en dinero, tesis que impide la existencia de obligaciones con contenido no patrimonial” (Pérez, 2022, p. 16), no obstante, Von Ihering, plantea que hay ocasiones en que:

No se trata en una lesión del derecho de un valor material, sino de una satisfacción al sentimiento legal del que ha sido lesionado [énfasis propio]. Nuestro derecho no reconoce otra medida que la del materialismo bajo y grosero, no mira la cuestión más que desde el punto de vista del interés pecuniario. Recordamos haber oído hablar de un juez que para desembarazarse de los pequeños embrollos de un juicio sobre cosa de poca importancia, ofreció pagar de su bolsillo al demandante la suma en litigio y se incomodaba grandemente cuando no era aceptada su proposición; no podía comprender este sabio magistrado que el demandado no tenía a la vista una suma de dinero, sino su derecho. [...] Se exige al acusador que pruebe hasta el último céntimo, el interés pecuniario que para él tiene el proceso. (Von Ihering, 2018, p. 144-145)

Posición que se opone a Savigny, pues critica que no se tenga en cuenta otro interés distinto al pecuniario, o como lo interpreta Pérez, en algunas situaciones:

El objeto no sólo puede ser valorizable en dinero, debido a que las prestaciones de hacer o no hacer pueden ser de carácter moral o espiritual, y es suficiente que esto implique una satisfacción para el acreedor con el fin de fundamentar, en su caso, su interés de exigir el cumplimiento, el cual es digno de protección jurídica (Pérez, 2022, p. 16).

A partir de lo anterior se considera que la prestación de un contrato de maternidad subrogada es de contenido no patrimonial, es una obligación de hacer que no tiene o no debería tener como fin un beneficio económico para ninguna de las partes, sino, ayudar a una o dos personas en su

progenitura al prestar su fuerza biológica, la cual no puede valorarse en dinero. En el contrato se podría incluir una cláusula penal, sin embargo, como menciona Fernández (1994) no es posible derivar el carácter patrimonial de la prestación del carácter pecuniario de la cláusula penal.

Volviendo al elemento de la relación jurídica de la obligación, vínculo que por un lado constriñe al deudor a i) cumplir con la prestación convenida y ii) a responder con su patrimonio en caso de incumplimiento, y por otro lado faculta al acreedor para exigir el cumplimiento, se debe mencionar que no todas las obligaciones son exigibles jurídicamente. En Colombia se sigue la tesis de la teoría alemana de Amira, Brinze y Gierke del “débito y la responsabilidad” la cual plantea que la obligación tiene dos aspectos:

Shuld o débito: Quien ha contraído una obligación sabe que es deudor e intrínsecamente se somete a la necesidad de cumplirla, “es el deber psicológico latente del obligado de cumplir la prestación” (Schilman 2003, p.124). Mientras que en el acreedor el shuld es la esperanza o expectativa de que el deudor cumplirá la obligación voluntariamente, este cumplimiento voluntario los libera a ambos, pues de acuerdo a Schilman (2003), al cumplir el deudor con la prestación, el acreedor la considera extinguida, “la shuld reciproca desaparece” (Schilman 2003, p.126).

Haftung: hace referencia al segundo aspecto del vínculo, la responsabilidad o garantía, esto es la potestad coactiva, típica que la ley le confiere al acreedor ante el incumplimiento como “titular de un verdadero y propio derecho, de un poder de compulsión [...] para obtener por constreñimiento la prestación establecida o dirigirse contra el patrimonio del deudor en caso de incumplimiento” (Schilman 2003, pp.126-127). Esta facultad del acreedor nace junto con la obligación, pero no se hace uso de ella hasta que la inejecución o incumplimiento se consume.

