



## LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

### ELEMENTS OF THE SURROGACY CONTRACT

JUAN MANUEL BENJAMÍN PACHECO CHAPARRO\*

MANUEL ANDRÉS MONSALVE LEÓN\*\*

ISABELLA TORREGROSA DONADO\*\*\*

*Fecha de recepción: 09 de septiembre de 2020*

*Fecha de aceptación: 17 de noviembre de 2020*

*Disponible en línea: 30 de diciembre de 2020*

#### RESUMEN

El contrato de “maternidad subrogada”, como comúnmente se le llama, no se encuentra regulado en la legislación colombiana. Los esfuerzos al respecto se han visto frustrados por infructuosos debates en el Congreso y al desacuerdo en la comunidad jurídica, debido a la discusión eterna sobre su licitud. Sin embargo, la jurisprudencia ha expuesto una serie de requisitos que comprenden una correspondencia del contrato con el ordenamiento jurídico colombiano, y lo mantienen como un contrato atípico lícito. El presente trabajo se encarga, entonces, de delimitar las condiciones del contrato de maternidad subrogada como una Técnica de Reproducción

---

\* Estudiante de séptimo semestre de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá D.C., Colombia). Contacto: [juan-pachecoc@javeriana.edu.co](mailto:juan-pachecoc@javeriana.edu.co)

\*\* Estudiante de séptimo semestre de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá D.C., Colombia). Contacto: [manuelmonsalve@javeriana.edu.co](mailto:manuelmonsalve@javeriana.edu.co)

\*\*\* Estudiante de séptimo semestre de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá D.C., Colombia). Contacto: [torregrosa.i@javeriana.edu.co](mailto:torregrosa.i@javeriana.edu.co)

Humana Asistida (TRHA) en cuanto a sus partes, obligaciones, el marco de responsabilidad y fundamento jurídico, resaltando los efectos del contrato en la filiación.

**Palabras clave:** Técnicas de Reproducción Humana Asistida, maternidad subrogada, atipicidad, elementos de los contratos, obligaciones.

## **ABSTRACT**

The “surrogacy” contract, as it is commonly known, is not regulated in the Colombian legislation. Efforts to regulate it have been frustrated by debates in Congress and disagreement among the legal community, due to the everlasting discussion regarding its lawfulness. However, jurisprudence has exposed some requirements that understand the surrogacy contract as consistent with Colombia’s legal system and as an atypical contract. Hence, the following work will define the conditions of the surrogacy contract in respect of its parties, obligations, liability, and legal foundation, highlighting its effects on filiation, by comprehending conception in surrogacy as an Assisted Human Reproduction Technique.

**Keywords:** Assisted Human Reproduction Techniques, Surrogacy, Atypicality, Contract’s elements, Obligations.

## **1. INTRODUCCIÓN**

Un asunto en el que hay bastante literatura, pero poca regulación, es el de la maternidad subrogada, una Técnica de Reproducción Humana Asistida (en adelante ‘TRHA’) que se entiende como contrato. Las TRHA se definen como un conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar, o sustituir, los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana<sup>1</sup>. En efecto, surgen dilemas éticos, filosóficos y bioéticos en la intervención médica para el comienzo de la vida, pero la realidad social comprueba que su desarrollo, perfeccionamiento e inserción<sup>2</sup> es inminente, por lo que una regulación en procura de garantías legales para los intervinientes en el proceso se hace necesaria.

---

1 Luis Santamaría Solís, *Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos*, Cuadernos de Bioética 200/1ª, 2000, At. 37.

2 Marisa Herrera. *Técnicas de reproducción humana asistida*. S.F. Tomado de: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-conceptualizacion-general>

Sobre la maternidad subrogada, conviene resaltar que se encuentra comprendida como una técnica extracorpórea de reproducción asistida, donde generalmente el embrión obtenido *in vitro* se transfiere al útero de una mujer distinta de la madre biológica<sup>3</sup>. En otras palabras, se da un acuerdo previo que comporta la esencia de un contrato innominado de subrogar la maternidad en otra mujer, para compensar una deficiencia reproductora en la pareja con la que se tiene la obligación de entregar el hijo<sup>4</sup>.

Sin embargo, la maternidad subrogada carece de una normativa que regule su procedimiento en el ordenamiento jurídico colombiano. Ese vacío jurídico repercute en la celebración del contrato para las partes y puede llegar a traer consecuencias en la situación jurídica del infante. Aun así, la Corte Constitucional dictó algunas pautas para la celebración del contrato; pero sin una legislación que exponga los mínimos para la protección y garantía de las personas suscritas al suscrito contrato innominado, la autonomía de las partes debe ponerse de acuerdo en temas ponzoñosos como el pago, la posibilidad de una negativa en entregar el bebé, los gastos del parto, la inscripción en el registro civil, entre otros<sup>5</sup>.

En ese sentido, el objeto del presente artículo académico es determinar, con base en los elementos de esencia y de existencia de los contratos, si la maternidad subrogada encuentra fundamento jurídico en la legislación colombiana con respecto de su validez, en miras de establecer la forma más idónea en la que el legislador debería llenar la laguna jurídica existente. Para abordar la temática, será pertinente discutir: i) el proceso de la maternidad subrogada y sus consecuencias en la filiación; ii) el contrato de maternidad subrogada; iii) las partes del contrato de maternidad subrogada y sus elementos; iv) el incumplimiento y el marco de responsabilidad, y; v) el fundamento jurídico.

