

SANTIAGO SANCHEZ ACERO

**EL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: LA VALIDEZ EN
COLOMBIA**

(Tesis de Grado)

Bogotá D.C., Colombia

2018

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
TESIS DE GRADO**

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hinestrosa Rey**

**Director Departamento
Derecho Civil:** **Dr. José Felipe Navia Arroyo**

Director de Tesis: **Dr. Edgar Cortés**

Presidente de Tesis: **Dra. Milena González Arango**

Examinadores: **Dra. Emilssen González de Cancino
Dra. María Eugenia Gómez**

A Jorge y Esperanza por su amor y apoyo incondicional,
a Diego por sus consejos y colaboración constante,
al Dr. Edgar Cortés por sus enseñanzas, su paciencia y sus correcciones,
y a la Dra. Milena González por su absoluta ayuda.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	vi
I. JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN EXISTENTE SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN COLOMBIA	vi
II. DEFINICIONES DOCTRINALES DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	viii
III. MODALIDADES	xii
IV. PROBLEMA JURÍDICO	xvi
CAPÍTULO I. LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	1
I. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ	1
1. CAPACIDAD	1
2. CONSENTIMIENTO	12
3. EL OBJETO	17
4. CAUSA	44
II. DEFINICIÓN CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	48
CAPÍTULO II. EL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	49
I. EL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	49
II. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	50
1. LA UNILATERALIDAD O BILATERALIDAD	50
2. LA GRATUIDAD U ONEROSIDAD.....	52
3. CONMUTATIVO O ALEATORIO	54
4. PRINCIPAL O ACCESORIO.....	55
5. REAL, SOLEMNE O CONSENSUAL	55
6. ATÍPICO	56

III. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	60
1. LA SUSTITUCIÓN DE UN VIENTRE.....	60
2. LA COMPENSACIÓN	61
IV. LAS PARTES.....	61
1. PARTE GESTANTE.....	61
2. PARTE SUSTITUIDA.....	63
V. LAS OBLIGACIONES EN EL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	63
1. OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	63
2. OBLIGACIONES QUE SUSCITAN DEBATE.....	68
VI. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	73
1. EL INCUMPLIMIENTO	73
2. INVALIDEZ.....	88
CONCLUSIONES	90
BIBLIOGRAFÍA	92

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analiza si el objeto del contrato atípico de gestación por sustitución, en el ordenamiento jurídico colombiano, es lícito. De la misma manera, se estudian las especiales condiciones mediante las cuales se puede llevar a cabo la ejecución del contrato, teniendo en cuenta el respeto por los valores, principios y derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991.

Para abordar el tema en esta introducción se iniciará dando una breve explicación sobre los siguientes temas: La jurisprudencia y legislación que existe sobre la gestación por sustitución en Colombia (I) definiciones doctrinales sobre el tema (II), modalidades para llevar a cabo esta técnica (III) para finalmente, presentar el problema jurídico de este trabajo (IV).

I. JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN EXISTENTE SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN COLOMBIA

Sobre la gestación por sustitución la Corte Constitucional hizo una corta referencia en la sentencia T-968 de 2009¹ en la que ordenó al Congreso que legislara sobre el tema. Actualmente, no hay regulación alguna en el ordenamiento jurídico colombiano sobre este contrato, a pesar que desde entonces y hasta la fecha se han presentado tres proyectos de ley.

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-968 de 2009.

El primero fue el Proyecto de Ley 56 de 2016², de carácter permisivo³, en el que se tenía como finalidad reglamentar la inseminación artificial y en el que entre muchas otras cuestiones se optó por permitir la subrogación de vientre siempre que tuviera como fin remediar la imposibilidad de tener un hijo por razones de esterilidad. Este proyecto fue archivado luego de haber sido aprobado en primer debate por tránsito de legislatura.

El segundo fue el Proyecto de Ley 202 de 2016⁴, de corte restrictivo, mediante el cual se buscaba prohibir y penalizar la gestación por sustitución⁵. Este último fue archivado en cuarto debate.

El tercero, es el Proyecto de Ley 186 de 2017⁶, en el que se insiste en la prohibición y la penalización de la gestación por sustitución. Proyecto cuya

² Consultado en <http://www.votocatolico.co/2016/07/proyecto-de-ley-56-de-2016-senado.html> [15 de febrero de 2018]. El senador Luis Fernando Duque fue el ponente de este proyecto de ley, del cual el artículo 31 se refiere al “*Uso de vientre solidario*”, cuando establece lo siguiente: “*Únicamente podrá usarse solidariamente el útero de una mujer, a fin de sustituida artificialmente la imposibilidad natural de procrear cuando una mujer sufra de esterilidad o cuando haya sido histerectomizada*”.

³ Como ocurre en Rusia que en el Código de Familia de la Federación Rusa permite expresamente en los artículos 51 y 52 que se lleve a cabo la gestación por sustitución. Así como también lo permite en el artículo 123 del Código de Familia Ucraniano.

⁴ Consultado en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=202&p_consec=44027 [15 de febrero de 2018]; Consultado en <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/ppor-medio-del-cual-se-prohibe-la-practica-de-la-maternidad-subrogada-al-ser-una-categoria-de-trata-de-personas-y-explotacion-de-la-mujer-con-fines-reproductivos-prohibe-la-maternidad-subrogada/8306/> [15 de febrero de 2018]. Los Congresistas María del Rosario Guerra y Santiago Valencia fueron los ponentes de este proyecto de ley. “*Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto prohibir la práctica de la maternidad subrogada en Colombia, esto con el fin de proteger los derechos a la dignidad humana, intimidad, igualdad, autonomía, procreación y salud de la mujer, así como el derecho la vida y el conformar una familia de quien está por nacer*”.

⁵ Como España que mediante la Ley de Reproducción Humana Asistida reguló el tema estableciendo en el artículo 10 que todo contrato de gestación por sustitución es nulo sin importar que el pacto sea con o sin precio. Así mismo Francia prohíbe cualquier pacto que conlleve la gestación por sustitución, teniendo como efecto la nulidad en el derecho civil y pena privativa de la libertad en el derecho penal.

⁶ Consultado en <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/ppor-medio-del-cual-se-prohibe-la-maternidad-subrogada-con-fines-lucrativos-y-se-crean-controles-para-prevenir-esta-practica-prohibe-la-maternidad-subrogada/9228/> [15 de febrero de 2018]. Los Congresistas María del Rosario Guerra y Santiago Valencia son los ponentes de este proyecto de ley. “*Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto prohibir el alquiler de vientres en*

ponencia fue publicada en el mes de noviembre de 2017 y que fue retirado recientemente. De tal forma que en la actualidad no hay un proyecto de ley que se encuentre en curso, ya sea para permitir o prohibir la gestación por sustitución.

II. DEFINICIONES DOCTRINALES DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La gestación por sustitución ha tenido diferentes denominaciones y evidentemente ha sido un tema de constante debate por su estrecha relación con principios como el de la solidaridad, dignidad humana, indisponibilidad del cuerpo humano, autonomía de la voluntad, entre otros; así mismo, por su dependencia con derechos fundamentales como la vida, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, como también cuestiones morales, éticas y religiosas. Es por eso que históricamente no ha habido unanimidad y ha pasado por diferentes denominaciones, entre estas las más conocidas han sido *alquiler de vientre*, *subrogación de vientre* y *gestación por sustitución*⁷.

La denominación mayormente aceptada por la doctrina es la de gestación por sustitución, toda vez que pone en consideración dos conceptos. El primero, la *gestación*, con lo cual se refiere al objeto del contrato que es llevar a cabo una prestación de hacer que consiste en gestar al bebé. El segundo concepto es la *sustitución*, donde precisa que esa gestación no se lleva naturalmente por la madre (entendiendo esta por quien tiene la intención de ser madre) sino en otra persona que presta su útero para llevar a cabo la prestación⁸.