La diferencia entre el shuld y haftung, radica en que la primera es una prestación regida por la moral, no por el derecho, es ajena a toda coerción que procure el cumplimiento, la segunda es la posibilidad de que mediante la coacción del Estado, el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la prestación o se resarzan los daños ante un incumplimiento. Esta diferencia ha dado paso a que de acuerdo al artículo 1527 del código civil colombiano, las obligaciones se clasifiquen en naturales y civiles:

- a. Las obligaciones naturales son “las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento” (Ledezma, 2014, p. 285), aunque sí “hay determinación del sujeto, del objeto y del vínculo jurídico” (Ledezma, 2014, p. 286) es decir, solo tienen el elemento *shuld* de la obligación.
- b. Las obligaciones civiles serán aquellas que dan derecho a exigir su cumplimiento.
- c. La importancia de la obligación natural dentro del derecho radica en ser un factor moral de las relaciones jurídicas en la sociedad, y “si una persona no tiene acción para exigir el

cumplimiento de una prestación, el legislador no puede ponerle obstáculo a quien quiere cumplir, a quien en su conciencia tiene un deber de dar cumplimiento a una prestación” (Ledezma, 2014, p. 287).

En este punto se puede afirmar que, en un contrato de maternidad subrogada los padres de intención son acreedores de una obligación no patrimonial de hacer y no hacer, cuya prestación más general es que una mujer les preste su fuerza biológica, su capacidad de crear vida. Esta obligación es de medio no de resultado, ya que la madre subrogada es deudora de cumplir ciertas actividades y abstenerse de otras “mientras la realización del resultado esperado queda por fuera de la prestación” (Rozo, 1999, p. 139), esto es que la gestación traiga como resultado un hijo para los padres de intención, ya que durante la misma pueden ocurrir múltiples complicaciones, de ahí que la responsabilidad predicada en este tipo de obligaciones es por culpa, según la cual, la madre subrogada no será culpable si su conducta ha sido diligente (Código civil art. 63).

En cuanto al cumplimiento de la prestación del contrato de maternidad subrogada, se puede decir que es al mismo tiempo una obligación civil y natural, dependiendo del extremo contractual, y de la etapa de ejecución en que se encuentre el contrato, esta mutabilidad supone una dificultad al exigir su cumplimiento.

Para la madre sustituta desde que se logra el embarazo y durante la etapa de gestación, la obligación del contrato de maternidad subrogada será una obligación natural. Para demostrarlo se plantean tres situaciones: i) la madre sustituta se niega a realizarse los exámenes necesarios; ii) no se abstiene de realizar conductas contraindicadas; o iii) decide abortar. En estos supuestos y en el entendido de que el contrato de maternidad subrogada es válido, los padres de intención podrían acudir al juez para exigir el cumplimiento. Sin embargo, vale la pena preguntarse: ¿un juez puede coaccionar materialmente a una madre sustituta gestante para que se realice los exámenes y controles necesarios?, o para que se abstenga de realizar determinadas actividades, o ¿puede prohibir a una madre sustituta abortar?, todo esto en el marco del ordenamiento jurídico colombiano y sin vulnerar los derechos humanos y fundamentales de aquella mujer.

La respuesta es negativa, existen principios y derechos que impiden la ejecución de obligaciones que recaen sobre el propio cuerpo, son ellos la dignidad y la libertad, los cuales están estrechamente vinculados. El principio de dignidad tiene dos dimensiones, una entendida como la facultad de poder decidir un plan de vida en base a las propias creencias y principios, y la otra como un límite que “los Estados no pueden sobrepasar ni vulnerar por razón ni circunstancia alguna” (Gómez, 2011, p. 41). En Colombia la dignidad humana está consagrada como uno de los principios que rigen el Estado (Constitución, 1990, art.1). A nivel internacional la dignidad humana está reconocida en varios artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Ahora, de la dignidad entendida como la libertad de tomar “decisiones y de actuar de manera individual guiados exclusivamente por la razón” (García, 2021, p.19), surge el derecho de autodeterminación del cuerpo, que cobra especial relevancia ante los avances de la ciencia que han posibilitado que el cuerpo pueda ser objeto de actos jurídicos, por ejemplo, la compra de sangre en países como Estados Unidos.