## **2. EL PROCESO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SUS CONSECUENCIAS EN LA FILIACIÓN**

El contrato de maternidad subrogada o, como comúnmente se le llama, el alquiler de vientre, se ha definido en la doctrina y reiterado en la jurisprudencia<sup>6</sup> como:

---

3 Luis Santamaría Solís, *Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos*, Cuadernos de Bioética 200/1ª, 2000, At. 37.

4 María Inés Awad & Mónica de Narváez, *Aspectos jurídicos en las técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia*, 2001.

5 Consultorio Jurídico de El Tiempo, *El 'alquiler de vientre' o gestación subrogada ¿es legal en Colombia?* 2019. Tomado de: <https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/es-legal-el-alquiler-de-vientre-en-colombia-428336>

6 Corte Constitucional. T-968 de 2009. M.P. María Victoria Correa.

“El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos sus derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste”<sup>7</sup>.

La madre gestante, en ese sentido, se compromete a entregar el niño que nazca, que obtiene en virtud de su material genético un vínculo de filiación con los padres subrogantes.

No obstante, desde un punto de vista científico, al comportar una técnica extracorpórea de reproducción asistida<sup>8</sup>, el proceso se clasifica según si el origen de los gametos es homólogo o heterólogo; es decir, si el espermatozoide y el óvulo procede de los padres subrogantes, en cuyo caso es homólogo, o de si el óvulo procede de la mujer gestante o de un tercero donante, provocando su carácter heterólogo<sup>9</sup>. En cualquiera de los dos casos, procede la Fecundación *in vitro* con transferencia de embriones (FIVIT) en la mujer gestante.

También existe la posibilidad de que la mujer gestante sea inseminada artificialmente con el semen del padre subrogante, o incluso de un donante, generando un vínculo genético con el hijo pretendido. A esta clase de maternidad subrogada se le llama maternidad sustituta genética<sup>10</sup>. La relevancia jurídica del procedimiento anterior parte del análisis de la filiación en el derecho de familia, razón por la que cabe preguntar, ¿se puede impugnar la filiación del hijo nacido en procedimiento de maternidad subrogada con los padres subrogantes?

Según la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, la TRHA genera una nueva tipología de filiación, compuesta por un fenómeno nuevo que carece de uniformidad de criterios al momento de denominarla<sup>11</sup>, por lo que se le llama “filiación asistida”, “filiación tecnificada” o “filiación no biológica”. El sustento constitucional se expresa en el parágrafo 6° de la Constitución Política, que reza: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados

---

7 Yolanda Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*. Madrid, Marcial Pons, 1994.

8 Luis Santamaría Solís, *Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos*, Cuadernos de Bioética 200/1ª, 2000, At. 37.

9 *Ibidem*.

10 María Inés Awad & Mónica de Narváez, *Aspectos jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida en Colombia*, 2001.

11 Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, *Filiación en el Derecho de Familia*, Sala Administrativa del Consejo Superior de Judicatura, 78. (2007)

naturalmente o con **asistencia científica**, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable” (énfasis fuera de texto).

De manera que, efectivamente, los hijos procreados con asistencia científica están protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano. Razón por la que no es extraña la creación de esta tipología de “filiación asistida”; pero sin estar regulado el contrato de maternidad subrogada, se refuerza el vacío jurídico existente en nuestro ordenamiento jurídico, y es artífice de la necesidad de su regulación.

Justamente, el Código Civil<sup>12</sup> precisa respecto de la maternidad disputada, como causales de impugnación a la maternidad las siguientes: i) El falso parto, y ii) La suplantación del pretendido hijo al verdadero. Por falso parto nos referimos a una conducta en la que la mujer se hace ver como madre cuando en la realidad ella no lo parió; y por suplantación del pretendido hijo al verdadero entendemos a aquel hijo que no fue concebido por determinada mujer<sup>13</sup>. En ambas conductas, vistas desde la idea de “falsa madre” y “falso hijo”, recaen los padres subrogantes, por lo que no hay duda de la procedencia de la impugnación de la maternidad en el proceso de maternidad subrogada, pues se mira como criterio fundamental el parto para la determinación de la filiación, bajo la consigna de “identidad de parto, identidad de hijo”.

No obstante lo anterior, ese criterio biológico no es absoluto, pues en los casos de filiación asistida, la filiación tiene su fuente en la ciencia y no en la relación biológica que se genera del parto<sup>14</sup>. En consecuencia, una madre gestante no necesariamente debe figurar como madre en la inscripción en el Registro Civil.

Situándonos en el Decreto 1260 de 1970, por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas, comprendemos que el Certificado de Nacido Vivo acredita, además de la nacionalidad, la maternidad del menor. Empero, según el artículo 49 del mismo Decreto, en defecto del Certificado de Nacido Vivo, la filiación también puede ser determinada mediante declaración juramentada de dos testigos hábiles, que para efectos de la maternidad subrogada, rendirán testimonio de la existencia del contrato entre la madre gestante y los padres subrogantes.

---

12 Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Arts. 335 y ss. 15 de abril de 1887 (Colombia).