Colombia con el fin de proteger los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, procreación y salud de la mujer, así como el derecho la vida, la dignidad, la libertad, la integridad y la seguridad de quien está por nacer”.

⁷ LAMM, ELEONORA. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 24-26.

⁸ *Ibíd.*

Pero más allá de la denominación que se le dé, de la figura de la gestación surgen interrogantes como los siguientes: ¿Es realmente el objeto del contrato gestar un bebé? ¿El objeto no tendría que ver también con que la gestante (quien gesta el bebé) renuncie a la filiación, a los derechos sobre el recién nacido? ¿Puede disponerse del propio cuerpo? ¿Es lícito arrendar una parte del cuerpo como el vientre? Son cuestiones sin duda de mucha relevancia y que se irán resolviendo a lo largo de este trabajo cuando se discuta sobre los presupuestos de validez del contrato de gestación por sustitución.

Como también es importante cuestionar aspectos de la *sustitución* como: ¿Quiénes pueden ser los sujetos que componen la parte sustituida, es decir, solteros, parejas heterosexuales, parejas homosexuales? ¿La persona sustituida debe tener alguna calidad, esto es, tiene que tener una imposibilidad física que no le permita tener el bebé o puede ser cualquier persona? ¿El bebé debe llevar el DNA de la madre y el padre sustituido? Son algunos de los interrogantes que surgen de la denominación “*gestación por sustitución*”.

Desde el punto de vista jurídico surgen interrogante como los siguientes: ¿Es un contrato o un convenio? o de manera mas general ¿Es simplemente un acto? ¿Es una técnica de reproducción asistida? ¿Quiénes son las partes? ¿Cuáles son las obligaciones? entre otros interrogantes.

En Colombia, la Corte Constitucional en sentencia T-968 de 2009⁹ tomó la definición de Gómez Sánchez que expresa que la gestación por sustitución es “*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 los*

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-968 de 2009.

*derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste*¹⁰.

El proyecto de Ley 56 de 2016 concebía el concepto de gestación por sustitución como el *“uso de vientre solidario”* que consiste en *“un convenio por escrito con el fin de sustituir artificialmente la imposibilidad natural de procrear cuando una mujer sufra de esterilidad o cuando haya sido histerectomizada”*¹¹.

Por su parte, el proyecto de Ley 202 de 2016 definía la gestación por sustitución como *“todo acuerdo de voluntades, verbal o escrito, a título gratuito u oneroso, unilateral o bilateral, a título personal o por interpuesta persona, que tenga por objeto el compromiso de gestar un bebé y entregarlo a una persona o a una pareja, cediendo la filiación derivada de la maternidad o renunciando a los derechos sobre el recién nacido”*¹².

Vela Sánchez, por su parte, lo ha definido como *“un supuesto especial de reproducción asistida por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres biológicos o no”*¹³.

Igualmente, Alarcón Rojas, establece que *“es una técnica de reproducción humana asistida que consiste en que una mujer recibe el encargo de adelantar y culminar el proceso de gestación y de entregar su producto a la persona comitente”*¹⁴.

¹⁰ GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 136.

¹¹ Proyecto de ley 56 de 2016. Gaceta del Congreso No. 549 de 2016.

¹² Proyecto de ley 202 de 2016. Gaceta del Congreso No. 317 de 2016.

¹³ VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Editorial Comares, S.L, Granada, 2012, p. 1.

¹⁴ ALARCÓN ROJAS, FERNANDO. “La maternidad por sustitución”, en *Revista Familia, Tecnología y Derecho*, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2002, p. 129.

Así mismo, González de Cancino dice que es una figura mediante la cual *“una mujer otorga su consentimiento para ser inseminada, o para que le transfieran los óvulos fecundados o embriones, y se compromete a llevar adelante la gestación si el embarazo se produce, así como entregar al o los comitentes del niño o los niños que nazcan como fruto de la aplicación de la técnica de asistencia médica a la procreación que se haya empleado”*¹⁵.

Finalmente, Lamm lo entiende como *“una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de la filiación con la pare comitente”*¹⁶.

De los anteriores conceptos es indispensable identificar cuáles son los elementos comunes a fin de construir una definición de gestación por sustitución. Algunos autores consideran que es simplemente una técnica de reproducción asistida¹⁷, otros agregan que es un acto¹⁸ y algunos profundizan aseverando que es un convenio o un contrato¹⁹. Agregado a esto es posible también discutir en caso de ser un contrato cuáles son sus características, en el sentido de cuestionarse si es gratuito u oneroso, si es aleatorio o conmutativo, si puede considerarse plurilateral o es bilateral, etc. Razón por la cual es preciso definir la gestación por sustitución una vez se hayan explicado dichos elementos.

¹⁵ GONZÁLEZ DE CANCINO, EMILSEN. “Maternidad por encargo”, en *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hiestrosa*, Universidad Externado de Colombia., Bogotá, 2014, p. 399.

¹⁶ LAMM, ELEONORA. Ob. cit., p. 24.

¹⁷ Autores como Antonio José Vela Sánchez, Fernando Alarcón Rojas y Eleonora Lamm, anteriormente citados, opinan que la gestación por sustitución es una técnica de reproducción asistida.

¹⁸ Autores como Yolanda Gómez Sánchez, anteriormente citada cree que es un acto.

¹⁹ Autores como Paulina Silva Salcedo, J. M. Martínez-Pereda Rodríguez, J.M. Massigoge Benegiu opina que es un contrato o una convención.

Pero además de las anteriores cuestiones, hay que anotar de que la misma forma se debaten posturas como la permisión o la prohibición de la práctica de la gestación por sustitución teniendo argumentos basados en principios como la dignidad humana y la solidaridad, derechos como la vida, la igualdad, la libertad sobre el propio cuerpo, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a conformar una familia, entre otros derechos o aspectos religiosos, morales y éticos que servirán sin duda para defender una u otra postura. Finalmente, es preciso llamar la atención en el sentido que ni si quiera cuando una ley permita o prohíba la gestación por sustitución se van a acabar las discrepancias.

III. MODALIDADES

La gestación por sustitución es una técnica que deriva del género denominado Técnicas Humanas de Reproducción Asistida (THRA) que según Santamaría Solís son un “conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana”²⁰. Aclarando, que no se considera la gestación por sustitución como una especie de las TRHA, sino que es un efecto de estas.

Las THRA pueden clasificarse en intracorpóreas y extracorpóreas. Serán intracorpóreas cuando “el proceso de fecundación o fertilización del óvulo u ovocito por el espermatozoide se efectúa en el interior del aparato reproductor femenino”²¹ y serán extracorpóreas cuando “todas aquellas modalidades de reproducción asistida en las que la fecundación se produce en el exterior del tracto reproductor femenino”²².

²⁰ SANTAMARÍA SOLÍS, LUIS. “Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos” *Cuadernos de bioética*, No. 1, Buenos Aires, 2000, pp. 37-42.

²¹ *Ibíd.*, p. 38.

²² *Ibíd.*, p. 42.

Cualquiera sea la THRA pueden subclasificarse como homólogas y heterólogas. Por la primera, se entiende que los gametos tanto masculinos (semen) como femeninos (óvulos) son aportados por la pareja que desea someterse a las THRA. Por la segunda se entiende que uno o los dos gametos son ajenos a las parejas que van a realizar las THRA, de tal forma que son donados por un tercero²³.

