

Las consecuencias jurídicas para los contratantes en la maternidad subrogada en
Colombia por problemas en la resolución del contrato

Adriana Maria Galeano Gutierrez

Universidad La Gran Colombia

Posgrado

Especialización En Derecho De Familia

Bogotá D.C.

2017

Tabla de Contenido

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS PARA LOS CONTRATANTES EN LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA POR AUSENCIA DE LEGISLACIÓN	1
Introducción	2
CAPITULO I. LA APLICACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA	7
Antecedentes Históricos de la Maternidad Subrogada.....	7
La subrogación de la Maternidad en un Contexto Global.....	10
La Maternidad Subrogada en el marco jurídico colombiano.	13
La contextualización atípica del contrato de maternidad subrogada.....	19
Elementos constitutivos de un contrato.	19
Tipología de contratos en Colombia.....	25
CAPITULO II. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS DEL CONTRATO DE SUBROGACIÓN DE MATERNIDAD	30
Examen de la licitud del objeto contractual.	32
La finalidad del Contrato de subrogación de Maternidad.	33
Los derechos y obligaciones de la relación contractual en subrogación de maternidad.	34
La responsabilidad civil y rescisión del contrato de subrogación de maternidad.	36
Reflexiones finales para esclarecer los efectos jurídicos sobre los contratantes.....	38
CONCLUSIONES	39
Referencias Bibliográficas.	41

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS PARA LOS CONTRATANTES EN LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA POR AUSENCIA DE LEGISLACIÓN

Resumen

La gestación por sustitución ha sido un método eficaz para aquellas parejas que no pueden concebir un hijo de forma natural; no obstante, estas relaciones muchas veces son de naturaleza altruista y por colaboración social tiene efectos jurídicos de gran relevancia. El contrato de subrogación de maternidad siendo un contrato innominado ha sido estudiado por las Altas Cortes con el fin de demostrar su validez dentro del ordenamiento jurídico, en este sentido es necesario examinar los elementos estructurales que se estipulan en este tipo de contrato, con el fin de determinar que este vínculo jurídico no atente contra los derechos humanos de la mujer ni la protección debida al “nasciturus”, teniendo en cuenta que aún está pendiente su regulación legislativa por parte del Congreso colombiano.

Abstract

Gestation by substitution has been an effective method for those couples who can not conceive a child naturally ; however, these relationships are often altruistic nature and social partnership has legal effects of great relevance. The surrogacy contract Maternity be an innominate contract has been studied by the High Courts in order to prove its validity within the legal system in this respect is necessary to examine the structural elements set forth in this convention , in order to determine this legal link does not conflict with human rights of women nor the unborn child , these legal consequences are to be interpreted and formulate a policy proposal by the Colombian legislature pending task.

Palabras Claves: Gestación por sustitución, inseminación artificial, subrogación de maternidad, contrato atípico, nulidad absoluta.

Key Words: Gestation by substitution, artificial insemination, surrogacy motherhood, atypical contract null and void .

Introducción

La familia por ser el núcleo fundamental de la sociedad, debe estar protegida en todos los aspectos, en especial cuando se relaciona con menores de edad. El Derecho de Familia debe responder por las nuevas formas sociales de concebir su naturaleza sin desmentir su valor teleológico: el desarrollo integral del ser humano, familia como núcleo fundamental de la sociedad.

La inseminación artificial, fuente del fenómeno jurídico de maternidad subrogada ha sido un cambio social y jurídico, que ha permeabilizado todas las esferas legítimas para su ejecución; sin embargo, existen circunstancias en específico en las cuales el derecho colombiano vigente no ha dado respuesta oportuna, como es el caso al que hace referencia el tema del presente trabajo de investigación: las consecuencias jurídicas para los contratantes por falta de legislación en el contexto de la Maternidad Subrogada en Colombia.

El contrato de subrogación de maternidad no ha sido regulado por el legislador colombiano, lo que genera preocupación en el porvenir de los menores y la protección de la Familia como institución jurídica. Las consecuencias jurídicas pueden ser perjudiciales para los contratantes exactamentecuando no existen criterios de interpretación legales claros para esta clase de relaciones jurídicas. Lo anterior debido a que no está claro aún el objeto contractual ni las obligaciones de las partes y se teme convertir este tipo de convenciones en onerosas sobre causas ilícitas (el cuerpo humano como objeto contractual), produciendo desprotección de los ‘nasciturus’ o menores y también de las partes dentro del contrato.

Parece perfectamente claro que la tecnología y los avances científicos son de gran ayuda para alcanzar los deseos humanos. El concebir un ser humano dentro del manto de una familia tradicionalmente ha sido de forma natural, siempre en consideración a los valores generados en el marco de una familia nuclear; no obstante, las dinámicas sociales cambian y por ende los procedimientos para la conformación de una familia también.

No cabe duda que el alquiler de vientre revolucionó el concepto natural de madre o padre y lo proyectó a alternativas nunca antes pensadas, y más para aquellos que no era posible tener un hijo biológico por diversas patológicas. Ésta dimensión actual y las multiformes de procrear un hijo, afectan directamente las reglas jurídicas impulsándolas a su modificación, entre otras, atendiendo a los posibles casos de incumplimiento de lo estipulado en ellas: por ejemplo, ¿Qué sucede cuando la madre subrogada no entrega al menor luego de nacido? O ¿Qué responsabilidad tiene la madre gestante sobre el menor? Estos interrogantes surgen de manera habitual en esta forma de contrato atípico, pudiendo perjudicar a quienes participan en él.

En razón a lo precedente, se propone como pregunta de investigación la siguiente: ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas por ausencia de legislación para los contratantes en la maternidad subrogada en Colombia? La finalidad es proponer avances en el Derecho de Familia en relación a las nuevas dimensiones tecnológicas que alteran su posición estática en el ordenamiento jurídico; especialmente el contrato atípico de maternidad subrogada debe replantearse a situaciones de hechos que puedan presentarse, como en el caso del hijo póstumo o la no entrega del menor como obligación del contrato y las relaciones jurídicas que emergen y pueden ser perjudicadas para las partes en el Contrato.

La investigación se suscribe en la línea Institucional de investigación de Derecho de Familia, desde un contexto de la modernidad y nuevas formas de composición familiar, con el fin de evaluar las falencias jurídicas que versan sobre instituciones contractuales en la técnica de inseminación artificial, examinando los conflictos jurídicos y sus consecuencias en la responsabilidad contractual.

El problema de investigación se traduce en que en Colombia existen bastante normas acerca de los contratos, la maternidad, la patria potestad y la filiación, que no permiten aseverar claramente que un vientre o un embrión sean objeto de contrato; además, que una mujer que no haya dado a luz a un hijo sea tomada como la madre de éste como sucede en la adopción y, al mismo tiempo, éste sea tomado como su hijo, a efectos de las obligaciones de patria potestad que esto conlleva; por último, que se pueda adoptar a un niño cuya madre o padre legal vive y no ha desistido de los derechos subjetivos que le asisten.

Es incuestionable que el Derecho de familia y su institución de filiación evoluciona en concordancia con los avances médicos, toda vez que brindan alternativas de reproducción asistida, sin embargo, es cierto también que genera cuestionamientos detallados de carácter ético, jurídico, psicológico, social, sociológico, económico, religioso, científico, etc., que precisan de una regulación que ofrezca soluciones y proteja los intereses de los posibles afectados, y especialmente a los niños.

A pesar de lo anterior, la subrogación de maternidades es un procedimiento real y acogido socialmente y que se realiza a diario. Ahora las accesibilidades de estos procedimientos médicos son más frecuentes, en primera instancia, por el aumento de la esterilidad; y, en segundo lugar, por los derechos adquiridos de las parejas del mismo sexo que desean acceder a la paternidad,

así como al deseo de muchas personas de ser padres o madres de forma individual, sin formar una pareja

Por tal razón, el objetivo general de la investigación ha sido el analizar las consecuencias jurídicas por ausencia de legislación para los contratantes en la maternidad subrogada en Colombia, teniendo en cuenta su carácter atípico; por lo que dichas consecuencias son relativas a las diferentes relaciones que se produzcan durante la ejecución del contrato. Para ello se examina el estado actual de la aplicación de la Maternidad Subrogada en Colombia, con el fin de verificar en última instancia los diferentes conflictos que se presentan ante la ausencia de legislación.