13 Juan Enrique Medina Pabón, *Derecho civil: Derecho de familia*, Editorial Universidad del Rosario, 4.ª ed., Bogotá, 2014.

14 *Ibidem*.

Ahora bien, el Código Civil establece como presunción que la concepción precede el nacimiento, permitiendo que se pruebe o se descarte la filiación según la duración de la gestación. Al respecto, la Corte Constitucional admite, en Sentencia C-004 de 1998<sup>15</sup>, reconociendo que para probar la filiación existen otros medios de prueba, que esa presunción es legal y se abre la posibilidad de desvirtuarla.

De acuerdo con la Ley 721 del 2001, en todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez debe ordenar la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%, a lo que se acude a la prueba de ADN. Sin embargo, atendiendo a los vínculos familiares que se construyen entre padres e hijos, o expectativa de hijo mediante la naturaleza jurídica de los embriones, la Corte Constitucional exhorta a no desconocer las circunstancias particulares de cada caso concreto respecto al interés actual que les asiste a los padres, y los derechos fundamentales del menor con ocasión de la extensión de la relación filial y los vínculos de afecto<sup>16</sup>.

Además, desde una perspectiva científica homóloga en el sentido de la técnica extracorpórea de reproducción asistida, donde los gametos son de los padres subrogantes, el material genético de los hijos corresponde al de los pretendidos padres, por lo que biológicamente también se perciben como padres. Si se hace de manera heteróloga —mediante una inseminación artificial o una FIVIT con el óvulo de la madre gestante—, evidentemente ella tendría derecho como madre biológica, tal como lo consigna la situación fáctica en la T-968 de 2009<sup>17</sup> donde se excluye de la maternidad subrogada la posibilidad de que la mujer gestante sea la misma madre biológica que involucra su material genético, por lo que la discusión se tornaría más gris en un juicio de impugnación.

En todo caso, tales discusiones sobre la filiación, deben analizarse de conformidad con los planteamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional<sup>18</sup>, teniendo en cuenta, *inter alia*, parejas del mismo sexo, o a comitentes como individuos (solteros). Bajo esas circunstancias, aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial sobre el particular no se refiera a este asunto, es necesario desarrollar desde una perspectiva de igualdad material<sup>19</sup>, los derechos de todo tipo de parejas frente al contrato de maternidad subrogada.

---

15 Corte Constitucional. C-004 de 1998. M.P. Jorge Arango Mejía

16 Corte Constitucional. T-207 de 2017. M.P. Antonio Lizarazo.

17 Corte Constitucional. T-968 de 2009. M.P. María Victoria Correa.

18 Corte Constitucional. C-577 de 2011. M.P. Gabriel Mendoza.

19 Corte Constitucional. SU-214 de 2016. M.P. Alberto Ríos.

En suma, el contrato de maternidad subrogada es capaz de desvirtuar las presunciones antiguas y modernas respecto de la filiación materna. Procedimentalmente, la inscripción del Registro Civil no excluye la posibilidad de adicionar medios de prueba, tales como los testigos, para que sirvan de referentes de la certificación del nacimiento con los padres subrogantes por fuente jurídica.

### **3. EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA**

#### **3.1. Correspondencia del contrato con los requisitos de existencia**

En Colombia los contratos pueden ser típicos, en cuanto estén regulados en la ley, o atípicos, con base en el principio de la autonomía de la voluntad privada. En este orden de ideas, las estipulaciones del contrato de subrogación de maternidad no encajan en ninguno de los contratos nominados y, por lo tanto, se considera como un contrato atípico en el que las partes, a su conveniencia, determinarán los efectos que ha de producir el contrato, su alcance, sus condiciones y modalidades.

Como se estableció previamente, en la actualidad existe un vacío jurídico con respecto a la regulación de la maternidad subrogada. Desde un punto de vista legal, este es un contrato en el que se ceden los derechos sobre el recién nacido a favor de los subrogantes, de manera que en el Certificado de Nacido Vivo se consigne que la madre es la mujer gestante. Sin embargo, la naturaleza jurídica del contrato comporta ciertos requisitos propios de la teoría obligacional en el Derecho Privado, por lo que para efectos del presente artículo, se estudiará el contrato de maternidad subrogada desde los requisitos expresados por Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta en *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos* para la existencia y validez de los contratos.

En ese sentido, la maternidad subrogada es un contrato que funge como fuente de obligaciones para ambas partes, bajo el entendido de que la voluntad, tanto de la madre gestante como de los padres biológicos, es de llevar a cabo dicho acto jurídico. Su naturaleza contractual implica que las partes contratantes cuenten con la capacidad necesaria para contraer y, además, que se celebre de forma verbal o escrita, siempre que la partes se obliguen en virtud de la manifestación de sus voluntades mediante una convención en donde se establezcan los medios y los efectos para llegar al fin específico.

### **3.1.1. Manifestación de la voluntad**

La manifestación de la voluntad se exterioriza mediante la consensualidad o solemnidad, de manera que sea suficientemente claro e inteligible<sup>20</sup>. Con respecto al carácter consensual o solemne del contrato de maternidad subrogada, hay posiciones divididas en la doctrina. Por un lado, hay quienes establecen que sería idóneo que constase por escrito, debido a que es un contrato potencialmente conflictivo por su complejidad<sup>21</sup>, pero que no obstante su idoneidad, no es requisito de la existencia del contrato. Otras posturas, contrariamente, propenden por establecer la solemnidad del contrato que, según dicen, debe estar redactado en un documento escrito, siendo requisito para su exigibilidad, el consentimiento informado de la mujer gestante para la realización de la THRA, que además debe ser apto, informado y asesorado<sup>22</sup>.