Entre las diferentes THRA intracorpóreas la más importante respecto de la gestación por sustitución es la Inseminación Artificial (IA) que consiste en *“la introducción de los espermatozoides mediante un catéter en la vagina de la mujer. A continuación, la llegada de los espermatozoides hasta el óvulo y la fecundación se efectúan de modo idéntico a lo que sucede en el proceso fisiológico normal”*.²⁴

Y de las THRA extracorpóreas, es importante para la gestación por sustitución la Fecundación In-vitro con transferencia de embriones (FIVTE) que consiste en *“un tratamiento de fertilidad en el que se extraen los óvulos de los ovarios de la mujer mediante punción folicular y, a continuación, fecundarlos en el laboratorio con los espermatozoides del varón. Seguidamente, se observa la evolución de los embriones en cultivo hasta que se transfieren al útero de la futura madre a fin de lograr el embarazo.”*²⁵

Mediante la IA (THRA intracorpórea) y la FIVTE (THRA extracorpórea) es que se puede realizar la gestación por sustitución. Dependiendo de la elección de

²³ BONILLA-MUSOLES, FERNANDO Y OTROS. *Reproducción asistida. Abordaje en la práctica clínica*, Editorial médica panamericana, Madrid, 2010, p. 297.

²⁴ SANTAMARÍA SOLÍS, LUIS. Ob. cit., pp. 42.

²⁵ Consultado en <https://www.reproduccionasistida.org/fecundacion-in-vitro-fiv/#definicion-de-la-fecundacion-in-vitro> [22 de diciembre de 2017].

la THRA se estará según la doctrina ante una gestación por sustitución tradicional o gestacional²⁶.

Por un lado, está la gestación por sustitución “tradicional” que es realizada a través de la IA. En estos casos al ser una THRA intracorpórea es naturalmente lógico que los gametos femeninos serán de la mujer gestante, razón por la cual la madre sustituida no tendrá vínculo genético con el bebé. Ahora bien, nada imposibilita que el espermatozoide sea del padre sustituido o de un donante.

De tal forma, que en esta modalidad pueden llegar a intervenir tres tipos de personas. La primera, será la gestante, que como se mencionó anteriormente aportará el gameto, los segundos, los padres sustituidos, de los cuales el hombre podrá aportar su gameto y los terceros, que sucede en casos, donde solo sea una mujer la que desee realizar TRHA o donde el padre sustituido no aporte el gameto. Es decir, que puede haber situaciones donde lleguen a intervenir hasta 4 personas en un mismo proceso de gestación por sustitución.

La modalidad “tradicional” ha sido revaluada dada la falta de seguridad jurídica que le ofrece a las partes, ya que en caso de que haya un incumplimiento por la parte gestante, esta podrá argumentar además del hecho biológico del parto, su vínculo genético con el bebé, por lo cual lo más seguro es que un juez optará por tener como madre a la gestante y no a la sustituida, como ocurrió en el caso Baby-M.²⁷

²⁶ GONZÁLEZ DE CANCINO, EMILSEN. Ob. Cit., p. 399.

²⁷ Baby-m es la denominación de un caso trascendental sobre gestación por sustitución en el que la Corte Suprema de Nueva Jersey decidió sobre la validez de un contrato de este tipo. Los hechos ocurrieron por causa de la imposibilidad de tener hijos por parte de los esposos William y Elizabeth Stern. Dicho obstáculo llevó a que el Señor Stern contratara con los esposos Whitehead con el fin de que la Señora Whitehead se comprometiera en primer lugar a ser inseminada artificialmente con los gametos del Señor Stern, segundo a tener en su vientre una criatura fruto de la inseminación y tercero a entregarla en adopción a los esposos Stern.

Por su parte, el Señor Whitehead quien también era parte contractual debía abstenerse de realizar cualquier acto que pudiera llevar a presumir que él era el padre. Como

De otro lado, está la gestación por sustitución “gestacional”, que es realizada principalmente a través de la FIVTE. Por ser una THRA extracorpórea la gestante no tiene que aportar obligatoriamente sus gametos. De tal manera que aquí puede haber casos donde la gestación por sustitución sea totalmente homóloga, es decir donde los sustituidos aporten los dos gametos. Actualmente esta THRA es la más usada ya que a través de esta puede asegurarse el vínculo genético con el bebé.

En esta modalidad, igualmente pueden intervenir tres tipos de personas, la diferencia con la gestación por sustitución tradicional es que aquí hay posibilidad de que el gameto femenino pueda ser aportado por la misma madre

contraprestación, el Señor Stern se comprometía a pagar la suma de diez mil dólares más todos los gastos de embarazo hasta un monto de diez mil dólares.

Fue así que se llevó a cabo la ejecución del contrato. El día 27 de marzo nació la bebé y fue entregada en los siguientes días a los esposos Stern lo que ocasionó que la Señora Whitehead tuviera una profunda depresión que influenció a los Stern a permitir que la Señora Whitehead estuviera un tiempo más con la bebé.

Una vez los Whitehead tuvieron en su poder a la criatura no la quisieron devolver a los Stern, razón por la cual los Stern pidieron ante la justicia la ejecución forzada del contrato.

Fue de esta manera que llega a los tribunales de instancia con el fin de que se dieran su veredicto. Finalmente, el caso llega a la Corte Suprema de New Jersey quien dictaminó que el contrato era totalmente nulo por 2 razones fundamentales. La primera, contrariaba los preceptos legales del Estado, esto en cuanto al régimen aplicable para este caso era el de adopción y en estos eventos no puede haber de dinero como contraprestación, así mismo para que una persona pueda otorgar la adopción de un menor requiere que por lo menos haya prueba de su incapacidad para ser padre o que haya un total abandono.

Además de lo anterior se pronunció sobre la cláusula a favor de los Stern que decía que la decisión sobre la custodia de los Whitehead era irrevocable, sobre esto la Corte concluyó que era una decisión que no debe contar con la efectiva tutela del Estado toda vez que los Stern no lo hicieron como la ley lo establecía, es decir, de un lado por medio de una agencia que recibiera primero al menor y luego si fuera entregado en adopción o por otro lado, contando con una orden judicial, de tal manera que la decisión por parte de los Whitehead es totalmente revocable.

Como segundo fundamento atendió a que el contrato atentaba contra el orden público y contra las normas de la Constitución, en el entendido que se estaba suprimiendo el derecho del menor de poder conocer y estar con sus padres naturales, como también que la presencia de dinero en el contrato hace mas alusión a la compra de un bebé o el derecho de la mujer sobre su hijo, etc. Finalmente, la Corte Suprema decidió que el contrato era totalmente inválido y ordena a un tribunal de familia de Nueva Jersey que se encargue de decidir sobre la custodia de la baby-m la cual se fundamentó en el interés superior del niño y fue otorgada al Señor Stern con la posibilidad de que la señora Whitehead pudiera hacer visitas periódicas.

sustituida o donado por una tercera mujer, de manera tal que en este proceso pueden llegar a intervenir hasta 5 personas.

IV. PROBLEMA JURÍDICO

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta el concepto de gestación por sustitución y las modalidades de la misma, es importante realizar la delimitación del objeto de investigación de la presente tesis.

Conforme a lo anterior, se pretende responder el siguiente problema jurídico: ¿Bajo qué condiciones se puede considerar que el contrato de gestación por sustitución es válido en el ordenamiento jurídico colombiano?

Dicho problema jurídico será explicado en dos capítulos. En el primero, se analizará si en Colombia un contrato de gestación por sustitución es válido. Por su parte, en el segundo capítulo se pretende explicar cuáles son las características, elementos, partes y obligaciones del contrato de gestación por sustitución, así como también algunas cuestiones prácticas de dicho contrato.