De acuerdo A Rabinovich-Berkman:

El sujeto es su propio cuerpo que se rige por una autodeterminación que nunca cede. Ni siquiera se pierde la autodeterminación cuando el paciente es enfrentado al acto médico de curación, porque aún en ese caso el sujeto comparte con el experto la decisión de curar ese cuerpo que le pertenece. La autodeterminación es la base de lo que llamamos derecho sobre el propio cuerpo (Rabinovich en Shina, 2020, p. 5)

Por lo anterior se puede decir que, el “derecho de autodeterminación del cuerpo únicamente puede ser ejercido por su titular quien deberá expresar su consentimiento (no puede presumirse) y, además, conservará, en todo momento, la facultad de revocarlo” (Shina 2020, p.6). Por estas mismas razones, un juez no podrá coaccionar a una madre sustituta a realizarse los exámenes o a abstenerse de actividades contraindicadas al embarazo, pues estaría vulnerando su derecho a la libertad, protegido en el artículo 13 de la Constitución, ya que se la estaría obligando a hacer algo que ella no quiere; por otro lado, si un juez ordena su traslado forzoso a un centro clínico, se afecta su libertad ambulatoria ya que es una clara privación de libertad.

Respaldando la decisión de la madre sustituta de abortar tenemos la sentencia C-055 de 2022, que despenalizó el aborto hasta la semana veinticuatro de gestación sin ninguna restricción o condición, y a pesar de que existe un contrato valido, es decir, vinculante en el que se obligó a llevar a término el embarazo, y que los contratantes podrían pretender ejecutar, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano la obligatoriedad del contrato cede ante esta decisión, pues no permitir el aborto a la madre sustituta afecta su dignidad humana, se la está sometiendo a un trato degradante, ya que un tercero está disponiendo de su cuerpo, anulando la autodeterminación sobre cuerpo de la mujer; si bien, en un principio el consentimiento fue libre y no perjudicaba a ninguna persona, constituyendo así un acto moralmente aceptado, que el Estado considere legítimo coaccionarla a soportar el embarazo por ese consentimiento inicial que ha cambiado o revocado de manera unilateral, “sería vaciar de sentido a los derechos humanos” de esta mujer (De Lorenzo, 2011, p.20).

La obligación de la madre sustituta se modifica después de sobrevenir el parto, debido a que las acciones judiciales no se dirigen hacia el cuerpo de la mujer, sino sobre sus derechos; en caso de que se niegue a entregar al menor, a partir de ese momento los padres de intención disponen

de herramientas como la impugnación de la maternidad, buscando la aplicación del concepto de voluntad procreacional o deseo de ser padres del menor, que se prueba con el contrato de maternidad subrogada que además los legitima como actores en las diferentes acciones. La prueba genética de ADN corroborará su vínculo y/o su “voluntad procreacional”. Con esos dos argumentos aunados a la teoría de los actos propios, un juez puede restar peso a la gestación y parto y conceder a los padres de intención la filiación del menor, haciendo uso de su facultad de autonomía y discrecionalidad, pues “lo biológico importa un plus respecto de lo genético; y como lo genético carece de ese plus adquiere más importancia y relevancia lo volitivo” (Lamm, 2015, pp. 73).

Los padres y/o madres de intención, una vez confirmado el embarazo, y hasta que el niño les sea entregado, contraen obligaciones civiles con la madre sustituta, las cuales, en caso de incumplimiento, pueden ser ejecutadas, por ejemplo, aquellas que corresponden a los gastos médicos del embarazo, traslado, alimentación. Teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, incluso se puede hablar del surgimiento de una manutención, asimilable a los alimentos que por ley se deben a la madre y al no nacido, pues en últimas, el vínculo entre los padres de intención y el embrión no se deriva del contrato sino de un vínculo legal, presumido por la existencia del contrato.

Los padres de intención estarán obligados a aceptar al menor sin excepción alguna, por ejemplo, puede suceder que el bebé venga con un defecto físico o malformación, no obstante, ante ello no habrá causa justificable para rechazarlo. Así mismo, si se llegase a presentar un embarazo gemelar y no haber sido ese su querer, deberán asumir la responsabilidad de ambos menores.