Para efectos del suscrito artículo académico, se considerará que la consensualidad es la manera en que se exterioriza la voluntad de las partes. En la medida en que estamos ante un contrato que, por el momento, es innominado, en virtud de la autonomía de la voluntad privada rige el consentimiento. Sin una regulación expresa no cabría mencionar a la solemnidad como un requisito.

### **3.1.2. Objeto**

El objeto de un contrato de maternidad subrogada consiste en las obligaciones dispuestas en los parágrafos 4.1.2., y 4.2.2. del presente artículo. A ese respecto, conviene resaltar que la discusión doctrinal se desenvuelve en su licitud, como se estudiará a continuación en los apartados 3.2.2., y 3.2.3.

## **3.2. Correspondencia del contrato con los requisitos de validez**

### **3.2.1. Capacidad**

Para iniciar una gestación subrogada, las mujeres deben demostrar que están en condiciones mentales y físicas aptas antes de iniciar la relación jurídica. Dada

---

20 Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 42-43. Ed. Temis. (1984).

21 Paula Andrea Cardona & Adriana María Parra, *Incidencias sociales, jurídicas y bioéticas de la maternidad subrogada en Colombia*, 2012.

22 Emilio José Aguilar, *Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer: una mirada de la norma constitucional colombiana*, 2010.

la naturaleza contractual de este método, la madre gestante, adicionalmente, deberá cumplir con los requisitos establecidos por los padres en el contrato, por tratarse de un contrato *intuitu personae* según algunos<sup>23</sup>. Por lo general, dicho contrato puede incluir la obligación por parte de los subrogantes de proveer seguro de vida, ropa de maternidad, alimentación y mensualidad a la madre gestante como elementos accidentales del mismo<sup>24</sup>.

Dicho esto, se aclara que la capacidad de las partes debe ser de ejercicio como base fundamental del contrato; sin embargo, de esto no se excluye la posibilidad de exigir requisitos adicionales de cualificación especial para las partes según lo que pacten las partes.

### **3.2.2. Causa lícita**

Con respecto a la causa del contrato, existen discusiones en la doctrina que abarcan varias posiciones al respecto: desde aquellas que propugnan su ilicitud<sup>25</sup> por contrariar la moral y las buenas costumbres (a pesar de no prohibirse explícitamente), hasta aquellas que sostienen que la causa es lícita<sup>26</sup> en la medida en que se promueven intereses constitucionales como la solidaridad, la autonomía, el pluralismo, la tolerancia y la realización individual como elemento de la dignidad humana para quien percibe así el hecho de ser padre o para quien participa de ese propósito disponiendo de su fuerza biológica de gestación<sup>27</sup>.

### **3.2.3. Objeto lícito**

Algunos autores afirman que para que el contrato no se encuentre viciado, su objeto no puede ser la criatura gestada como tal, puesto que esto supondría tomar a un ser humano por nacer como un bien de libre disposición de su dueño. Tampoco puede ser objeto del contrato una parte del cuerpo de la mujer gestante. Ambos casos, evidentemente ilícitos, no comportan la virtualidad para recordar el objeto del contrato.

---

23 *Ibidem*.

24 *Ibidem*.

25 Javier Gafo. *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho*. Ed. Universidad Pontificia Comillas. Madrid. (1986)

26 Emilio José Aguilar, *Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer: una mirada de la norma constitucional colombiana*, 2010.

27 *Ibidem*.

Por lo anterior, se propone como objeto del contrato la siguiente: la prestación de un servicio por parte de la mujer gestante, que pone a disposición de los comitentes su fuerza biológica de gestación para adelantar el embarazo del futuro hijo de los interesados, de manera similar a como el objeto de un contrato de trabajo podría ser la capacidad de laborar según las necesidades del empleador, por parte del trabajador contratado.

En ese sentido, la posición doctrinal reseñada propende por llamar a este tipo contractual un “contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre”<sup>28</sup>, al considerarlo más adecuado a la realidad del negocio realizado, toda vez que, como se explicó previamente, si se tratara en realidad de un contrato de alquiler, este adolecería totalmente de ilicitud por tener como objeto una parte del cuerpo humano<sup>29</sup>.

### **3.3. Características del contrato:**

Realizando un análisis netamente normativo de los atributos del contrato con base en el Código Civil, es posible determinar lo siguiente: i) es un contrato bilateral, ya que genera obligaciones recíprocas tanto para la madre gestante como para los padres; ii) es gratuito; iii) es de ejecución instantánea, ya que con la ejecución de la obligación se termina el contrato; iv) es conmutativo, teniendo en cuenta que cada una de las partes se obliga a dar, hacer o no hacer una cosa que se entiende como equivalente a lo que la otra parte debe dar, hacer o no hacer a su vez; v) es principal, dado que subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y, finalmente, vi) es consensual en el entendido de que se perfecciona con solo el consentimiento de las partes.