El Método de investigación que se aplicó es un estudio bibliográfico respecto a una ruptura del ordenamiento jurídico (laguna jurídica), definido en el contrato atípico de subrogación de maternidad, se define desde una perspectiva metodológica cualitativa y descriptiva, que tiene como fuente de investigación: la normativa civil, jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, análisis de posturas doctrinales, y análisis bibliográfico. La técnica con la que se aplicó es argumentativo jurídico, desde una posición positivista.

La importancia de este proyecto radica en que ayudará a enriquecer los conceptos en Derecho Civil y Familia y su relación con la realidad en las relaciones contractuales, en especial sobre el objeto de estudio del contrato atípico de subrogación de maternidad; además de examinar la naturaleza jurídica de la institución de madre subrogada en materia de sucesiones. De la misma manera, se fortalecerán conceptos teóricos sobre la plenitud de los sistemas constitucionales, y la importancia de que los legisladores se ocupen de dicho contrato en su

legislación como, para evitar que se presente las lagunas jurídicas que hacen que el ordenamiento jurídico sea incompleto.

De este modo, en el primer capítulo se describe la aplicación jurídica de la maternidad subrogada en Colombia, con el fin de observarla contextualización y caracterización de ésta figura innominada contractual y de forma breve, sus antecedentes históricos desde un contexto global.

El segundo capítulo se examina desde la teoría de los contratos, la clasificación que posee el ordenamiento jurídico colombiano para celebrar actos jurídicos, la importancia de los contratos típicos y la observancia de interpretación de los atípicos, con el fin de contextualizar al contrato de subrogación de maternidad y sus criterios normativos en caso de controversia.

Por último, se analiza cada uno de los elementos del contrato de subrogación de maternidad y sus efectos jurídicos para los contratantes, definiendo cuando existe objeto ilícito (negociar con el cuerpo humano) y su efecto de nulidad absoluta, además se constituye las obligaciones contractuales expuestas como precedente en los Altos Tribunales.

CAPITULO I. LA APLICACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA

La regulación de la maternidad subrogada es uno de los nuevos retos para el derecho. Por ello, es necesario establecer el marco jurídico que aproximan la responsabilidad contractual en esta figura atípica en Colombia. A continuación, se caracteriza la maternidad subrogada como método alternativo de interés jurídico en la institución de familia y de la misma forma se describe brevemente su desarrollo histórico, lo cual sirve de base para analizar las implicaciones sobre el derecho contractual colombiano.

Antecedentes Históricos de la Maternidad Subrogada.

Las aproximaciones realizadas sobre la maternidad subrogada desde una perspectiva histórica, dan cuenta de documentos antiguos que ilustran situaciones semejantes a la sustitución de la maternidad. Así, una de las primeras manifestaciones de las características de la subrogación de la maternidad según Roció Ruiz (2013), se encuentran en algunos hechos descritos en la Biblia, por ejemplo: *“cuando Sara la esposa de Abraham, ante la imposibilidad de quedar embarazada, le presta a su sirvienta Agar, que si pare un hijo para él”* (Ruiz, 2013, pág. 7). Situaciones como la anterior, se observaban en las reglas de la Mesopotamia en donde se permitía que el varón se casase con otra mujer si la primera no le daba descendencia.

Los historiadores dan cuenta que en la Grecia Antigua la esterilidad “era producto de la cólera de los dioses. En esta etapa, la mujer era señalada y repudiada por una cuestión biológica, al no ser fértil”.(Hernández & Santiago, 2011, pág. 1337)

Lo anterior, permite observar que las alternativas en caso de infertilidad para las relaciones familiares han estado inmersas en la historia de la humanidad, siempre permitiendo buscar salidas en las cuales se pudiera asegurar la descendencia y la administración a futuro del patrimonio acumulado por parte de los padres.

Sin embargo, las discusiones a propósito de la pertinencia de permitir o no jurídicamente lo que hoy en día se entiende por maternidad subrogada, emergen a partir de la segunda mitad del siglo XX. La investigadora María Cano (2010) señala que, en el año de 1975 en el Estado de California, en Estados Unidos de América, una pareja que no podía tener hijos por infertilidad en un periódico de alta circulación la solicitud de una mujer para ser inseminada artificialmente a cambio de una remuneración. A raíz de éste episodio se conformaron asociaciones y grupos de profesionales para el contacto y la intermediación de estas personas, adicional a lo anterior, otro de los casos más importantes fue el denominado ‘Baby M’ en el año de 1985:

(...) cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whitehead, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con él bebe, y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de US\$ 10.000. (pág. 34)

Así, el 27 de marzo de 1986 se produjo el primer nacimiento por vía de la técnica de inseminación artificial; sin embargo, la madre portadora y dueña del óvulo se negó a entregarla

al matrimonio de la señora Stern y el señor Whitehead. La mujer registró y reconoció a la niña como hija suya, generando el primer problema jurídico en virtud de ésta figura.

El incumplimiento contractual del caso precedente, inicia cuando la madre gestante alega no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebe. La autora María López (2008) describe sobre la resolución de este caso así:

El Juez en Primera Instancia entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo del estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita. (pág. 12)

Actualmente, luego de los problemas que han generado la subrogación de maternidad, una de las preocupaciones es la contraprestación económica que se pueda generar, a sabiendas, que el acto jurídico quede nulo. Así, existen dos posturas, los que definen el alquiler de útero como alternativa para aquellos que no pueden tener hijos, como la defendida por la Asamblea legislativa del Distrito Federal en el año 2011 por considerar el problema de la infertilidad como un asunto de salud pública (Hernández & Santiago, 2011). Por otro lado, se encuentran los que rechazan esta práctica rotundamente, por el carácter oscuro y de negocio que puede hacerse con el uso del cuerpo, es el caso del presidente del Foro de Familia mundial, el señor Mariano Calabuig (2016), el cual señala que:

no importa su composición o una sola persona, o el número que sea, contratan a una mujer para que gestar durante nueve meses una criatura. Es decir, que se le implante y sobreviva un embrión proveniente de un óvulo fecundado por un espermatozoide cuyos orígenes pueden ser diversos. En el camino, suelen morir varios embriones hasta conseguir que uno sobreviva. (Peraíta, 2016)

Tiene características oscuras en la medida que aplicación onerosa del servicio obliga que se realice las prácticas al margen de las leyes preestablecidas, suscitando un margen de negocio ilegal en donde se obtenga como fuente de negocio el cuerpo humano.

Estas discusiones ilustran la necesidad de dar claridad y seguridad jurídica por vía de legislación. La diferencia de elevar éstas discusiones por vía jurisprudencial, produce que aún queden vacíos de interpretación frente a la forma en que este contrato se efectúa, toda vez que un precedente de la Corte Constitucional vincula parcialmente sobre casos en concreto, contrario sería si se expide una ley que agregue un tipo de contrato al ordenamiento civil que conlleve a las exigencias de los requisitos estrictos para estas relaciones jurídicas.

En suma, la doctrina constitucional interpretativa carecería de criterios estrictos que, si asumiera una ley, por lo que el riesgo de generar un precedente constitucional es que existan múltiples interpretaciones de debate jurídico, que a la luz no es vinculante a las relaciones contractuales que se estén llevando sobre subrogación de maternidad.

La subrogación de la Maternidad en un Contexto Global.

La subrogación de la maternidad ha devenido en una práctica frecuente gracias a los avances en la inseminación artificial, la cual se entiende como un acto médico tendente a la introducción del espermatozoide al órgano genital femenino por procedimientos distintos al coito, con el propósito de la fecundación (Mendoza, 2005).