CAPÍTULO I. LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La gestación por sustitución, como se anotó anteriormente es un tema que está en el límite del ordenamiento jurídico, en el que no hay una verdad absoluta para aseverar que es totalmente lícito como tampoco para señalar que es ilícito. En razón a lo anterior, es preciso investigar si la celebración de un contrato que busca la realización de la gestación por sustitución es válida en el ordenamiento jurídico colombiano, para lo cual es imperioso analizar cada uno de los presupuestos de validez (I), para finalmente realizar una definición del contrato de gestación por sustitución que se considera es válido en el ordenamiento jurídico colombiano (II).

I. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ

El Código Civil establece que una persona se puede obligar con otra siempre que cumpla con cuatro presupuestos los cuales son la capacidad (1), el consentimiento (2), objeto lícito (3) y la causa lícita (4). En ese sentido, para que una manifestación de voluntad que verse sobre la gestación por sustitución pueda obligar en el ordenamiento jurídico colombiano debe contener dichos requisitos que serán explicados de manera detallada a continuación.

1. CAPACIDAD

Esta debe ser entendida desde dos puntos de vista, la primera desde una noción estática, entendida como una *“aptitud jurídica o capacidad de derecho en la que el sujeto puede ser titular de derechos tanto en la parte pasiva como*

*en la activa*²⁸ y la segunda desde una noción dinámica, en el entendido que “*el sujeto tiene una habilidad natural para actuar, para realizar las operaciones tendientes al desarrollo de la personalidad y de sus atributos y para crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas que se refieren a él*”²⁹.

Como presupuesto de validez la capacidad se asocia de una manera mas estrecha con el punto de vista dinámico en el entendido que el sujeto pueda por si mismo contraer obligaciones, sin necesidad de una intermedia persona. Igualmente, es válido afirmar de acuerdo al Código Civil³⁰ que la capacidad se presume, razón por la cual es la regla general y la excepción será entonces la incapacidad que puede existir en casos que tengan como fuente la edad o la discapacidad mental³¹.

En la gestación por sustitución es evidente que para ninguna de las partes contractuales se exigen calidades especiales, en principio, eso no obsta para que de manera propositiva se discuta el tema, toda vez que se considera necesario limitar las personas que puedan concurrir a este contrato ya que es una técnica que converge con principios como la dignidad humana, la solidaridad, el interés superior del niño y derechos como la vida, el libre desarrollo de la personalidad, a tener una familia, etc., dado que parecería prudente que fuera limitado ya que es una situación especial donde hay que proteger a la criatura que viene en camino.

²⁸ HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico volumen II*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 209-210.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Código Civil. Artículo 1503.

³¹ Código Civil. Artículo 1504.

Como es bien sabido, el ordenamiento jurídico no ha establecido límites puntales sobre este tema, razón por la cual es pertinente vía analogía³² realizar una comparación con lo regulado en el Código de Infancia y Adolescencia sobre la medida de protección denominada adopción³³. Lo anterior se fundamenta en dos razones, la primera porque esta medida de protección como cualquier otra que establece el mencionado código tienen como finalidad garantizar el interés superior del niño y segundo porque es la que guarda más similitud al supuesto de hecho que se está planteando, es decir una persona o una pareja que tienen el deseo de ser padres.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anteriormente planteado, es procedente realizar el análisis de la capacidad desde los dos extremos contractuales, es decir, por un lado, la parte gestante (a)) y por otro la parte sustituida (b)).

1.1 Parte gestante

Respecto de esta parte contractual hay que precisar dos cosas. Lo primero, es que el análisis de los requisitos se hace mediante analogía iuris, la cual parte del estudio de disposiciones individuales para extraer principios generales vía inducción y aplicarlos a casos que no son contemplados por cualquier otra disposición en el ordenamiento jurídico³⁴. Lo segundo, es manifestar que de esta parte contractual se deben analizar tres requisitos, los cuales se denominan idoneidad física (1.1.1), idoneidad mental, moral y social (1.1.2) y la edad (1.1.3).

³² La analogía es procedente de acuerdo a la ley 153 de 1887, en la que se establece en su artículo 4: “*Los principios de derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la constitución en casos dudosos...*”, así como también el artículo 8 en el que se afirma: “*Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes...*”.

³³ PINZÓN MARÍN INÉS, RUEDA BARRERA EDUARDO Y MEJÍA PATIÑO OMAR. “La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre”, en *Revista de derecho y genoma humano*, NO.43, JULIO-DICIEMBRE 2015, p. 99.

³⁴ ENNECCERUS, LUDWING. *Derecho civil. Parte general*. Bosch, Barcelona, 1947, p. 217.

1.1.1 Idoneidad física³⁵

En cuanto a lo físico, es preciso estudiar dos cuestiones, la primera, referente al estado de salud que debe tener la madre gestante y la segunda tiene que ver con la exigencia de haber dado a luz un hijo sano anteriormente.

- *Estado de salud.*

El estado de salud como exigencia de idoneidad física tiene como fin asegurar dos cuestiones. En primer lugar, la salud del niño o niña que viene en camino, de tal forma que la mujer gestante sea apta para llevar a cabo la gestación en óptimas condiciones, de lo cual hay que aclarar que dichas condiciones son aquellas que tienen que ver con la gestación y el posterior parto, por ejemplo enfermedades como el VIH, diabetes, cáncer de mama u ovarios las cuales pueden ser transmitidas al bebé durante la gestación, lo que haría a dicha mujer gestante incapaz para ser parte de este contrato, por el contrario, no se deberán tener en cuenta para la evaluación todas aquellas enfermedades que no tengan un riesgo para la salud del bebé o que no sean transmisibles, permitiéndole a la mujer gestante ser parte contractual.

En segundo lugar, busca garantizar el derecho a la vida que tiene la mujer gestante, razón por la cual es válido afirmar que no basta con asegurar la salud y vida del bebé que viene en camino sino también la de la gestante, lo que permite concluir que, si una mujer desea prestar su vientre y con ello pudiera poner en riesgo su vida, no debería tener de ninguna forma capacidad para realizar la gestación por sustitución.

³⁵ Código de Infancia y Adolescencia. Artículo 68.

- *Haber dado a luz anteriormente.*

En algunas legislaciones se exige que la persona haya tenido un hijo sano³⁶ y esto lo que busca es garantizar que la criatura que se va a desarrollar en el vientre de la gestante tenga alta probabilidad de nacer en óptimas condiciones de salud.

En ese sentido, se considera que el requisito de haber dado a luz anteriormente es importante porque además de conceder un nacimiento con mayor probabilidad de éxito otorga mayor seguridad a los sujetos que intervienen en la gestación por sustitución, es decir, en primer lugar, confiere un escenario más confiable a los padres sustituidos que por causas naturales no pudieron gestar a su bebé en el sentido que hay más probabilidades de tener un hijo sano, en segundo lugar, permite que la mujer gestante tenga un proceso de embarazo mucho más tranquilo dada la experiencia de ese primer embarazo.

1.1.2 Idoneidad mental, moral y social para celebrar y ejecutar el contrato³⁷:

La idoneidad mental, moral y social para celebrar y ejecutar el contrato supone que antes de celebrar el contrato se certifique por un grupo de expertos compuesto por psicólogos y médicos de diferentes especialidades como ginecólogos y obstetras que la persona entiende y conoce a qué se está obligando cuando decide prestar su vientre, en otras palabras, se busca que la madre gestante tome una decisión consiente, libre y plenamente informada.

De la misma manera, se sugiere que deba hacerse un segundo control una vez celebrado el contrato, en el que la gestante antes de ejecutar el contrato³⁸

³⁶ Código de Familia de Ucrania, Artículo 123 y Orden No. 771 del Ministerio de Sanidad de Ucrania. Human Fertilisation and Embriology Act de 2008 de Inglaterra, artículo 54; Código de la Federación de Rusia de 1995, artículo 50 y 51;

³⁷ Constitución Política. Artículo 42.