Desde la anterior perspectiva, es pertinente decir que el contrato de maternidad subrogada cuenta con las características de un contrato que, si bien no se encuentra normado, no es ilegal, ya que los contratos atípicos encuentran su validez en el principio de la autonomía privada. En ese sentido, se rigen con las normas supletivas del derecho privado, en cuanto no sea contradictorio con las buenas costumbres y los derechos fundamentales<sup>30</sup>.

---

28 Inés Pinzón Marín, Eduardo Rueda Barrera & Omar Mejía Patiño. *La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida por sustitución de vientre* [Ebook]. Catedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkai de Derecho y Genoma Humano. Recuperado de: [https://www.javeriana.edu.co/documents/4578040/4715782/RvDerech\\_oyGenomaH\\_83-122/dd919031-4548-4978-945a-d81b480f3cd9](https://www.javeriana.edu.co/documents/4578040/4715782/RvDerech_oyGenomaH_83-122/dd919031-4548-4978-945a-d81b480f3cd9) (2015).

29 *Ibidem*.

30 Nicolás Parada Ospina, *Análisis del contrato de alquiler de vientre en la legislación colombiana*, 2019.

Adicionalmente, la doctrina ha establecido que para que se configure el contrato de maternidad subrogada, es menester que se cumpla con los siguientes elementos: i) el útero de la mujer portadora del óvulo fecundado y la calidad que esta debe requerir, y de otro lado, ii) el precio ofrecido por la pareja solicitante que aportó la carga genética de dicho óvulo<sup>31</sup>. En un mismo sentido, respecto del pago del precio, algunas prácticas han determinado que los pagos se inician luego de que se escuche el latido del corazón y que se efectúan de manera mensual hasta el parto<sup>32</sup>.

Ahora bien, el vacío jurídico existente trae una serie de repercusiones que afectan la estabilidad jurídica de los contratantes. Con base en ellas, han surgido una serie de interrogantes que una regulación normativa facilitarían responder. Entre esas, temas como i) la regulación del pago, ii) una posible negativa por parte de la madre gestante de entregar el bebé o, en el caso contrario, negativa por parte de los padres biológicos de recibirlos, iii) la manera de cubrir los gastos del parto y iv) su manejo en el papeleo con respecto al registro civil de nacimiento, entre otros temas de conflicto, tendrían un tratamiento distinto si se encontrasen regulados.

## **4. PARTES DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA Y SUS OBLIGACIONES**

### **4.1. Mujer gestante:**

La mujer gestante en el contrato de maternidad subrogada es aquella que presta el servicio a los comitentes de asistirlos en su anhelo de formar una familia.

#### **4.1.1. Cualidades y calidades:**

Doctrinalmente se debate si debería bastar la capacidad de ejercicio para que la mujer gestante celebre el negocio estudiado<sup>33</sup>, ante lo cual se plantea en la práctica la necesidad de adoptarse una serie de requisitos adicionales, como la edad reproductivamente apropiada, el hecho de haber sido madre previamente, estabilidad psíquica y emocional, y demás<sup>34</sup>.

---

31 Emilio José Aguilar, *Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer: una mirada de la norma constitucional colombiana*, 2010.

32 Laura Victoria Cárdenas, *Validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano*, 2014.

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*.

Como previamente se estableció, el consentimiento de la mujer gestante tiene una connotación calificada al tener que ser apto, informado y asesorado con relación a los tratamientos que se emplearán para la concepción y embarazo, además sobre las consecuencias jurídicas de su decisión con relación al niño nacido.

Por otro lado, la Corte Constitucional adiciona<sup>35</sup>, entre otros requisitos, que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas. En ese sentido, válidamente puede afirmarse que el fundamento, además de jurídico, parte de una concepción ética y social.

#### **4.1.2. Obligaciones**

Las obligaciones de la mujer gestante se pueden categorizar de forma consecuencial, relacionadas unas con otras, así:

• En primer lugar, se presenta una obligación de hacer que se concreta en poner al servicio de los comitentes una función biológica propia; es decir, la gestación. Esa obligación debería apreciarse en los siguientes términos:

- Permitir la realización de los estudios médicos de viabilidad de la gestación;
- Permitir la intervención quirúrgica necesaria para la TRHA;
- Cuidar de su salud y la del *nasciturus*;
- Durante la fase de la gestación someterse a los tratamientos médicos requeridos para la efectiva gestación;
- 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;
- Que la mujer gestante no podrá interrumpir el embarazo, sino únicamente por prescripción médica;
- Entre otros, que las partes pacten por autonomía de la voluntad propia.

• Por otro lado, se presenta la obligación de entregar al niño una vez este nazca, que a su vez consiste, concretamente, en que se compromete a extender su

---

35 Corte Constitucional. T-968 del 2009. M.P. María Victoria Correa.

consentimiento para el registro del niño como hijo por parte de los comitentes, de tal manera que no aplique la filiación natural.

## **4.2. Comitentes:**

Son comitentes o subrogantes aquellas parejas heterosexuales, homosexuales, casadas o con unión estable, o personas solteras que pueden haber entregado su material genético o haber adquirido el de terceros para un proceso de TRHA. Cabe aclarar, preliminarmente, que la cualificación como comitentes debe entenderse de acuerdo con las reglas jurisprudenciales sobre la multiplicidad de familias<sup>36</sup>.