La Inseminación artificial tiene como procedimiento la estimulación del ovario, la preparación del semen y la propia inseminación. La primera etapa consiste en estimular ovario con sustancias inductoras de la ovulación para conseguir los resultados esperados, sin embargo, es probable que se desarrollen varios óvulos, lo cual implica el riesgo de embarazos múltiples. Posteriormente se prepara el semen, se seleccionan y concentran los espermatozoides móviles mediante el procesamiento de muestras durante una o dos horas a partir de técnicas de preparación o capacitación seminal y finalmente se procede a inseminar el óvulo para que éste sea fecundado. (Awad & Narvárez, 2001)

La inseminación artificial ha permitido la realización de contratos de subrogación de la maternidad. En efecto, el contrato de madre subrogada o sustituya ha sido definido como un acuerdo o convenio jurídico por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial. (Russi, 2015)

Luego del nacimiento ella lo debe entregar al donante de la esperma para que constituya familia con su pareja, pero es necesario renunciar a todos los derechos sobre el recién nacido. Incluso en algunos países como en Estados Unidos o la India se le reconoce a la mujer que alquila el vientre una remuneración económica. La fundación Sin Cigüeña estima que el valor en Estados Unidos puede estar por alrededor de \$115.500 dólares; y en la India cerca de \$26.000 dólares. (Sin Cigueña, 2015)

Este acto de contraprestación económica ha generado discusiones, debido a los interrogantes sobre la posibilidad de permitir o no jurídicamente la comercialización de la reproducción humana.

Por otro lado, el Informe Warnock, texto presentado para determinar los puntos claves para la ética médica en el año de 1984, señala que la maternidad subrogada se presenta cuando:

Una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca. La mujer, siendo incapaz de desarrollar el embarazo, alquila a otra para que la sustituya en dicha función, situación que, sin embargo, podría ocurrir no solo en el caso que haya una verdadera incapacidad por parte de la mujer que desea procrear, sino que, estando capacitada para ello, no desea que el proceso de la gestación del nuevo ser se desarrolle en su propio cuerpo. (Candal, 2008)

Los avances tecnológicos que han permitido la subrogación de la maternidad, también han dado lugar a diferentes formas de subrogación. En este sentido, la parlamentaria Claudia Gamboa (2010) en su exposición de motivos para la regulación de la maternidad subrogada en el Congreso Mexicano indicó que:

La doctrina considera dos clases de maternidad subrogada: a) Madres por subrogación. - En el caso de que la mujer fértil acuerda ser inseminada con el semen de un hombre casado y llevar a cabo la gestación de la criatura para finalmente al nacer ésta hace entrega del nuevo ser por consiguiente es madre genética, gestante (maternidad biológica plena) y generadora b) Madres “portadoras” o “sustitutas”. - Comúnmente llamadas “madres de alquiler”. Por esta clase de maternidad una mujer que no puede gestar, pero, sí producir óvulos contrata con otra es decir la madre de alquiler para que se implante en el útero de ésta un embrión creado in vitro con gametos que puede ser de la pareja contratante o de donantes. En este caso quien da a luz al nuevo ser será la madre de alquiler y la que aportó el gameto femenino podría ser considerada e incluso llamado madre genética” (pág. 17)

En síntesis, es evidente que los avances en tecnología implican que el Derecho esté en vanguardia, y regule de forma tal que, al momento de suscitarse litigios respecto a relaciones jurídicas no prescritas, como en los contratos atípicos de subrogación de maternidad, pueda establecer los límites y los elementos necesarios de perfeccionamiento contractual.

Lo que es cierto, es que el componente biológico, que delimita la filiación de concepción sobre la composición de familia que impera en las interpretaciones del deber ser del Derecho alejan la posibilidad de positivizar estas relaciones contractuales.

A continuación, se realizará una caracterización del contrato de subrogación de maternidad con los precedentes y justificativos propios de nuestro ordenamiento jurídico, en consideración a los postulados de la Corte Constitucional y los casos en los que el acuerdo de voluntades se encuentra viciado por nulidad absoluta cuando el objeto del contrato es ilícito al ser el cuerpo humano medio contractual.

La Maternidad Subrogada en el marco jurídico colombiano.

En cuanto a la interpretación constitucional, los hijos nacidos por métodos de reproducción asistida, tienen igualdad de derechos y deberes que los hijos nacidos por medios naturales de acuerdo con el artículo 42 de la actual Constitución Política de Colombia

Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (...) Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable (...)

Por otro lado, la Corte Constitucional tiene la tarea fundamental de proyección doctrinal y en consonancia con los avances de la ciencia médica, sin desvirtuar el ordenamiento jurídico en protección al menor. Por esto, con la declaración de inexecutable de la expresión “de derecho” del artículo 92 del Código Civil, se ha abierto espacio a considerar como legítimo al

hijo nacido en los casos excepcionales de gestaciones extemporáneas, casos que suceden con alguna frecuencia en los embarazos obtenidos con la ayuda de técnicas científicas.

Artículo 92.- Se presume que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento. “Maternidad Legítima. 1. Existencia de matrimonio. 2. Que la mujer haya dado a luz y que el hijo que pasa por suyo sea realmente el producto de ese parto. Con respecto al primer requisito, cabe resaltar que según la legislación se debe mirar a la madre sustituta sin importar si es genética o gestacional, ya que la maternidad se establece por el solo hecho del parto.(C. Const. C-004/ 2008)

A pesar de lo anterior, el Congreso de la República en Colombia no ha expedido ley alguna que determine los principios, presupuestos y elementos necesarios para la celebración del contrato de subrogación de maternidad. Por lo que aún es considerado un contrato atípico: una convención que obliga a las partes, pero que no procura establecer los límites entre lo jurídicamente correcto o la labor altruista de este servicio.

Otro punto son las ambigüedades existentes en el lenguaje jurídico empleado dentro de las convenciones verbales o escritas que desarrollan la subrogación de maternidad, puesto que en caso de Litis, acomplejan la labor de los jueces colombianos, ya que en muchas ocasiones se oculta el interés oneroso, pero si se estipulan sanciones económicas por incumplimiento contractual. En todo caso, su celebración es válida en la medida en que prima el acuerdo de voluntades.

Así, en el marco legal colombiano existe una indeterminación a propósito de la utilización del útero como objeto lícito contractual. Por ello, es posible que actualmente con las normas civiles vigentes y dentro del marco constitucional actual, se puedan justificar las dos tesis en contradicción. La primera sobre la posibilidad de reglar el contrato de subrogación de

maternidad bajo unos requisitos legales que definan y estructuren el acuerdo de voluntades, y la segunda posición sobre el quiebre que genera reglamentar este tipo de prácticas.

El sistema legal civil y comercial les otorga validez y eficacia jurídica a los llamados actos jurídicos atípicos, a pesar que suelen ocurrir complejos dilemas de interpretación en caso de conflictos por la resolución de los contratos, ya que muchas veces no son claras las obligaciones de las partes o la intensión de sus acuerdos.

A pesar de lo anterior, el Artículo 8o de la Ley 153 de 1887 resuelve la forma en la que se deben interpretar los contratos atípicos, y señala que:

- En primer lugar, deberán revisarse las estipulaciones libremente pactadas por las partes.
- En segunda instancia, las normas generales de todos los actos jurídicos (contratos).
- En tercer lugar, las normas reguladoras del acto jurídico (contrato) más semejante.
- Luego, la doctrina constitucional (fallos de los jueces y tribunales).
- Por último, las reglas o principios generales del Derecho. (Marín, Derecho y Cuerpo Humano”, 2002)

La forma en la cual, actualmente se interpretan los contratos atípicos de subrogación de maternidad o comúnmente llamado arrendamiento de vientre, se toman en cuenta los criterios anteriores.

La Corte Constitucional ha interpretado la necesidad del Contrato de subrogación de maternidad, señala desde una interpretación teleológica que la familia desde el contexto de la Constitución Política de Colombia tiene la amplitud de ser reconocida desde el reconocimiento

de hijos en forma natural o sintética, ambas concepciones con iguales equilibrios en derechos fundamentales.

La sentencia T 968 de 2009, siendo Magistrado ponente María Victoria Calle, señala:

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo -6 constitucional, el cual prevé que *“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.”*(C. Cons T-968/2009)

Sin embargo, esta corporación también ha puesto de manifiesto varios riesgos jurídicos que se pueden producir: (i) la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; (ii) la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; (iii) los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y (iv) los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas. (C.Cons Sentencia T 968/2009)

La gestación por sustitución como acuerdo de voluntades.

Han existido diferentes posturas sobre la nulidad absoluta del acto de gestación por sustitución que al validarse se le ha denominado subrogación de maternidad. Por un lado, arguyen los opositores de su existencia jurídica que no es posible acordar lo imposible, como por ejemplo la entrega de un ser vivo como efecto de una convención; otros, por el contrario, consideran que el acuerdo de voluntades entre la madre gestante y el portador es tan solo una

obligación de medio, es decir tan solo el préstamo del vientre para la concepción, equiparándolo a la donación de órganos.