³⁸ Esto es la aplicación de cualquiera de las técnicas que se van a usar, ya sea IA o FIVTE.

esté acompañada por un grupo de profesionales para que decida si definitivamente lo ejecuta o no³⁹ con el fin de proveer la mayor seguridad jurídica con el fin de evitar futuros litigios que pongan en medio una criatura que viene en camino o una ya que ha nacido.

1.1.3 La edad

Antes de exponer sobre la edad como un requisito de capacidad para la parte gestante es preciso presentar el artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia en el cual se establece como requisito para adoptar ser mayor de 25 años. La importancia de mencionar dicho artículo es para cuestionarse ¿si la parte gestante debería tener la exigencia de ese mínimo de edad? Toda vez que no hay una aspiración de ser padre o madre de la criatura que viene en camino.

Es evidente entonces que el artículo 68 se refiere a un requisito para aquellas personas que desean adoptar un niño, así como también es incuestionable que la gestación por sustitución no ha sido regulada en Colombia, de tal manera que para atender al interrogante anteriormente planteado es preciso servirse de la analogía para poder fundamentar si de acuerdo a alguna disposición o si de acuerdo al ordenamiento jurídico colombiano es propio exigir este mínimo de edad:

Se considera que desde la analogía si se puede establecer un mínimo de edad, ya que de acuerdo a las diferentes disposiciones que hay sobre la protección de los niños y en especial sobre la adopción es válido afirmar que la gran parte de ellas apuntan a garantizar el interés superior del niño, razón por la cual ese requisito de edad mínima hay que entenderlo desde un punto de vista general, no solo para los que deseen ser padres sino también para todas aquellas

³⁹ De no ejecutarlo estaría en una fase de incumplimiento.

personas que intervengan activamente⁴⁰ en la realización de esa decisión de ser padres o madres como el caso de la madre gestante.

De lo anterior se reitera entonces que lo que se busca con ese mínimo de edad es garantizar el interés superior del niño que según la Corte Constitucional supone hacer un análisis: *“a la luz de las necesidades de amor, cuidado y protección del niño, niña o adolescente que será adoptado”*⁴¹ y en ese sentido se entiende que para asegurar dichos aspectos es válido exigir esa calidad no solo a quienes desean ser padres sino también a quienes desean participar activamente en esa decisión.

1.2 Parte sustituida

Ante el vacío legal que acontece este tema es acertado establecer los requisitos de manera propositiva tomando en cuenta las exigencias previstas para la adopción en el Código de Infancia y Adolescencia. De manera que los *padre(s) o madre(s) sustituidos* deben contar con las siguientes calidades:

1.2.1 La edad

En el artículo 68 del mencionado código el legislador consideró que una persona a partir de los 25 años de edad puede tomar la decisión acerca de ser padre llevando a cabo un proceso de adopción⁴², que es la edad que ha entendido el legislador como apropiada para dicha decisión. Por lo anterior la edad para las partes debería ser 25 años. La razón respecto de los padres(s) o madre(s) sustituidos es apenas obvia, en el entendido que están tomando la decisión de ser padres.

⁴⁰ Esta intervención activa se refiere a aquellas personas que prestan su vientre y llevan a cabo la gestación y posterior parto.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-804 de 2009.

⁴² Código de Infancia y Adolescencia, artículo 68.

La analogía es procedente en este asunto donde en primer lugar hay un caso concreto no regulado, toda vez que hay una persona o una pareja que tiene(n) el deseo de ser padres y que para hacerlo optan por pedir prestado un vientre, en segundo lugar hay disposiciones específicas sobre personas que tienen el deseo de ser padres como el artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia que se refiere a los requisitos para adoptar y en tercer lugar dicho caso concreto no regulado y dicha disposición se pueden encuadrar perfectamente por tres razones:

La primera en el entendido que esta disposición se está refiriendo a unos requisitos para que unas personas que deseen ser padres puedan hacerlo y hay que recordar que de acuerdo a la Constitución Política⁴³ las personas pueden ser padres por medios naturales, artificiales o mediante la adopción, de tal manera que se está en el supuesto de una forma de tener hijos.

La segunda razón supone que el artículo 68 establece cuál es la edad que el Estado colombiano considera como responsable para tomar una decisión referente a ser padres, misma decisión que se debe tomar tanto por la “*parte gestante*” como por los “*padre(s) o madre(s) sustituido(s)*”.

Finalmente se fundamenta la analogía en el sentido que la edad que se establece en dicho artículo busca garantizar el interés superior del niño o niña que se materializa mediante la exigencia de unos requisitos que aseguren que las personas que hayan tomado la decisión de ser padres lo hayan hecho de una forma responsable.

⁴³ Constitución Política. Artículo 42.

1.2.2 Idoneidad mental, moral y social

De esta calidad hay que analizar dos aspectos. El primero referente al examen que deben practicarse los sustituidos y lo segundo sobre la idoneidad moral que tienen las parejas del mismo sexo y la posibilidad de realizar esta técnica para poder conformar una familia.

- *Examen para determinar la idoneidad mental, moral y social.*

Del primer aspecto hay que decir que, en materia de adopción, el ICBF se encarga de realizar un estudio para asegurar que los futuros padres son idóneos para garantizar una familia y el interés superior del menor. Ese estudio en esta materia debe ser realizado por un grupo de expertos que puedan aseverar que los sustituidos están en condiciones óptimas de entender qué es lo que están haciendo y sus implicaciones.

- *Idoneidad moral, parejas del mismo sexo y personas solteras.*

El requisito de idoneidad moral ha tenido un profundo debate ya que muchas veces se establecía que por las condiciones sexuales de una persona no era idóneo para adoptar. La Corte Constitucional por su parte ha dejado claro que la idoneidad moral no puede ser determinada por las condiciones sexuales de una persona cuando dice: *“en lo que concierne al requisito de idoneidad moral exigido por la norma sub examine a quienes pretendan adoptar, la Corte encuentra que la disposición no se refiere de manera explícita a la condición de homosexual del solicitante, para indicar que tal condición sea indicativa de la falta de dicha idoneidad”*.⁴⁴ De lo que se puede concluir que las condiciones sexuales de una persona no lo hacen más o menos idóneo.

Pero además hay que agregar que la Corte Constitucional ha venido reconociendo derechos a las parejas del mismo sexo, como el de tener una

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001.

familia y conformarla mediante un contrato marital, solemne y con todas las formalidades⁴⁵, así como también llevar a cabo el proceso de adopción como pareja⁴⁶. De lo anterior para afirmar que de entrada no hay argumentos jurídicos ni morales por las cuales prohibir que este grupo de personas pueda tener un hijo mediante esta técnica.

De la misma forma, y de acuerdo a lo dicho por la Corte Constitucional⁴⁷ es preciso establecer que las condiciones sexuales no pueden ser tenidas en cuenta como criterio de calificación ni para las parejas heterosexuales, ni para las homosexuales, como tampoco para las personas que se encuentran solteras. En ese sentido, supone que toda persona soltera que tenga la intención de ser padre o madre mediante esta técnica y cumpla con los demás requisitos propuestos puede hacerlo.

1.2.3 Imposibilidad física⁴⁸

En esta calidad se encuentran mujeres y hombres. Respecto de la mujer la imposibilidad puede surgir por varias razones, la primera de ellas por la infertilidad o incapacidad, la segunda en razón de enfermedades congénitas⁴⁹, es decir que la madre mediante el embarazo tiene alta probabilidad de transmitir enfermedades genéticas que pueden ser consultadas en la página web <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/gtr/>⁵⁰ donde se puede encontrar enfermedades como el VIH, diabetes, cáncer de mama u ovarios, asma,

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-683 de 2015.