### **4.2.1. Cualidades y calidades:**

Hay sectores de la doctrina<sup>37</sup> que establecen que con el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ejercicio es suficiente para poder celebrar el contrato en cuestión. En cambio, otros autores<sup>38</sup> afirman que este requisito debe ser reforzado, en virtud de los valores constitucionales plasmados por la relación contractual estudiada, a saber, la familia y los derechos de los niños. Por esta razón se propone que, por analogía, se apliquen a los comitentes los mismos requisitos para la adopción contemplados en el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>39</sup> establece que si bien no es causal absoluta de exclusión la posibilidad de contratar del comitente por contar con algún tipo de discapacidad, esta debe evaluarse de manera concreta y específica junto a otros factores en función del interés superior del menor, a la luz de necesidades de amor, cuidado y protección de la criatura. Al respecto, es pertinente mencionar el debate sobre la capacidad legal que la Ley 1996 del 2019 ha resuelto, señalando la presunción que se predica de todos los seres humanos, independientemente de si tiene una discapacidad o no; bajo tal circunstancia, la ineficacia de la obligación pactada con persona titular de discapacidad, se relativiza con mayor razón en el contrato estudiado.

---

36 Corte Constitucional. C-577 de 2011. M.P. Gabriel Mendoza. Ver también: Corte Constitucional. SU-214 de 2016. M.P. Alberto Ríos.

37 Emilio José Aguilar, *Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer: una mirada de la norma constitucional colombiana*, 2010.

38 Paula Andrea Cardona & Adriana María Parra, *Incidencias sociales, jurídicas y bioéticas de la maternidad subrogada en Colombia*, 2012.

39 Corte Constitucional. T-968 de 2009. M.P. María Victoria Correa.

Un requisito adicional que establece la Corte Constitucional en este tema, es que la mujer comitente, en caso de hacer parte de la pretendida familia, tenga problemas fisiológicos para concebir. La discusión que suscita éste requisito es fundamental, pues existen familias que no están dispuestas a concebir por razones externas a las fisiológicas; ejemplo de ello puede ser predisposiciones genéticas, prescripciones psicológicas, entre varias otras. Aun cuando la jurisprudencia no haya enfatizado en este asunto, le ha pedido al Congreso regularlo, por lo que la propuesta de la academia es desatender el mencionado requisito para que el contrato tenga un mayor alcance y no se limite por la cualificación de los comitentes.

#### **4.2.2. Obligaciones:**

Las obligaciones de los comitentes se resumen en las siguientes:

- Sufragar estudios previos para determinar la viabilidad de la gestación;
- Sufragar la intervención quirúrgica y técnica de reproducción asistida;
- Pagar la suma acordada, en caso de que se pacte, porque cabe recordar que bajo ninguna circunstancia el beneficio económico puede ser la causa del contrato;

Sus obligaciones se basan en una compensación económica hacia la madre gestante, que proporcione las condiciones más favorables durante los periodos de gestación y rehabilitación postparto. Esto, además, es una remuneración que surge de manera conmutativa a la obligación de los comitentes de recibir al niño en el momento de su nacimiento

## **5. INCUMPLIMIENTO Y MARCO DE RESPONSABILIDAD**

A continuación es pertinente mencionar qué sucede en el caso de incumplimiento contractual y frente a qué margen de responsabilidad se estaría presente si así fuese el caso. Si la mujer gestante decide quedarse con el niño, no solo perderá el derecho a la compensación económica, sino que deberá indemnizar a los comitentes por todos los gastos derivados del contrato, sin perjuicio de las acciones adicionales que estos puedan adelantar, tendientes al establecimiento a su favor de la filiación, que en principio se le reconocerá a la mujer gestante, en virtud de la filiación por vía natural. Conviene resaltar que la responsabilidad civil en estos casos puede trascender lo patrimonial; tendiente a indemnizar los gastos sufragados, también existe la posibilidad de entablar una discusión jurí-

dica que se atenga al daño moral en los parámetros jurisprudenciales<sup>40</sup>, toda vez que en caso de incumplimiento de las obligaciones de la mujer subrogante, la relación paternofamiliar de los padres subrogantes que puede llamarse parcialmente biológica<sup>41</sup> es proclive a comportar una relación afectiva cercana<sup>42</sup>.

Puesto que las situaciones de incumplimiento del contrato estudiado no se encuentran reguladas de forma legal, la forma de dirimir los conflictos suscitados por el incumplimiento contractual recae en el desarrollo jurisprudencial que se le dé a la materia, teniéndose entonces que hacer un examen en ponderación del derecho del menor en primacía frente a los demás derechos, siendo esto concretamente (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.

## 6. FUNDAMENTO JURÍDICO

En línea con lo previamente expuesto, es necesario exponer las bases legales del argumento principal que se está buscando desarrollar. El contrato de maternidad subrogada, al no estar regulado en Colombia, tiene varios fundamentos que, por analogía, le infieren su legalidad y constitucionalidad.

No obstante, es importante anotar que la Corte Constitucional, en su sentencia T-968 de 2009<sup>43</sup>, se pronuncia expresamente sobre el contrato de maternidad subrogada en un caso donde la madre subrogante se obligó a entregar el fruto que resultase de la fecundación *in vitro* del semen de un padre comitente y sus óvulos. Habiendo pagado el comitente los gastos correspondientes y de manutención de la madre subrogante, la misma incumplió el contrato y decidió quedarse con los hijos fruto de la mencionada fecundación. Ante tales hechos, el padre comitente demandó ante juez de familia que se llevara a sus hijos a Estados Unidos, donde tendrían una mejor posición económica que con la madre

---

40 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso SC5686-2018, M.P.: Margarita Caballo. 19 de diciembre del 2018.