Por un lado, se puede defender la práctica de la maternidad subrogada bajo la defensa de los derechos y principios de la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad, en conexidad con el derecho social de la familia a los padres imposibilitados de concebir a un hijo naturalmente; no obstante, ésta postura es ajena a interpretaciones envueltas sobre los objetos contractuales.

La investigadora Cindy Arteta(2011) defiende la posición de otorgar validez jurídica a estas convenciones de alquiler de maternidad. Su mayor argumento en defensa de la práctica médica de apoyo a las personas infértiles, desde una posición de solidaridad, resalta que de ésta forma existe el aumento de estabilidad en las familias y el deseo natural de procreación; insta de igual forma, a que las instituciones gubernamentales regulen definitivamente ésta práctica, para que no sea realizada de forma clandestina poniendo en riesgo la salud de los que desea realizar estas operaciones.

Igualmente, los abogados de la Fundación Autónoma de Colombia, Juan Cruz y Laura Castro(2014), respaldan rotundamente la subrogación de maternidad, afirmando que la ley debe ser extensiva a nuevas formas de composición familiar. Esto:

Requiere entender la familia más allá de la sangre y la pura relación biológica; replantear las nuevas formas de procreación y repensar y quizás derrumbar estereotipos y prejuicios relativos a la capacidad e idoneidad de ciertos sujetos de derecho para concebir, o para criar hijos en el seno de una familia no del todo común y general en la mayoría de los casos: las parejas del mismo sexo. (Cruz & Castro, 2014, pág. 112)

Sin embargo, otros autores niegan la validez jurídica de este tipo de maternidad arguyendo la defensa del bienestar público, el orden público de la nación o la integridad de la persona humana, sumado a la concepción naturalista de procreación.

El profesor Herbet Krimmel es uno de los mayores objetores de la maternidad subrogada, sustentando su postura en valoraciones de tipo moral, entre las cuales se encuentran que:

(...) la maternidad es un proceso natural, por lo que al incorporar otras variables se desnaturaliza este proceso tornándose moralmente inaceptable. Asimismo, este escenario ha dado lugar a rechazo por parte de movimientos feministas, pues consideran que las mujeres son manipuladas como si fuesen cautivas, siendo esta una forma más de apropiación, control y explotación de la mujer, ya que es posible que exista un abuso de las situaciones socioeconómicas que puedan estar atravesando, en ese caso la decisión no es libre, sino que está motivada por ejemplo por una necesidad económica imperiosa. En casos de extrema vulnerabilidad y pobreza, algunas mujeres pueden ser reclutadas y explotadas aprovechándose de sus difíciles situaciones, simplemente para usarlas como medios para gestar y parir. (Arteta, 2011, pág. 94; Krimmel, 1995, pág. 10)

Sin embargo, pese a estos ejercicios de interpretación doctrinal, es muy poco probable que actualmente un juez colombiano sea tan osado como para, en un caso problemático de maternidad subrogada, reconocer efectos jurídicos a un acuerdo de estos y otorgarle la filiación a los padres o sujetos que encargaron el procedimiento en detrimento de la madre gestante. Lo más probable es que se atenga al principio de que la relación materno-filial emanada del parto.

Ahora bien, la posición que se desprende aquí, desde la órbita del Derecho Civil, es que invocando el derecho vigente en Colombia ante la jurisdicción es posible declarar nulo de pleno derecho el contrato de subrogación de maternidad, a pesar que el acuerdo de voluntades existe al igual que las obligaciones que emanan de él. Pero, desde una visión general y objetiva, el alquiler de vientre y la subrogación de maternidad, involucran al cuerpo humano como medio

contractual, afectando rotundamente la dignidad humana en cuanto pone valor económico a la integridad física.

Lo presentado anteriormente, justifica la necesidad urgente de regular esta laguna jurídica estipulando un contrato típico que componga los errores producidos en los acuerdos de voluntades dentro de la maternidad subrogada.

La contextualización atípica del contrato de maternidad subrogada.

Antes de ahondar en las características del contrato de subrogación de maternidad, se hace ineludible la descripción general de Contrato como institución del Derecho, con el fin de encasillarlo en las cualidades del contrato atípico objeto de estudio.

Los contratos se consideran como actos jurídicos que dentro de una sociedad son celebrados diariamente, siempre persiguiendo una necesidad bien sea social o económica. Para suplir esta necesidad es necesario buscar otro individuo que tenga la voluntad para cumplir o aportar a la necesidad planteada por el primero y conjugar esas dos voluntades libres de todo vicio crea obligaciones, las cuales son vinculantes para las partes. Un ejemplo claro de lo expuesto anteriormente es cuando se compra un boleto de avión, o cuando se envía una mercancía por medio de una empresa de envíos.

Elementos constitutivos de un contrato.

El Código Civil Colombiano en el artículo 1494, establece las fuentes de las obligaciones; los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley. Para el presente trabajo es relevante estudiar los contratos como fuente de obligaciones.

Ahora bien, el contrato, como regla general debe cumplir con algunos elementos que son clasificados como esenciales, naturales y accidentales, a continuación, se distinguirán cada uno de estos.

Los elementos esenciales son los que sin estos el contrato no produce efecto alguno o simplemente degenera el contrato y lo convierte en otro. Como elementos esenciales tenemos la capacidad, el consentimiento de las partes, objeto y causas que sea

La capacidad como elemento esencial en nuestro ordenamiento positivo se encuentra consagrada en el artículo 1503 del Código Civil Colombiano, donde se señala que toda persona se presume legalmente capaz y que la ley establecerá quienes se consideran incapaces. Al respecto el artículo 1504 ibídem establece dos tipos de incapacidad, la absoluta y la relativa: la primera hace referencia a las personas con discapacidad mental y la segunda, a los impúberes, sordomudos y los disipadores declarados judicialmente como interdictos. Los actos jurídicos de las personas que son determinadas como incapaces no producen efecto alguno, teniendo en consideración a los incapaces relativos, pues su actuación puede entrar a valoración del juez.

A pesar de que se les haya limitado los derechos a estas personas, como ejercer la “autonomía contractual”, los legisladores han establecido una forma de darles una posibilidad de obligarse a estas personas mediante la representación. (C.CArt. 1447)

En la normatividad comercial, la capacidad es entendida como la condición que tienen las personas para celebrar contratos, esto es, si una persona tiene la habilidad o es inhábil, entonces tenemos que los incapaces en el código de comercio son inhábiles y los capaces hábiles. (C.Co Art. 12)

El consentimiento de las partes: al ser el contrato un acuerdo de voluntades entre personas capaces, es importante que esa voluntad o consentimiento adquiera legalidad, es imprescindible que esta no adolezca de vicios que la afecten, los vicios del consentimiento los establece el legislador por medio del Código Civil en el artículo 1508: “Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo”

Según la Corte Constitucional, “el error consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad. Se distingue de la ignorancia, en cuanto ésta consiste en la ausencia de conocimiento”.(C.Cons. C-993/2006)

De esta forma se puede deducir que el error es un elemento importante para la conformación de la voluntad o del consentimiento como tal, puede haber errores que invaliden o vicien la voluntad o simplemente errores que pueden corregirse, como bien lo señala la Corte Constitucional en la sentencia citada en líneas anteriores.

Por consiguiente, el error como vicio del consentimiento debe atacar la realidad de la cual parten los contratantes para firmar o plasmar esa voluntad privada, otros errores simplemente de derecho no pueden atribuirse como errores que vicien el consentimiento, pues bien, se distinguen como ignorancia, la cual en el artículo 9 del Código Civil lo indica claramente “*La ignorancia de las leyes no sirve de excusa*”, a continuación, se detallan;

Ilustración 1 El Error como vicio del consentimiento Vs Circunstancias que no lo vician.

Errores que vician la voluntad	Errores que no vician la voluntad
<ul style="list-style-type: none"> - Errores sobre el objeto del contrato o calidad esencial del objeto “in re o in corpore”; artículo 1511 del Código Civil Colombiano. - Error sobre la persona “in persona”: Este 	<ul style="list-style-type: none"> - El error de cálculo. - El error sobre el valor. - Error sobre la especie de contrato

error solo se tendrá como vicio de la voluntad cuando la consideración de la persona ha determinado la celebración del contrato. ¹	
---	--

Fuente: Código Civil colombiano artículo 1511.