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001.

⁴⁸ VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. Ob. cit., p. 16.

⁴⁹ ALBARELLOS GONZÁLEZ, LAURA ADRIANA. *Bioética con trazos jurídicos*. Editorial Porrúa. México D.F., 2006, p.104. Define las enfermedades congénitas como: “*Él término congénito procedente del latín congenitus, de cum, (con), y genitus, (engendrado), significando literalmente “nacido con”. Hace referencia a las características, rasgos, etc. con los que nace el individuo y que no depende sólo de factores hereditarios, sino también de características que son adquiridas durante los periodos de embrión y feto, es decir, durante la gestación*”

⁵⁰ CAICOYA, MARTÍN. “Enfermedades hereditarias”, en *la provincia de las palmas*, Editorial prensa Ibérica, Barcelona, 1 de mayo de 2014.

malformaciones cardíacas, etc. de tal manera que la madre puede optar por que su hijo se geste en otro vientre con el fin de proteger su salud. De los hombres, por razones biológicas no pueden llevar a cabo la gestación, de tal manera que si quieren tener un hijo y son solteros o no tienen una pareja femenina deben acudir a esta técnica.

Ahora bien, es preciso aclarar que la imposibilidad en el caso de las parejas puede recaer en uno de ellos o en las dos personas, de tal manera, que se considera que basta con la imposibilidad para procrear de uno de los miembros de la pareja para poder satisfacer este requisito.

Así mismo es importante explicar qué sucede cuando hay imposibilidad en personas solteras, es decir en hombres y mujeres que no tienen una pareja y que desean tener un hijo. Al respecto, se considera que la persona debe tener alguna incapacidad o infertilidad, una enfermedad que pueda ser transmitida genética o la imposibilidad de llevar a cabo la gestación y procreación por razones naturales, última cuestión que atañe únicamente a los hombres.

1.2.4 La voluntad de ser padre(s) o madre(s)

Lamm explica esta voluntad como *“madre es quien desea y quiere ser madre, quien tiene la voluntad procreacional, independientemente de su aporte genético y/o biológico”*.⁵¹ La importancia de la voluntad de ser padre(s) o madre(s) se fundamenta como lo dice Rivero Hernández⁵² en el hecho que es el elemento *sine qua non* de la gestación por sustitución. En otras palabras, lo que dice este autor, es que si no existiera la intención de ser padre(s) o madre(s) no habría inicio a todo el proceso de gestación por sustitución, es

⁵¹ LAMM, ELEONORA. Ob. cit., p. 42.

⁵² Como se cita en LAMM ELEONORA. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, p 52: RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”, en *la filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos de reproducción humana*. Trivium, Madrid, p. 146.

decir, que no tiene importancia el elemento biológico o el elemento genético sino no hay una intención de ser padre(s) o madre(s).

Sobre este elemento cabe el siguiente interrogante y es: ¿Cómo se puede probar o demostrar esa voluntad de ser padre(s) o madre(s)? Aunque pareciera complicado demostrar esa cuestión se considera que el simple hecho de buscar herramientas alternas para poder tener un hijo es ya una plena demostración del deseo de ser padres. En palabras más precisas, es válido afirmar que la prueba de la intención de ser padre(s) o madre(s) estará construida a través de las diferentes actuaciones tendientes a dar inicio al proceso de gestación.

2. CONSENTIMIENTO

Según la doctrina este presupuesto de validez hace referencia al concepto de voluntad que se puede entender como aquel “*ánimo serio y deliberado*” es mucho más objetiva toda vez que tiene en cuenta aspectos que no derivan única de lo interno del sujeto, sino que va más allá teniendo en cuenta circunstancias, intereses y comportamientos de las partes⁵³.

Ahora bien, respecto de la gestación por sustitución el estudio del consentimiento como presupuesto de validez se debe hacer desde tres aspectos, los cuales son: la necesidad de un consentimiento informado (2.1) y los vicios del consentimiento (2.2).

⁵³ HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico volumen I*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 901-902.

2.1 Consentimiento informado

Como se ha venido anotando, la gestación por sustitución es una técnica bastante controversial razón por la cual se considera que cualquier manifestación de voluntad que se haga sobre esta técnica deba contar con un consentimiento informado. Así como se planteó en el presupuesto de validez denominado capacidad en el que a las partes no les debe bastar ser mayores de edad, sino que deben contar con unas calidades especiales como la mayoría de 25 años, idoneidad física, moral, social y mental. De lo anterior se propone que en este elemento de igual manera deba cumplirse con unos requerimientos especiales.

En el artículo 66 del Código de infancia y adolescencia se establece precisamente que en todo momento los padres que deseen dar en adopción a sus hijos deben ser asesorados por expertos⁵⁴. En este tema entonces es esencial que el acompañamiento por expertos se haga tanto a la gestante como a los padre(s) o madre(s) sustituidos en todo el proceso de la gestación por sustitución con la finalidad de obtener una decisión informada y que estén además totalmente seguros de lo que están haciendo⁵⁵.

Pero en este aspecto también es importante analizar el tema del denominado “*consentimiento informado del paciente*”, el cual se entiende que vía analogía puede ser aplicado respecto de la mujer gestante toda vez que se considera que realizar un tratamiento de gestación por sustitución implica la ejecución de un tratamiento clínico donde nacerá una relación médico (quien llevará acabo el tratamiento) paciente (quien prestará el vientre).

⁵⁴ Código de Infancia y Adolescencia. Artículo 66.

⁵⁵ Lamm, Eleonora. Ob. cit., pp. 265-266.

Al respecto la Corte Constitucional ha establecido sobre el consentimiento informado lo siguiente: *“el principio que constituye una forma de promover la materialización de los principios de libertad y de igualdad, pues está encaminado a otorgarle simetría a la relación médico paciente, de tal modo que no sea el médico quien termine decidiendo por el afectado, ejerciendo indebidamente su poder y -como depositario de un conocimiento superior- termine sustituyendo la voluntad del paciente”*⁵⁶. De lo anterior hay que entender que el médico debe ser en todo momento claro en establecer las consecuencias tanto positivas como negativas que tiene el tratamiento en el *“paciente”*, en razón a ese conocimiento especializado que tiene en la materia con el fin que la persona pueda ejercer su voluntad sobre el tratamiento a practicar. En otras palabras, debe a partir de su conocimiento ilustrar al paciente con el fin de que este pueda decidir sobre su tratamiento.

En ese sentido la Corte Constitucional asevera que el consentimiento informado se materializa en dos características, las cuales se entienden como: *“(i) debe ser libre, en la medida que el sujeto debe decidir sobre la intervención sanitaria sin coacciones ni engaños”*⁵⁷. Así como también: *“(ii) debe ser informado, pues debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente para que el paciente pueda comprender las implicaciones de la intervención terapéutica”*⁵⁸. Con estos dos elementos se puede establecer que una persona ha tomado una decisión sobre su tratamiento de manera libre e informada.

Ahora bien, cabe cuestionarse ¿si realmente la gestación por sustitución es digna de un consentimiento informado? En el entendido que estrictamente no hay una enfermedad, pero si hay un tratamiento médico. Al respecto se considera que si debe ser objeto del consentimiento informado ya que la Corte

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-850 de 2002.

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-182 de 2016.

⁵⁸ *Ibíd.*

Constitucional ha sido enfática en precisar que aun el más elemental tratamiento debe contar con el consentimiento del paciente⁵⁹, de lo cual es válido afirmar que la gestación por sustitución al ser un tratamiento debe contar con el consentimiento informado.