Se pueden presentar muchas eventualidades, como la muerte de uno o ambos padres de intención durante el periodo de gestación, pero en todo caso, este hecho no impide el establecimiento de la filiación y el surgimiento de todos los derechos que ella conlleva. Para precaver dificultades de este tipo se hace necesario el contrato como prueba de la voluntad procreacional del fallecido, lo que a su vez puede constituirse en una presunción de la paternidad o maternidad. Si bien habrá casos en que con una prueba científica se acredite el vínculo genético, también puede haber otros en los cuales se utilice un donante de gametos, ello excluiría la probabilidad de paternidad o maternidad y de ahí la importancia de proponer un trámite judicial previo como mecanismo determinante a la hora de establecer la filiación.

8. Control previo a los derechos de maternidad

Al momento de realizar la inscripción del menor ante la Registraduría Nacional del Estado Civil como hijo de la madre de intención, se exigirá a los padres el documento base de registro, el cual para este caso corresponde al certificado de nacido vivo expedido por el centro hospitalario, en el que ha de figurar como madre la mujer que dio a luz, por esta razón, se hace necesario obtener un documento equivalente y precaver un juicio de filiación o un trámite de adopción.

Como posible solución a esta dificultad se propone adelantar un trámite previo a la transferencia embrionaria, con el propósito de obtener del juez de familia o defensor de familia, una providencia en la cual se avalen los acuerdos contenidos en el contrato de maternidad subrogada y además con el propósito de suplir el referido certificado o documento base y permitir la inscripción ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, Cónsul o Notario.

Esta propuesta de un proceso declarativo que brinde eficacia jurídica al contrato de maternidad, se plantea por cuanto la naturaleza de algunos de los derechos que la madre ostenta en su calidad de tal, como es el caso de la patria potestad, de acuerdo a legislación colombiana es irrenunciable e indisponible y su extinción se da por una providencia judicial o por resolución de adoptabilidad; ello aunado a que las normas que la regulan son de orden público (Código de infancia y adolescencia art. 5), de ahí que el ejercicio de la patria potestad no pueda ser “atribuido, modificado, regulado, ni extinguido por la propia voluntad privada”, sino por la ley (Concepto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar).

Así las cosas, al no poderse ceder la patria potestad y no siendo el contrato de maternidad subrogada un acto eficaz en este aspecto, se hace necesario que exista un control judicial previo del contrato para que sea un juez de la república quien haga el reconocimiento de los efectos del acuerdo.

En caso de que el control judicial no sea favorable, para superar los obstáculos al momento de establecer la filiación, los padres de intención podrían, optar por promover una reclamación del estado civil con fundamento en el artículo 406 del código civil que reza:

Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce.

Con el fin de establecer una filiación con fundamento en su vínculo genético y la voluntad procreacional acreditada con el contrato. En todo caso, los jueces deben tener en cuenta que ante los avances científicos la presunción de maternidad por el parto, ya no es suficiente para establecer la filiación.

9. CONCLUSIONES

Las obligaciones contraídas por la madre sustituta en su mayoría son naturales; frente a aquellas obligaciones que recaen en la disposición del cuerpo, la dignidad de la madre y los principios constitucionales serían la contención a cualquier medio judicial coercitivo.

Se hace necesario regular una compensación en favor de la madre sustituta y reevaluar así la gratuidad del contrato, pues el embarazo puede dejar o no, secuelas permanentes de por vida en el cuerpo de una mujer, aunado a ello, aunque es una actividad altruista, puede implicar que la mujer deje de percibir salarios, suspenda actividades académicas o sencillamente soporte cambios psíquicos y físicos. Para que la compensación no afecte el consentimiento, un comité de ética puede establecer un monto proporcional a los riesgos que implica gestar un hijo.

Las sanciones generales de ineficacia no son aplicables a este tipo de convenios luego del inicio de su ejecución. Por el contrario, si es aplicable el principio de preservación del contrato para salvaguardar aquellas estipulaciones que puedan ser cumplidas.

En el evento de existir un conflicto con ocasión a la filiación del hijo o hija, sería aplicable una acción de reclamación del estado civil, con base en lo contenido en el artículo 406 del Código Civil colombiano.