41 Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, *Filiación en el Derecho de Familia*, Sala Administrativa del Consejo Superior de Judicatura, 78. (2007)

42 Sergio Rojas. *¿Cómo se debe cuantificar el daño según el Consejo de Estado y la Corte Suprema?* *Ámbito Jurídico*. Tomado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/administrativo-y-contratacion/como-se-debe-cuantificar-el-dano-segun-el>

43 Corte Constitucional. T-968 de/ 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

subrogante. La jurisdicción admitió las pretensiones del padre comitente, por lo que la madre subrogante optó por interponer acción de tutela contra la providencia judicial. Ante lo anterior, la Corte Constitucional tuteló los derechos de los menores en procura de su interés superior, afirmando que no existía circunstancia que constituyera razón suficiente para separar a los niños del entorno familiar materno.

Por lo anterior, la Corte Constitucional estudió el contrato de maternidad subrogada, aun cuando desestimó el contrato en el caso por motivo de que la presunta madre subrogante es la madre biológica de los menores al haber aportado material genético. En ese sentido, y como argumento de su *ratio decidendi*, define a la maternidad subrogada como el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño, gestado por una mujer obligada a ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que será la madre legal del recién nacido, pues los gastos médicos debidos son pagados, y la mujer es remunerada por sus servicios.

Con la sentencia mencionada, desde el punto de vista jurídico, se acepta la práctica con unas condiciones que se han desarrollado en el presente artículo. Ahora bien, las circunstancias que establecen como requisitos, aun cuando sirvan de criterio de interpretación en un proceso *inter-pares*, no componen una normativa expresa y exigible al ciudadano del común, por lo que el problema, en todo caso, es que hoy en día no se encuentra regulado el mencionado contrato. La falta de regulación va en detrimento de la seguridad jurídica y de lo exigido por la Corte Constitucional, pues ésta ha resuelto exhortar al Congreso a reglamentar la materia, y al respecto, en el 2016 se hizo un intento archivado por sus críticas. Sin éxito, a fecha del 2020, no hay una ley que regule el contrato de maternidad subrogada, lo cual ejemplifica la falta de seguridad jurídica de la que se venía hablando.

Partiendo de la definición de la Corte Constitucional, se deben hacer algunas precisiones sobre el por qué la práctica es acorde a la Constitución. Ante todo, el interés del menor prevalece sobre el de los demás de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política. La norma citada elevó los derechos del menor a un nivel fundamental, dada la concepción que estima que los menores son acreedores de la obligación de asistir y proteger al desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de los derechos del niño, en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado. Bajo esa circunstancia, el interés del niño va a ser proteger sus derechos y el de la pretendida familia también, basándose en la garantía del desarrollo integral del menor que asegure el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo,

intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad; la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; protección del menor frente a riesgos prohibidos; el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor; la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, y; la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones filiales<sup>44</sup>.

En la sentencia del 10 de mayo del 2017 de la Corte Suprema de Justicia<sup>45</sup>, se dice que todos los procedimientos de reproducción humana asistida, deben producirse al margen de la cohabitación sexual, con el objetivo de superar la esterilidad de la pareja; esto es, cuando ninguno de los otros mecanismos funcionen.

Ahora, hablando de la mujer, se debe entender que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la mujer, siendo ella quien decide sobre su cuerpo, de conformidad con el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer<sup>46</sup>, que preceptúa que las mujeres tienen:

“(..)

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

---

44 *Ibidem*.

45 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Proceso SC6359-2017. M.P.: Ariel Salazar Ramírez. 10 de mayo del 2017.

46 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Aprobada en la resolución 34/180 de la Asamblea General.

Además de la citada convención, para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, la salud genética se refiere a que el hombre y la mujer están en libertad de decidir si desean reproducirse y en qué momento, con el derecho de estar informados y de la accesibilidad a los servicios de atención de la salud<sup>47</sup>.

Es decir, varios documentos, unánimemente, se refieren al derecho del libre desarrollo de la personalidad para garantizar la decisión de las mujeres sobre su cuerpo, siendo esta decisión libre y responsable. Y debe ser responsable porque se tienen en cuenta los derechos humanos relacionados con la vida digna, la intimidad, el deseo de tener una familia, el bienestar de la sociedad y la igualdad<sup>48</sup>.

Siendo así, se consagra la autodeterminación reproductiva, que prohíbe sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas y, peor aún, que se encuentre limitada por el cónyuge, el padre, el compañero permanente o el gobierno, pues es una decisión de la mujer.

Es por esto que en Colombia, si bien no se encuentra regulada el contrato de maternidad subrogada, resultando atípico, el fundamento jurídico del contrato permite colegir su validez. Una familia artificial se puede formar siempre y cuando sea una decisión libre e informada, con el interés superior del menor como precepto. En ese sentido, el contrato de maternidad subrogada encuentra sustento constitucional y legal en el ordenamiento jurídico colombiano.