Otro vicio que el legislador ha previsto en el consentimiento es la fuerza, solo se entenderá como vicio del consentimiento o de la voluntad cuando ha sido capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento. (Co.C. Art 1513)

La fuerza que hace referencia el Código Civil, no solo consiste en el hecho de la presión ajena que se ejerce sobre la persona, sino el resultado que este arrojó, así podríamos decir que la fuerza debe ser irresistible. También por la expresión “todo acto”, se sobre entiende como actos físicos y morales, así que la coacción puede llegar a ser la amenaza física por medio de un elemento peligroso, como un arma, o la intimidación de hacerle daño a un familiar, como lo señala el artículo anteriormente citado “algunos de sus ascendientes o descendientes”. La fuerza no se tendrá como vicio cuando el acuerdo de voluntades o el contrato celebrado conlleven una deshonra para su familia, pues aquí la otra parte no interviene en este resultado, esto ya viene del fuero interno.

¹ Ejemplo: cuando se compra un cuadro pensando que es un Botero y realmente es una impresión hecha por el vendedor. En este caso el consentimiento o la voluntad del comprador ha sido viciada por el error en la cosa que le hizo inducir el vendedor, pues la voluntad de este era celebrar el contrato de compraventa con el vendedor porque él quería un Botero.

El dolo es otro de los vicios del consentimiento, del cual si es usado en una negociación siempre va a reflejar efectos de invalidez o, en otras palabras, va a viciar el consentimiento. Este dolo es efectuado cuando una persona induce a otra a firmar un contrato por medio de artimañas y mentiras, este vicio no recae como tal a la libertad o autonomía privada, sino sobre el conocimiento, es importante aclarar que puede existir dolo cuando una de las partes contratantes omite información de la cosa objeto del contrato.

Todo contrato debe estipular un objeto contractual, el cual se entiende como la materialización de la necesidad de las personas, una necesidad creada por ellas. En los artículos 1517, 1518 y 1519 del Código Civil Colombiano, el legislador dispone que se debe entender como objeto: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”. (C.C Art., 1517)

El artículo anterior da luz de lo que compone el objeto de un contrato, la declaración de voluntades puede versar sobre cosas ciertas o inciertas, sobre los servicios especializados de una persona, hasta la posesión de un bien inmueble o mueble, en pocas palabras todo objeto necesariamente debe estar enmarcado por la legalidad, y no ir en contra de las leyes, buenas costumbres o el orden público.

El objeto del contrato debe cumplir básicamente con 3 requisitos a saber: la licitud, su posibilidad (es decir que no sea físicamente imposible) y la determinación. La licitud hace referencia a las cosas que están dentro del comercio del hombre. Ahora, la posibilidad alude a los bienes existentes, esto quiere decir que “Juan no puede vender una finca que no tiene”, a diferencia que si “Juan tiene una finca y decide vender la cosecha de moras del próximo año” si

lo puede hacer teniendo en cuenta que el comprador de la cosecha tiene la mínima certeza que “Juan” le puede cumplir con el contrato, y por último la determinación; el objeto del contrato debe ser una cosa o servicio determinado, de no ser así sería un contrato preliminar, pues no tendría sentido llegar a un acuerdo sin un objeto.

El artículo 1524 del Código Civil Colombiano conceptualiza lo que se conoce como causa lícita y lo predispone de la siguiente forma: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato” (C.Co Art. 1524).

Al respecto, se entiende que todo acto jurídico debe tener un motivo, es por esto que existe la acción de simulación, donde un deudor simula la venta de un bien inmueble, pero le es imposible demostrar que se le ha entregado dinero por esta venta, ¿qué motivo tendría la compraventa si no es el de incrementar el patrimonio?

Posteriormente, encontramos otro elemento del contrato que son los naturales, frente a estos el artículo 1501 del Código Civil Colombiano hace referencia e indica que son disposiciones del contrato que a pesar de no haberse pactado se sobreentienden que hacen parte del contrato, ejemplo de esto es el saneamiento de los vicios ocultos en el contrato de compraventa.

Y, por último, tenemos los accidentales, los cuales no son inherentes al contrato pero que las partes han pactado vincularlo y hacerlo íntegro a este, volviéndolo ley para las partes.

Ya entendiendo los elementos que constituye un contrato se procederá a explicar algunas clases de contrato que ha dispuesto la normatividad y la doctrina en Colombia.

Tipología de contratos en Colombia.

En la normatividad colombiana se les ha dado una clasificación a los contratos según el número de personas intervinientes, su intensidad patrimonial, la equivalencia en la obligación, su existencia, su perfeccionamiento y por último los que están reglados o no (típicos y atípicos); los cuales han sido desarrollados doctrinalmente, pues en el articulado del código civil o comercial no están expuestos. (Taramona, 1994)

Los contratos según el número de personas intervinientes se han clasificado en unilaterales y bilaterales. Se considera un contrato unilateral donde una de las partes se obliga y la otra simplemente disfruta o toma provecho sin contraer obligación alguna; y bilateral, cuando las partes toman provecho y se obligan entre sí. (C.C. Art. 1494)

Los contratos unilaterales pueden convertirse en contratos bilaterales o sinalagmático, como ejemplo de esto se podría resaltar el contrato de mutuo, “el mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad” (C.C Art. 2196). Las personas que intervienen en este contrato son el mutuuario y el mutuante, este último es quien debe entregar la cosa y el mutuuario quien se obliga de restituir lo entregado, este contrato se perfecciona con la entrega de la cosa, ¿ahora cómo se convierte en un contrato bilateral?, el artículo 2228 del Código Civil colombiano enmarca la responsabilidad del mutuante por los perjuicios que pudiese experimentar el mutuuario, por la mala calidad o de los vicios ocultos de la cosa prestada, es así como nace la obligación al mutuante, y llega a convertirse en un contrato bilateral.

Los contratos según su intensidad patrimonial se han clasificado en gratuitos y onerosos. Un contrato es gratuito cuando se evidencia beneficio de una de las partes, este contrato tiende a confundirse con el contrato unilateral; y oneroso, cuando ambas partes incrementan su patrimonio, gravándose cada uno a beneficio del otro. (C.C. Art. 1497)

Los contratos según la equivalencia en la obligación se han catalogado como conmutativos y aleatorios. El contrato conmutativo exige que las obligaciones pactadas entre las partes sean equivalentes, ejemplo de este podría llegar a ser el Contrato de Compraventa; ahora el contrato aleatorio consiste en que la obligación de una de las partes es incierta, pueden ser de ganancia o pérdida; este contrato se refleja en las loterías, cuando se compra un boleto de lotería, una de las partes paga por ese boleto y la otra se lo entrega sin certeza de tener que entregar el premio que se indica en el boleto de lotería. (C.C. Art. 1498)

Los contratos según su existencia son principales o accesorios. El contrato principal es aquel que no depende de otro contrato, como por ejemplo el contrato de arrendamiento, ahora hay contratos que nacen a la vida jurídica para proteger el cumplimiento del contrato principal y estos son llamados como accesorios, entre los cuales se encuentran los contratos de seguros, como la póliza/seguro de cumplimiento. En efecto, una póliza respalda el cumplimiento de la obligación pactada en un contrato principal como lo es un contrato de arrendamiento. El contrato accesorio va a existir en la medida que subsista el contrato principal.(C.C. Art. 1499)

Los contratos según su perfeccionamiento son reales, solemnes o consensuales. El contrato real se perfecciona por medio de la tradición; así, si se quisiera identificar cuando un contrato es real simplemente se debe verificar como se perfecciona éste.² Un Contrato es solemne cuando es necesario llenar o cumplir con algunas formalidades como condición de su existencia y no sólo de validez (ej. El contrato de hipoteca que requiere inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos). Sin el cumplimiento de dichas formalidades dicho contrato no existirá y no será oponible a terceros, por lo tanto, no será eficaz (Bonivento, 1995). Por último, el contrato consensual se distingue por requerir para su perfeccionamiento solo el simple acuerdo de voluntades, como el contrato de compraventa.