La capacidad especial o cualificada de la madre sustituta o los padres de intención puede o no cumplirse y a pesar de ello la gestación puede llevarse a término, de ahí que se hace necesario un trámite previo que conmine a los contratantes a cumplir con los requisitos.

Implementar un trámite previo ante un juez de familia o ante una autoridad administrativa, puede ayudar a prevenir problemas jurídicos futuros y dar eficacia a las cláusulas del contrato.

La calidad de padre o madre de intención es una ficción legal que se apuntala en un acuerdo de voluntades, mientras que la calidad de madre de la sustituta es un hecho natural cuyos efectos jurídicos tienen una condición resolutoria que puede ser el nacimiento o una providencia judicial.

El contrato de maternidad subrogada puede ser calificado como un contrato solemne, más o menos gratuito y cuyos efectos involucran aspectos del orden público como es el estado civil.

REFERENCIAS

- ◆ Aguilar, A.J.; Torrado, A.; Villamizar, G. y González, N. (2017) Contrato de maternidad subrogada: su validez en el ordenamiento jurídico colombiano. En Graterol-Rivas, M., Mendoza- Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva*

- socio-jurídica*. (pags. 226-246) Publicaciones Universidad del Zulia, Maracaibo, estado Zulia, República Bolivariana de Venezuela. <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2097>.
- ◆ Amaris Macías, M. y Cepeda Garzón, J. (2005). Revisión bibliográfica analítica sobre los elementos culturales de la familia de los pueblos amerindios kogi y wayúu. *Psicología desde el Caribe*, (16), 128-147. <https://www.redalyc.org/pdf/213/21301605.pdf>.
 - ◆ Beetar Bechara, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(2). <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>
 - ◆ Binetti, M.J. (2015). En su origen era la Madre: aportas para una metafísica matricial. *DÚODA: Estudios de la diferencia sexual*, (48), 32-61. <https://raco.cat/index.php/DUODA/article/view/294239>
 - ◆ Código Civil [C.C.]. (2017). 38ª ed. Legis.
 - ◆ Fernández Codina, G. (2019). Gestación subrogada: crítica a sus críticas, sobre porqué es moralmente lícita y legalizable. J.M. Bosch editor. <https://elibro-net.acceso.unicauca.edu.co/es/ereader/unicauca/127037?page=92>.
 - ◆ Ley 1098 de 2006 (8 de noviembre), “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. Diario Oficial. (45982): 1. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html (Acceso: 08/05/2023).
 - ◆ Finkelstein, A., Mac, s., Kintominas, A. y Olsen, A. (2016). Surrogacy Law and Policy in the U.S: A National Conversation Informed by Global Lawmaking. *Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic*.
 - ◆ Corte Constitucional. (1994, 28 de mayo). Sentencia C - 224 de 1994. (Jorge Arango Mejía, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-224-94.htm>.
 - ◆ Corte Constitucional. (2009, 18 de diciembre). Sentencia T - 968 de 2009. (María Victoria Calle Correa, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>.
 - ◆ Corte Constitucional. (2022, 21 de febrero). Sentencia C - 055 de 2022. (Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-055-22.htm#:~:text=Aborto.,prevista%20en%20el%20inciso%20anterior%E2%80%9D>.
 - ◆ Corte Constitucional. (2022, 1 de agosto). Sentencia T - 275 de 2022. (Cristina Pardo Schlesinger, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-275-22.htm>.
 - ◆ Corte Constitucional. (2022, 13 de octubre). Sentencia T - 357 de 2022. (José Fernando Reyes Cuartas, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-357-22.htm>.
 - ◆ Definición ABC. (2014). “Madre”. <https://www.definicionabc.com/general/madre.php> (Acceso: 31/03/2023).
 - ◆ De Lorenzo, M. F. (2011). Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana. *La Ley*, 2011-E (1258), 1-28. https://www.academia.edu/12828072/Contrato_derechos_fundamentales_y_dignidad_humana
 - ◆ Diccionario de Autoridades. (1734). “Madre”. Tomo IV. <https://apps2.rae.es/DA.html>.
 - ◆ Fernández Cruz, G. (1994). La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto. *THEMIS Revista De Derecho*, (27-28), 41-56. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11119>.
 - ◆ García Manrique, R. (2021). Se vende cuerpo: el debate sobre la venta de órganos. Herder.
 - ◆ Gómez Sánchez, Y. (2011). Dignidad y autodeterminación física como fundamento del estatuto del paciente. *Acta bioethica*, 17 (1), 37-46. <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2011000100005> .
 - ◆ Igareda González, N. (2018). La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana. *Revista De Bioética Y Derecho*, (44) 57-72. <https://doi.org/10.1344/rbd2018.0.20574>.
 - ◆ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2020, 7 de septiembre). Concepto 26 de 2020. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/compilacion/docs/concepto_icbf_0000026_2020.htm#:~:text=%2D%20Es%20obligatoria%20e%20irrenunciable%20pues,los%20excluya%20de%20su%20ejercicio.