El consentimiento informado respecto de la gestación por sustitución deberá evaluarse con los criterios que tiene al respecto la Corte Constitucional quien ha afirmado que al ser el consentimiento un principio supone que puede ser aplicado en forma más estricta o menos estricta según el caso que se esté analizando⁶⁰. Esos criterios entonces suponen analizar entre otras cosas qué tan invasivo en el cuerpo del paciente es el tratamiento, el carácter experimental que tenga, probabilidad de éxito y dificultad del tratamiento, afectación de derechos de la persona y de terceros, etc. ⁶¹ . Pero independientemente del análisis que se haga sobre estos aspectos es válido afirmar que la madre gestante en especial, deberá consentir de manera previa, libre e informada y que el médico tratante estará en la obligación en todo momento de explicar los procedimientos, instrucciones y consecuencias del tratamiento a fin de que la mujer gestante pueda tomar una decisión libre e informada.

2.2 Los vicios del consentimiento

De acuerdo al artículo 1508 del Código Civil, el consentimiento puede ser únicamente viciado por el error, el dolo y la fuerza. En ese sentido, es preciso estudiar los vicios en el consentimiento que se pueden presentar en la gestación por sustitución.

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 1994 y Sentencia C-182 de 2016.

⁶⁰ Corte Constitucional. C-182 de 2016.

⁶¹ Corte Constitucional. T-850 de 2002.

2.2.1 Error

El error es definido como “*discrepancia entre el concepto y la realidad, tener por cierto lo que no es, o por falso lo que es cierto, disconformidad entre el hecho y la idea que se tiene de él*”⁶². De tal forma, que el error surge cuando una persona cree estar consintiendo sobre algo que realmente no corresponde a la realidad.

Ahora bien, algunos ejemplos de errores que pueden ocurrir en la gestación por sustitución son los siguientes:

- El error sobre la naturaleza del negocio⁶³, en el sentido que las partes pueden estar creyendo que celebran un contrato típico y nominado, como por ejemplo un arrendamiento. Lo cual no es posible como se explicará más adelante⁶⁴, toda vez que esto es un contrato atípico e innominado.
- El error sobre la identidad del objeto⁶⁵, toda vez que uno de los sujetos puede entender que lo que está contratando es la entrega de un bebé⁶⁶, cuando la realidad de las cosas es que lo que está contratando es la fuerza biológica⁶⁷.

2.2.2 Dolo

El dolo se entiende como “*cualquier clase de maniobras, maquinaciones, artificios, engaños, estratagemas, mentiras e incluso reticencia*”⁶⁸. Ahora bien, algunas hipótesis que pueden surgir de esta definición son las siguientes:

⁶² HINESTROSA, FERNANDO. Ob. cit., p. 943.

⁶³ *Ibíd.*, p. 967.

⁶⁴ *Supra*, p. 66 y ss.

⁶⁵ HINESTROSA, FERNANDO. Ob. cit., pp. 972-975.

⁶⁶ Que por lo demás constituye un objeto ilícito, toda vez que está disponiendo de algo que está por fuera del comercio.

⁶⁷ *Supra*, p. 67.

⁶⁸ HINESTROSA, FERNANDO. Ob. cit., p. 1023.

- Aquella en la cual la parte sustituida induce a la parte gestante a celebrar el contrato prometiéndole que va a recibir grandes de sumas de dinero como retribución por su servicio.
- Cuando la parte gestante guarda silencio sobre enfermedades hereditarias que conoce que tiene y que no han sido detectadas mediante exámenes clínicos.

2.2.3 Fuerza

De acuerdo al artículo 1513 la fuerza se define como aquella “*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*”⁶⁹.

De tal manera, que en este punto se encontrarán todas las hipótesis donde la decisión de las partes sea influenciada por una fuerza tal que no quede más remedio que aceptar la gestación por sustitución.

3. EL OBJETO

Como antelación a la definición del objeto como presupuesto de validez es preciso advertir que este puede entenderse como un elemento de existencia y como un elemento de validez. En el primer caso se entiende que el objeto tiene que existir dado que es un elemento esencial del acto jurídico⁷⁰ de tal forma que si el objeto no existiere el acto jurídico tampoco. Desde la óptica de la

⁶⁹ Código Civil. Artículo 1513.

⁷⁰ CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA. *Derecho de las obligaciones: tomo I*. Editorial Temis, Bogotá, 2009, p 563.

validez ya no incumbe si el objeto existe o no, sino que parte de la base de la existencia de este para calificarlo en lícito o ilícito. Es precisamente desde la segunda visión del objeto que se va a realizar el análisis.

El objeto como presupuesto de validez es difícil de definir toda vez que es una palabra polisémica⁷¹, pero de las varias definiciones que la doctrina pueda entregar se considera que para efecto de estudio la mejor acepción es aquella que lo entiende como *“la función práctico-social que lo caracteriza y diferencia de los demás negocios”*⁷², de lo que deriva la pregunta: ¿cuál es la función práctico social del contrato de gestación por sustitución que lo diferencia de los demás?

Para responder a este interrogante es preciso servirse de lo que entienden otros autores sobre el objeto. Por ejemplo, Alarcón Rojas afirma que: *“el objeto del negocio jurídico no es el embrión o feto, es decir, no sería un ser humano; su objeto lo constituiría la fuerza biológica de la gestación de una mujer”*⁷³.

Por su parte González de Cancino entiende el objeto como la prestación de la obligación, es decir que hace un análisis del objeto desde las obligaciones de cada una de las partes, respecto de las cuales escribe lo siguiente: *“El convenio de gestar un niño no vinculado a los genes de la mujer gestante para entregarlo a otros después del nacimiento no resulta objeto de una descalificación tan tajante, pues la prestación no se considera de dar sino hacer; la mujer no entregaría a su hijo sino que prestaría un servicio necesario para que otra mujer pueda hacer efectivo el derecho a la procreación reconocido constitucionalmente”*⁷⁴.

⁷¹ HINESTROSA, FERNANDO. Ob. cit., p 295.

⁷² Ibíd.

⁷³ ALARCÓN ROJAS, FERNANDO. Ob. cit., p. 131.

⁷⁴ GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. Ob. cit., p. 404.

Teniendo en cuenta estas referencias al objeto por parte de la doctrina y de acuerdo a las definiciones que se plantearon sobre la gestación por sustitución⁷⁵ se puede evidenciar que al momento de realizarse un acuerdo de voluntades sobre esta técnica se buscan dos cosas fundamentalmente, la primera que una persona llamada gestante lleve a cabo la gestación y el parto del bebé y la segunda que exista una compensación.

De la primera, que es la de llevar a cabo la gestación y parto del bebé, es una obligación a cargo de la parte gestante en la que se compromete a permitir la realización de la FIVTE⁷⁶ por parte de un profesional de la medicina, con el material genético de los padres sustituidos o en su defecto de los donadores, con el fin de llevar en su vientre el proceso de desarrollo de una criatura que no guarda relación genética con ella, así como también, cuando sea momento, dar a luz al bebé.

De la segunda, que es la compensación, hay que explicar que es una obligación en cabeza de los padre(s) o madre(s) sustituidos que supone la entrega de una suma de dinero con el fin de sufragar todos los gastos en ha incurrido la parte gestante por llevar de manera altruista el proceso de gestación por sustitución. En este sentido es preciso aclarar que esta suma de dinero no tiene de ninguna manera el objetivo de incrementar el patrimonio de la parte gestante, simplemente el de sufragar los gastos.