Finalmente, los contratos se clasifican en típicos y atípicos. Son contratos típicos aquellos que el legislador ha previsto en el Código Civil y Comercial colombiano, como los siguientes:

Contrato de promesa: es un contrato que crea una situación jurídica preliminar a un contrato futuro, dentro de sus características se puede decir que es un contrato accesorio, formal,

² Un ejemplo de este tipo de contrato es el de mutuo o préstamo de consumo. El artículo 2222 establece que el contrato de mutuo será perfeccionado solo por la tradición, por lo anterior se infiere que el mutuo es un Contrato real.

puede ser unilateral o bilateral y oneroso, se encuentra en el Código Civil colombiano en el artículo 1611.

Contrato de donación: por medio del contrato de donación una persona, de forma gratuita, transfiere parte de sus bienes a otra persona, estos bienes no pueden ser bienes futuros, deben ser bienes que estén en el patrimonio actual del donante, se encuentra en el código civil artículo 1443.

Contrato de compraventa: se caracteriza por ser un contrato consensual, bilateral y oneroso, su naturaleza es la transferencia de una cosa al patrimonio de otra persona, se encuentra en el código civil artículo 1857.

Contrato de permuta: la permuta es un contrato principal, oneroso, conmutativo y bilateral, el cual consiste en entregar una cosa por otra que guarden el mismo valor o que se acerque a este, se encuentra en el código civil artículo 1955.

Los anteriores, hacen parte de aquellos prescritos y numerosos contratos que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto y que como se dijo en líneas anteriores corresponden a los “contratos típicos” los cuales responden a la necesidad del legislador de regular situaciones generales de la sociedad. En efecto, el “tipo” es una conjugación de fenómenos y conductas de la sociedad que conllevan a preceptos legales que son ordenados por un articulado y que posteriormente se codifican, estos preceptos legales exigen que sean adecuados a la estructura normativa.

Ahora, en la actividad normal de una sociedad, donde la globalización ha permitido que en Colombia se desarrollen nuevas estructuras de negociación, como lo es el leasing financiero, este desarrollo en ocasiones no permite que las estructuras nuevas de negociación se adecuen a

los contratos ya “tipificados”, lo que incita al Derecho a buscar respuestas a esta tendencia. Pues bien, con el “principio de Autonomía de negociación” se ha tratado dar respuesta a estos avances de la sociedad, para lograr mantener un equilibrio y no dejar en desventaja a una de las partes, permitiendo que se celebren contratos “atípicos”, es decir contratos que no están estipulados en normas, pero que deben cumplir con los elementos básicos de un contrato. (Taramona, 1994)

Por la razones expuestas, es imperioso cuestionarse ¿Por qué es necesario hacer una diferenciación entre el contrato “atípico” y “típico”? pues bien como ya sea señalado en este escrito, los contratos “típicos” buscan reglar los aspectos esenciales del contrato, así en estos aspectos encontramos qué cláusulas son apropiadas para cada contrato, en consecuencia un contrato que consideramos “atípico” puede llegar a convertirse en contrato “típico”, logrando esto una desventaja de una parte sobre la otra aplicando una cláusula que no es propia de ese contrato, y dando como resultado un litigio frente a lo planteado en el contrato, ¿Cómo ocurre esto?, todo contrato que se encuentra tipificado tiene una causa (elemento esencial), y si esa causa se evidencia en un contrato típico, deberán los contratantes ceñirse por las reglas establecidas por el legislador. De esta forma se puede concluir que en si la “autonomía privada” siempre va a estar supeditada a la ley.

En suma, hacen parte de una cantidadde contratos que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto y que como se dijo en líneas anteriores corresponden a los “contratos típicos”. Bien, del desarrollo económico, social, tecnológico y de las necesidades naturales como es el de tener una familia, nacen los contratos atípicos. Para la presente investigación es necesario el estudio del contrato de subrogación de la maternidad, lo que ha generado, como bien lo expone tienen como

fundamento legal la “autonomía privada”, que la Corte Constitucional ha desarrollado en sus sentencias, dándole un concepto amplio y de interpretación constitucional.

A manera de conclusión del primer apartado, se logra identificar que dentro de las discusiones que suscitan en la actualidad sobre la validez jurídica de la maternidad subrogada, quienes defienden constitucionalmente y quienes no, es preciso señalar que mientras no se reglamente como un contrato típico, los precedentes constitucionales quedan cortos al momento de resolver una controversia jurídica ante el juez, en la medida que no son directamente vinculante, al ser fuente auxiliar del derecho, por lo que el vacío jurídico impide la resolución eficaz de la protección de la madre y del menor.

Así mismo, la existencia atípica de la relación jurídica del contrato de subrogación de maternidad, despliegue muchas preocupaciones al momento de celebrar el acuerdo de voluntades, en la medida que pueden existir cláusulas abusivas por la parte del contratante que sometan a la autonomía de la voluntad de la madre gestante, además, el riesgo de emerger en él el carácter oneroso.

Las consecuencias jurídicas, de lo expresado hasta aquí no es favorable para ninguna de las partes. En cuanto a que, en caso de incumplimiento por la parte gestante, el contratante debe procurar acudir ante juez para la resolución del contrato, en la medida que se podrá demostrar que la realidad se pretendía era la prestación del cuerpo humano, dejando la posibilidad de una ilicitud que deje sin efectos lo pactado, protegiendo la filiación biológica de la madre gestante.

CAPITULO II. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS DEL CONTRATO DE SUBROGACIÓN DE MATERNIDAD

El presente capítulo se examina las consecuencias jurídicas en caso de controversia de resolución del contrato de subrogación de maternidad, para determinar los elementos propios de esta convención que determina la responsabilidad de los contratantes, y las consecuencias en caso de incumplimiento contractual.

A continuación, se aplica el método cualitativo en cuanto al análisis bibliográfico como fuente de autoridad, en el tratamiento doctrinal del objeto y causa lícita del contrato de subrogación de maternidad, y de ésta manera describir la finalidad de la relación contractual. Por lo que, se examina de manera descriptiva los elementos íntegros del contrato objeto de estudio.

Para comenzar, el contrato de subrogación de maternidad se caracteriza por ser un contrato atípico, pero de uso civil, de naturaleza gratuita y consensual, en donde solo el acuerdo

de voluntades entre la madre gestante y la pareja portadora se obligan. Además, tiene unas características dentro de su objeto contractual: el principal, es que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; y que la madre gestante acepte los gametos que se requieren para la concepción.(Marín, 2005)

La caracterización jurídica que realiza el medio colombiano Gustavo Marín(2005), indica que el contrato de subrogaciones un contrato escrito, donde nace una obligación de medio, la madre gestante en el uso de su capacidad de concebir y una obligación de recibir por parte de la pareja infértil.

En razón a lo precedente, desde un aspecto jurídico, como todo contrato se deben observar los requisitos generales para tener capacidad contractual, que esté libre de vicios del consentimiento (dolo, fuerza y error), y que los sujetos contractuales tengan legitima capacidad.

Para el fenómeno de estudio en concreto, de la subrogación de maternidad, puede tener efectos jurídicos adversos, siempre en búsqueda de la resolución del contrato y exigencia de cumplimiento contractual, caso por ejemplo cuando los niños nacen con malformaciones genéticas o cuando la madre no lo quiere entregarlas obligaciones pactadas. Si bien, existen mecanismos de resolver las obligaciones emanadas de los contratos, tales como la resciliación o la transacción, en muchas ocasiones se debe acudir ante el juez para que repare a la parte afectada y se cumpla con el contrato; este elemento de rescisión versa en muchas ocasiones por vicios ocultos respecto al objeto contractual o nulidades absolutas (objeto o causa ilícita), criterios insubsanables

Es así como dentro de la relación jurídica que emana el contrato de subrogación de maternidad, es necesario observar las consecuencias jurídicas desde la dimensión de la

integridad del vínculo jurídico, con el fin de promover criterios jurídicos para su reglamentación. Por lo que se hace necesario, determinar el objeto contractual y desde una órbita contractual verificar su ilicitud.

Examen de la licitud del objeto contractual.

Luego de observar las características de los contratos en el sistema jurídico, se observa que, si el objeto contractual es el arrendamiento de vientre, carece de toda validez jurídica y el contrato es inexistente. Lo anterior, se justifica en cuanto el objeto del contrato es ilícito, el arrendamiento del cuerpo humano es contrario a la integridad física y la dignidad humana.