- ◆ Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- ◆ Lamm, E. (2015). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, (Extra), 68-82. <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/14700>.
- ◆ Ledezma, J.I. (2014). *Teoría general de las obligaciones*. Biblioteca jurídica Díkē.
- ◆ Leal, H. (2019). *Teoría del contrato de Compraventa, permuta, arrendamiento, depósito, mandato, mutuo, comodato, cesión, aleatorios, garantía, cuasicontratos*. (Tom. I). Leyer.
- ◆ Pérez Bautista, M. Á. (2022). Derecho de las obligaciones. IURE Editores. <https://elibro-net.acceso.unicauca.edu.co/es/ereader/unicauca/205704?page=37>.
- ◆ Puigpelat, F. (2022). Reproducción asistida: feminismo y técnicas de reproducción asistida. *Máster en bioética y derecho de la Universidad de Barcelona*. Ed. XXIII, (2020-2022).
- ◆ Real Academia Española – RAE.
- ◆ 2023a “Madre”. <https://dle.rae.es/madre> (Acceso: 12/05/2023).
- ◆ 2023b “Consentimiento”. <https://dle.rae.es/consentimiento?m=form> (Acceso:12/05/2023).
- ◆ 2023d “Obligación”. <https://dle.rae.es/obligaci%C3%B3n?m=form> (Acceso:12/05/2023).
- ◆ 2023e “Relación”. <https://dle.rae.es/relaci%C3%B3n?m=form> (Acceso:12/05/2023).
- ◆ Redondo Saceda, L. (2017). Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada. *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, (12), 161-146. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3646>.
- ◆ Rozo Sordini, P. E. (1999). Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano. *Revista de derecho Privado*, (4), 139-150. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/669>.
- ◆ Schilman, B. D. (1967). Schuld y haftung. *Lecciones y ensayos*. (35) 121-133. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_numeros_35.php.
- ◆ Shina, F. (2010). Los derechos sobre el propio cuerpo. ¿El valor del cuerpo humano o el precio de la moral?. *Ministerio de justicia y derechos humanos de Argentina*. (10 de diciembre). <http://www.saij.gob.ar/DACF200252>.
- ◆ Valero Heredia, A. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *Teoría Y Realidad Constitucional*, (43), 421-440. <https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24433>.
- ◆ Vantman, B y Vega, M. (2010). Fisiología reproductiva y cambios evolutivos con la edad de la mujer. *Revista Médica Clínica Las Condes*. 21 (3), 348-362. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0716864010705459>.
- ◆ Varsi Rospigliosi, E., & Mardini Burgos, J. (2021). Los contratos de maternidad subrogada desde una perspectiva del Análisis Económico del Derecho. *Revista De Bioética Y Derecho*, (53), 159-180. <https://doi.org/10.1344/rbd2021.53.32618>.
- ◆ Von Ihering, R. (2018). *La lucha por el derecho*: (1 ed.). Ediciones Olejnik. <https://elibro-net.acceso.unicauca.edu.co/es/lc/unicauca/titulos/234692>.

Fecha de recepción: 10 de diciembre de 2023

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2024

Fecha de publicación: 13 de junio de 2024