## **7. CONCLUSIONES**

En virtud de lo expuesto en el presente artículo académico, es posible llegar a la conclusión de que el contrato de maternidad subrogada en Colombia es válido. Lo anterior por cuanto en Colombia la jurisprudencia ha sido la principal reguladora de la materia del contrato conocido en el argot popular como alquiler de vientre, terminología que, como se explicó previamente, es jurídicamente incorrecta.

La falta de tecnicidad por parte del ordenamiento jurídico ha dado como resultado una inexistencia de regulación formal legislativa de la cuestión tratada,

---

47 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No.14. Párrafo 124.

48 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Proceso SC21761-2017. M.P.: Luis Armando Tolosa. 18 de diciembre del 2017.

por lo que, además de tener que establecer un régimen que logre propender por los valores jurídicos de mayor magnitud por su rango constitucional, como lo son los derechos del niño y la familia como núcleo esencial de la sociedad, el juez colombiano debe caminar la estrecha línea entre la usurpación de funciones al legislador y la resolución de fondo de una controversia carente de regulación, cada vez que se vea enfrentado a una situación alrededor de un contrato de esta clase.

Ante la situación, se ve que es imperativa la operación adecuada del derecho y que éste se adapte de manera efectiva a la sociedad para la cual está creado, por lo que una carencia de regulación formal supone un vacío jurídico; supone además inseguridad de la misma clase en la materia regulada. Sin embargo, vale la pena aclarar que en el futuro, cuando se presente dicha regulación legislativa, esta debe atenerse a los criterios constitucionales construidos con respecto a la materia por la Corte Constitucional, como lo son la ausencia de discriminación, la dignidad y los derechos fundamentales de todas las personas implicadas, además de la protección fundamental de los valores de la familia y los derechos de los niños.

Por otro lado, y entrando en materia contractual, es posible concluir que el contrato estudiado es lícito, a pesar de que su práctica no se encuentre expresamente regulada, pero que esto no obsta para que la voluntad de las partes se encuentre libre de cualquier delimitación por su licitud, viéndose constreñida a ciertos límites que deben atenderse en todo momento como lo son las disposiciones de la Carta Política y a los elementos primordiales de los negocios jurídicos, como lo son la capacidad, la existencia y licitud del objeto y la causa, por mencionar algunos.

## **8. BIBLIOGRAFÍA**

### **a) Instrumentos legales:**

- Corte Constitucional. C-004 de 1998. M.P. Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional. T-968 de 2009. M.P. María Victoria Correa.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC21761-2017. M.P.: Luis Armando Tolosa. 18 de diciembre del 2017.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC6359-2017. M.P. Ariel Salazar Ramírez. 10 de mayo del 2017.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso SC5686-2018, M.P.: Margarita Cabello. 19 de diciembre del 2018.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Aprobada en la resolución 34/180 de la Asamblea General.

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No.14
- Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. 15 de abril de 1887 (Colombia).

## **b) Doctrina:**

- Consultorio Jurídico de El Tiempo. *El 'alquiler de vientre' o gestación subrogada ¿es legal en Colombia?* 2019. Tomado de: <https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/es-legal-el-alquiler-de-vientre-en-colombia-428336>
- Emilio José Aguilar, *Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer: una mirada de la norma constitucional colombiana*, 2010.
- Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, *Filiación en el Derecho de Familia*, Sala Administrativa del Consejo Superior de Judicatura. (2007).
- Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Ed. Temis. (1984).
- Inés Pinzón Marín, Eduardo Rueda Barrera & Omar Mejía Patiño. *La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida por sustitución de vientre* [Ebook]. Catedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkai de Derecho y Genoma Humano. Recuperado de: [https://www.javeriana.edu.co/documents/4578040/4715782/RevDerech\\_oyGenomaH\\_83-122/dd919031-4548-4978-945a-d81b480f3cd9](https://www.javeriana.edu.co/documents/4578040/4715782/RevDerech_oyGenomaH_83-122/dd919031-4548-4978-945a-d81b480f3cd9) (2015).
- Javier Gafo. *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho*. Ed. Universidad Pontificia Comillas. Madrid. (1986)
- Juan Enrique Medina Pabón, *Derecho civil: Derecho de familia*, Editorial Universidad del Rosario, 4.ª ed., Bogotá, 2014.
- Laura Victoria Cárdenas, *Validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano*, 2014.
- Luis Santamaría Solís, *Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos*, Cuadernos de Bioética 200/1ª, 2000, At. 37.
- María Inés Awad & Mónica de Narváez, *Aspectos jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida en Colombia*, 2001.
- Marisa Herrera. *Técnicas de reproducción humana asistida*. S.F. <http://www.salud.gov.ar/dels/entradas/tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-conceptualizacion-general>
- Nicolás Parada Ospina, *Análisis del contrato de alquiler de vientre en la legislación colombiana*, 2019.
- Paula Andrea Cardona & Adriana María Parra, *Incidencias sociales, jurídicas y bioéticas de la maternidad subrogada en Colombia*, 2012.
- Sergio Rojas. *¿Cómo se debe cuantificar el daño según el Consejo de Estado y la Corte Suprema?* Ámbito Jurídico. Tomado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/administrativo-y-contratacion/como-se-debe-cuantificar-el-dano-segun-el>
- Yolanda Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*. Madrid, Marcial Pons, 1994.