Con el fin de que el contrato sea válido jurídicamente y sus efectos cumplan con los requisitos legales, se debe modificar no al arrendamiento del vientre si no a la promesa de adopción luego de procedimiento médico de inseminación artificial, solo así no se observa alguna causa que tenga como medio el cuerpo humano o peor en el peor de los casos la venta de un menor de edad, esencialmente nulidad absoluta de la relación contractual.

La Corte Constitucional al realizar el estudio de los conflictos generados por el contrato de subrogación de maternidad ha establecido como criterios de interpretación jurisprudencial que las obligaciones de las partes son:

- (i) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (ii) que se preserve la identidad de las partes; (iii) 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; (iv) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (v) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (vi) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica. (C. Cons/ T 841/2011)

Así las cosas, existe un engranaje jurídico producto de la interpretación de la Corte Constitucional, respecto a los parámetros que se deben seguir para la conformación legal del contrato de subrogación de maternidad; no obstante, aún no es claro los mecanismos de protección para que no se desvirtúe el valor social de esta relación contractual, por cuanto al no vigilar si dentro de la relación jurídica existe algún tipo de remuneración en el que pueda provocar una causa ilícita.

La finalidad del Contrato de subrogación de Maternidad.

Señaladas las características del contrato atípico de subrogación de maternidad, además de los componentes necesarios para poder declarar la ilicitud como nulidad en caso de su celebración, es necesario desde un punto de vista jurídico determinar sus finalidades.

Para comenzar, se dice que el contrato de subrogación de maternidad tiene como objetivo de otorgar la cualidad de madre, padre y madre según sea el caso, de aquellos que es imposible hacerlo, y que una vez se produzca el nacimiento del bebe, tiene como efecto la subrogación de la categoría de maternidad que se extiende la condición de padre.

Lo que se infiere entonces es que la finalidad de toda la ejecución contractual es garantizar la libertad de reproducción y en efecto, también se debe proteger el derecho fundamental a la salud:del menor que se entrega por condición del contrato y de las personas que intervienen en él.

Las consecuencias por falta de legislación consisten en la interpretación ambigua que puedan tener los jueces de primera instancia, al observar a todas luces que el objeto contractual es el cuerpo humano, finalidad que se examina desde el otorgar el vientre somos elemento de

tenencia para la gestación. A pesar de esto, mientras no se legisle de la mejor manera en estas relaciones contractuales, puede ocurrir que exista violación de derechos tanto de la mujer como el del menor, y aún más no cumple estrictamente con el derecho de reproducción de las personas infértiles.

Además, la subrogación es una forma eficaz de garantizar la composición familiar nuclear, a pesar que aún falta por legislar al respecto, las consecuencias de la ausencia normativa que establezca principios y los criterios necesarios hacen que pueda declararse que es el cuerpo el que está en negociación. Si se desarrollan los párrafos sugeridos anteriores esta idea se puede omitir

Los derechos y obligaciones de la relación contractual en subrogación de maternidad.

Es necesario establecer las fases dentro de la ejecución del contrato de subrogación y así determinar sus consecuencias jurídicas en cuanto a las obligaciones de los contratantes, así dicho contrato se divide en fase previa a la gestación, fase de gestación y fase del nacimiento y formalización de registro.

En la fase inicial, la primera obligación ha de pertenecer a la parte contratante, es decir a los no gestantes, quienes se obligan a asistir y prestar los recursos médicos y económicos necesarios para el estudio de verificación de la mujer que prestará el servicio. Luego, nace una segunda obligación y es la de contribuir con los costos necesarios para la procreación mediante la introducción del material genético en el útero de la madre sustituta quién, en contraposición, deberá permitir la intervención médica adecuada. (Guerrero & Mesa, 2015)

Así, las partes dentro del contrato tienen obligaciones y derecho recíprocas, las cuales se pueden despejar de la siguiente forma:

Las obligaciones de la parte no gestante deben ser: (i) Sufragar estudios previos para determinar la viabilidad de la gestación, (ii) sufragar la intervención quirúrgica y técnica de reproducción asistida. Esto se relaciona con los derechos para la mujer gestante, en esta primera fase se encuentran: (i) derecho a que la parte no gestante cubra los gastos necesarios de los estudios previos, (ii) derecho a que la parte no gestante sufrague totalmente la intervención quirúrgica (técnica de reproducción asistida) necesaria. (Russi, 2015)

Por otro lado, la mujer gestante debe tener obligaciones contractuales, como: (i) permitir la realización de los estudios médicos de viabilidad de la gestación, (ii) permitir la intervención quirúrgica (técnica de reproducción asistida necesaria); y estas se relacionan con los derechos que tienen los contratantes no gestantes, como: (i) a que la mujer gestante se someta a los estudios médicos pertinentes y (ii) que se someta a la intervención quirúrgica de técnica de reproducción asistida. (Guerrero & Mesa, 2015)

En la segunda fase, durante la gestación las partes deben adquirir de igual forma obligaciones y derechos recíprocos que hacen parte de la estructura contractual. En efecto, la madre gestante tiene la obligación de cuidar de su salud y, de igual forma, de la salud del feto. A la par, la parte no gestante deberá asistir a la mujer en las necesidades que surjan a raíz del contrato, como, por ejemplo: transporte, alimentación y medicamentos.

Entonces, a grandes rasgos las obligaciones para la parte no gestante deben estar en: cubrir las necesidades económicas que puedan surgir a la mujer gestante que se hayan relacionado previa y directamente en el contrato de Maternidad Subrogada y realizar el debido

acompañamiento a la mujer gestante. Lo anterior se corresponde con el derecho de la mujer gestante de recibir los recursos económicos necesarios para el buen desarrollo del embarazo, que se hayan relacionado previa y directamente en el contrato de Maternidad Subrogada, y un derecho de acompañamiento por parte de los no gestantes.

Durante la misma fase de gestación, la mujer tiene la obligación de cuidar de su salud y la del “nasciturus”, lo que constituye recíprocamente un derecho de exigibilidad por la parte no gestante, además de exigir el cronograma de visitas para el acompañamiento respectivo,

Por último, está la fase de nacimiento y entrega del menor, donde la mujer gestante tendrá como obligación primordial dar el recién nacido a los no gestantes; y, por otro lado, la contraparte deberá recibirlo y efectuar el correspondiente registro para establecer la filiación entre la parte no gestante y el recién nacido.

La responsabilidad civil y rescisión del contrato de subrogación de maternidad.

El contrato de subrogación de maternidad, como en todos los contratos, se encuentra suscrito a las responsabilidades civiles en caso de incumplimiento por las partes, y en efecto, puede provocar que los contratantes ejerzan las acciones civiles susceptibles de conocimiento por parte de la jurisdicción ordinaria con el fin de resolver el contrato y condenar al incumplido al pago de las indemnizaciones habidas.

El punto de quiebre, y de profundo análisis que suscita es el incumplimiento de las obligaciones por parte de la madre gestante, puesto que puede provocar una encrucijada por parte de los no gestantes. Si bien es cierto que existe legitimidad para accionar en contra de ella, en consideración al acuerdo de voluntades realizado en el contrato, también es cierto que la

madre gestante puede solicitar que el contrato se rescinda y no tenga ningún efecto jurídico, dada la naturaleza y objeto contractual (alquiler de vientre) son contrarios a los derechos fundamentales de ella y del menor, al considerar que es un tipo de venta o arriendode la integridad física, acto prohíbo constitucionalmente (C.N Art. 17).

En consideración a lo anterior, si la madre gestante es renuente a la no entrega ni registro del menor, la ley civil le otorga inmediatamente la custodia sobre él, en el entendido que la forma habitual que ha reconocido el derecho de procreación y de filiación es por la vía natural, situación que cumple. A pesar que los contratantes, puedan exigir la devolución de lo invertido en la práctica médica, corren el riesgo de advertirle al juez que el contrato tenía como medio la retribución onerosa, por lo que imposibilita el pedir otros daños diferentes a los morales.

En razón al derecho vigente en Colombia, el juez de primera instancia como fuente primaria de derecho invoca a la ley, situación por la que una interpretación diferente a la de considerar que el contrato es válido jurídicamente, de acuerdo a los criterios de la Corte Constitucional (Sentencia T-968-09), es demasiado complejo.

La Litis en ultimas, entre la madre gestante y los contratantes, es favorable para aquella mujer que presta su útero para el nacimiento de un ser humano, es prohíja en cuanto por vía biológica es quien ha respondido con los criterios propios de la filiación.

Por tanto, dadas las múltiples interpretaciones desde el orden de la doctrina general de los contratos y las hermenéuticas constitucionales, es importante que el legislador asuma su responsabilidad de legislar y reglar estos procedimientos, en donde está en juego la dignidad humana. De lo contrario, se corre el riesgo de percibir que en el contrato de Subrogación de Maternidad su objeto es un ser humano, puesto que únicamente se perfecciona con la entrega y

registro del menor, asemejando como si fuese la tradición formal y material de un bien inmueble.

De todas formas, en caso de conflictos generados en vigencia del contrato de subrogación de maternidad, siempre desde un valor constitucional el examen se realiza en ponderación del derecho del menor en su criterio de primacía frente a los demás derechos, esto es (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; y (iii) el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor (C.Cons T 968/2009)

Reflexiones finales para esclarecer los efectos jurídicos sobre los contratantes

Analizando la contextualización y conceptualización del contrato de subrogación de maternidad, se propone crear un marco legal para darle validez a todas las relaciones jurídicas de alquiler de vientre.

La ley que promueva el legislativo debe incluir requisitos estrictos para que el acuerdo de voluntades nazca a la vida jurídica, uno de ellos es identificar en una base de datos administrada por el Ministerio de Salud y Protección Social, a todas las madres gestantes que se postulen para la intervención médica. Asimismo, las minutas contractuales deben seguir criterios como: (i) identificación del registro de la madre gestante debidamente activo, (ii) cláusulas de juramento sobre la gratitud del contrato, (iii) cláusulas que impongan sanciones a la parte incumplida, como sanciones del retiro de la base de datos si es la gestante, o la negación de registro del menor, entrando a intervenir el Estado, (iv) responsabilidades de la gestión medica como tercero interviniente en el contrato.

Los anteriores criterios, son elementos que se pueden analizar para formalizar dichas prácticas, en donde la academia jurídica y la doctrina jurisprudencial deben auspiciar para que la creación de la ley de subrogación de maternidad sea una realidad, y pueda ser caracterizarlo como un contrato bilateral, principal y gratuito.

CONCLUSIONES

Al examinar el contexto actual del contrato de subrogación de maternidad en el mundo, y los elementos interpretativos para determinar la validez del acto jurídico en Colombia, se concluye que a pesar que la Corte Constitucional ha establecido desde una interpretación teleológica en virtud de la protección familiar de la Constitución, la subrogación de maternidad a título gratuito como un acto jurídico con plena eficacia; es bien cierto que el cuerpo humano no puede ser objeto contractual, a pesar que se quiera simular con otros términos, el vientre de la mujer gestadora es el objeto y el medio de la obligación emanada del contrato, por lo que a todas luces nace con nulidad absoluta.

Lo que se afirma es que existe un vacío legal que no permite establecer claramente si los contratos de maternidad subrogada son lícitos o ilícitos, dado que no está establecido si un útero es una cosa que pueda ser alquilada.

Por otro lado, desde escenarios sociales, es consecuente los que apoyan la maternidad subrogada puesto que éste puede ser el único medio al alcance de una persona o una pareja para obtener un bebé cuando ellos mismos no lo pueden engendrar biológicamente. La tarea, es en el legislador implementar el cuerpo normativo adecuado para regular y vigilar estas actuaciones y no se desborde hacia lo ilícito.

La propuesta legal debe partir de requisitos legales que le den validez jurídica, además de ser un contrato escrito, se pueden incluir cláusulas vinculantes de ausencia de onerosidad bajo la gravedad de juramento, además, que el acto jurídico sea susceptible de registro, quizás no de instrumento público, pero sí una institución del Estado que administre los registros de las personas que contraten la subrogación de maternidad, con el fin de darle control y vigilancia al Estado.

En consecuencia, mientras no exista regulación de los contratos de subrogación de maternidad es contundente que los objetos de esos contratos es el cuerpo humano, en cuanto se reduce a un contrato donde se acuerdan voluntades de objeto ilícito en el que intervienen tres partes: por un lado, la pareja contratante (aportando la totalidad del material genético o parte del mismo); por el otro, la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación; y, en tercer lugar, el equipo médico encargado de efectuar la implantación del embrión en la portadora, pero el medio o instrumento es la prestación natural del cuerpo, violación directa a la dignidad humana.

Referencias Bibliográficas.

- Arteta, C. (2011). Maternidad Subrogada. *Revista Ciencia Biomédicas*, 91-98.
- Awad, M., & Narváez, M. (2001). Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia. Pontificia Universidad Javeriana.
- Bonivento, J. (1995). *Los principales contratos civiles y comerciales II* (3° ed.). Bogotá D.C: Ediciones Librería del Profesional,.
- Candal, L. (2008). <http://www.unesco.org.uy/>. Obtenido de La “maternidad intervenida”. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada.: http://www.unesco.org.uy/mab/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf
- Cano, M. (2010). <http://www.revistapersona.com.ar>. Obtenido de <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>
- Colombia, Corte Constitucional. (29 de Noviembre de 2006). Obtenido de M.P Jaime Araujo
- Colombia, Corte Constitucional. (22 de Enero de 2008). Sentencia C 004. M.P Jorge Arango Meía., Bogotá D.C.
- Colombia, Corte Constitucional. (18 de Diciembre de 2009). Sentencia T 968. M.P María Victoria Calle., Bogotá D.C.
- Colombia, Corte Constitucional. (03 de Noviembre de 2011). Sentencia T 841. M.P Humberto Sierra.
- Congreso de la República. (1887). Ley 57 de 1887, art. 4o. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución". --/ 00/1887., Bogotá D.C.
- Cruz, J., & Castro, L. (2014). La omisión legislativa en materia de contrato de alquiler de vientre materno en Colombia y consecuencias jurídicas. *Criterio Jurídico Garantista*, 110-125.
- Escobar, J. P. (2014). *Constitución Política de Colombia*. Bogota: Legis.
- Gamboa, C. (Octubre de 2010). Maternidad Subrogada: Estudio Teórico Conceptual y de Derecho Comparado. Centro de Documentación, Información y Análisis.
- Guerrero, F., & Mesa, M. (2015). La incidencia del incumplimiento del contrato de arrendamiento de vientre en algunos derechos fundamentales de los menores. Universidad EAFIT.

- Hernández, A., & Santiago, J. (2011). Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 1335 - 1348.
- Krimmel, H. (1995). *La posición en contra de la maternidad sustituta. Decisiones de vida y de muerte*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Maria López. (2008). <http://www.bidi.uson.mx/tesis.aspx>. Obtenido de <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/22484/Capitulo1.pdf>
- Marín, G. (08 de Noviembre de 2002). *Derecho y Cuerpo Humano*”: Obtenido de <file:///C:/Users/Oscar%20Moreno/Downloads/Dialnet-ElArrendamientoDeVentreEnColombia-5238023.pdf>
- Marín, G. (2005). *El arrendamiento de vientre en Colombia*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- Mendoza, H. (2005). La inseminación artificial en humanos. Una encrucijada para la filiación. *Perspectivas sociales = Social Perspectives*,, 2-15. Recuperado el 20 de Agosto de 2016, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5018842>.
- Peraita, L. (21 de Marzo de 2016). <http://www.abc.es/>. Obtenido de http://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-argumentos-favor-y-contra-vientre-alquiler-201603210240_noticia.html
- Ruiz, R. (Junio de 2013). *Revisión Bibliográfica*. Obtenido de Universidad de Cantabria: <http://bucserver01.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR.pdf?sequence=1>
- Russi, S. (2015). <http://repository.ucatolica.edu.co/>. Obtenido de <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2695/1/ARTICULO%20SANDRA%20RUSSI.pdf>
- Sin Cigueña. (2015). *Ventre en alquiler.com*. Obtenido de <http://www.vientreenalquiler.com/precio-de-vientre-de-alquiler/precios-comparativos/>
- Taramona, J. (1994). *Manual de contratos civiles y comerciales*. Lima: Editora Juridica Grijley.