Ahora bien, eso no obsta para que se tengan en cuenta otras obligaciones que son de vital importancia y que serán discutidas en lo referente a las obligaciones de las partes, tales como ¿Qué pasa con la obligación referente a la entrega del niño? ¿Determinar la filiación a favor de los padres se considera obligación? ¿Puede haber lugar a una remuneración? ¿Cómo se

⁷⁵ *Infra.*, pp. 3-6.

⁷⁶ *Supra.*, pp. 10-11.

determina la paternidad o la maternidad? ¿Qué sucede con aquellas cláusulas referentes a regular las relaciones sexuales de la pareja gestante?

De acuerdo a lo anterior es preciso aclarar que una vez establecida la definición de objeto y habiendo determinado cuál es la función practico-social que diferencia al objeto del contrato de gestación por sustitución de los demás, es correcto iniciar el estudio de la licitud o ilicitud del objeto teniendo en cuenta los siguientes elementos: el principio general de libertad (3.1), el principio de dignidad humana (3.2), el principio de solidaridad⁷⁷ (3.3) y finalmente las disposiciones del Código Civil colombiano (3.4).

3.1 La libertad

El primer elemento a estudiar es la libertad, la cual se entiende como un principio general establecido en la Constitución Política que supone que: “*los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes y lo que en ellas no se encuentra prohibida prima facie se entiende permitido*”⁷⁸. En ese sentido es posible analizar los dos elementos que caracterizan al objeto de la gestación por sustitución, de un lado la acción llevar a cabo la gestación y el parto de un bebé en un vientre ajeno (3.1.1) y de otro lado la existencia de una compensación (3.1.2).

3.1.1 Gestación y Parto de un Bebé en Vientre Ajeno

Desde esta óptica es preciso analizar desde el principio general de libertad qué tan posible es que un grupo de personas tomen la decisión respecto de procrear un bebé en un vientre ajeno. Para esto es preciso estudiar 4 aspectos

⁷⁷ Los principios de libertad, dignidad humana y solidaridad deben ser entendidos como principios materiales, es decir aquellos “*que exigen algo determinado y no depende de las decisiones de determinados órganos o personas*”. PORTOCARRERO, JORGE. “Ponderación y discrecionalidad”, en: *Serie de teoría jurídica y filosófica del derecho No. 76*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 130.

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-629 de 2010.

puntuales: la autonomía que tienen las personas en sus decisiones derivada del principio general de libertad, los límites a dicha autonomía, requisitos para que una prestación se considere lícita y finalmente el análisis de la autonomía referente a la procreación de una criatura en un vientre ajeno.

- *La autonomía que tienen las personas en sus decisiones derivado del principio general de libertad*

De la definición sobre libertad⁷⁹ se puede desprender el fundamento para hablar de las libertades individuales las cuales son de trascendencia en la gestación por sustitución toda vez que en ella se encuentra el tema referente a la autonomía que tiene la persona para tomar decisiones y de la cual surgen interrogantes como: ¿Hasta dónde puede llegar esa autonomía? ¿Esta libertad implica que todas las decisiones de las personas deben ser válidas para el ordenamiento jurídico? ¿Que decisiones derivadas de la autonomía son protegidas por el ordenamiento? ¿Pueden decidir sobre su propio cuerpo?

Una de las manifestaciones del principio de libertad entonces es la autonomía que tiene una persona para tomar las decisiones que a bien le parezca y convenga. Al respecto la Corte Constitucional se ha referido como *“el reconocimiento de la persona como autónoma en tanto que digna (artículo 1o. de la C.P.), es decir, un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino”*⁸⁰. Esta postura avala sin duda alguna que las personas puedan actuar según crean que deben hacerlo, como también afrontar las consecuencias que deriven de ese actuar.

⁷⁹ *Supra.*, pp. 27-28.

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994.

- *Los límites de la autonomía*

Así mismo hay que resaltar que la Corte Constitucional asegura que la autonomía no es ilimitada cuando expresa “*Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena... Si la persona resuelve, por ejemplo, dedicar su vida a la gratificación hedonista, no injerir en esa decisión mientras esa forma de vida, en concreto, no en abstracto, no se traduzca en daño para otro*”⁸¹.

De lo anterior es posible afirmar que una persona es autónoma en sus decisiones en tanto que no afecte a otras y esta conclusión es importante a la hora de interrogarse ¿Si la decisión referente a tener un hijo por medio de la gestación por sustitución realmente afecta los límites de la autonomía? Pero antes de responder a este interrogante es menester exponer los requisitos que entiende la Corte Constitucional para aceptar que una decisión derivada de la autonomía no se considera que ha transgredido los límites del ordenamiento.

- *Requisitos para que una prestación se considere lícita*

En ese sentido cabe resaltar lo que la Corte Constitucional estableció en la Sentencia T-629 de 2010 que desde la óptica del principio de libertad una prestación es lícita siempre que esta cuente con los siguientes requisitos: “*en términos generales la prestación será lícita cuando: i) cumpla con las normas jurídicas que la someten, incluido el respeto a los derechos de otros sujetos; y ii) se ejerza en lo restante, conforme las facultades derivadas del principio general de libertad; iii) el criterio hermenéutico según el cual, cuando hay dudas sobre si una actividad de los particulares está prohibida o permitida, la libertad se preferirá a la restricción*”⁸². Ahora bien, teniendo en cuenta cuáles son los requisitos establecidos por la Corte Constitucional es preciso empezar

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² Corte Constitucional. Sentencia T-629 de 2010.

a analizar la prestación de llevar a cabo la procreación de una criatura en un vientre ajeno.

- *La autonomía en relación a la procreación de una criatura en un vientre ajeno*

Previamente surgió el interrogante de: ¿Si la decisión referente a tener un hijo por medio de la gestación por sustitución puede transgredir los límites propios de la autonomía? Para atender a ese interrogante es importante explicarlo desde los siguientes elementos: *la finalidad de la gestación por sustitución, derechos relativos a la familia, la cosificación y comercialización del cuerpo humano y el análisis de los requisitos de la Corte Constitucional en relación con la gestación y parto de una criatura en un vientre ajeno.*

- *Finalidad de la gestación por sustitución*

Es importante investigar si esa decisión es un mero capricho o es una cuestión de vital importancia en una persona. Siendo así las cosas se puede evidenciar que el fin último es colaborar a que una persona que tenga imposibilidades para poder procrear un hijo pueda hacerlo⁸³, es decir que es una decisión que busca nada más y nada menos que ayudar para que un individuo pueda constituir una familia.

- *Derechos relativos a la familia*

De acuerdo a la finalidad anteriormente planteada es preciso hablar del artículo 42 de la Constitución Política⁸⁴ en el que se establecen los derechos relativos a la familia. Dice el mencionado artículo que: “*la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos*” con lo cual establece que las parejas tienen derecho a reproducirse, a escoger cuántos

⁸³ ALARCÓN ROJAS, FERNANDO. Ob. cit., p. 132.

⁸⁴ Constitución Política. Artículo 42.

hijos quieren tener, pero además concibe la forma en la que pueden hacerlo cuando afirma: “*los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con la asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes*” en la que establece que las parejas pueden tener hijos ya sea por medios naturales, por la adopción o por asistencia científica.

Es claro entonces que una de las formas de procrear que protege la Constitución Política es la asistencia científica y de acuerdo a lo mencionado en la introducción del presente trabajo son varias las modalidades para llevar a cabo esa procreación asistida, entre ellas está la gestación por sustitución, de lo cual es válido afirmar que dicha técnica está protegida por la Constitución Política en su artículo 42 y la cual no busca afectar a nadie, por el contrario busca, de acuerdo al principio solidaridad consagrado en el artículo 1 de la misma carta ayudar a las personas que no puedan procrear naturalmente, por esa razón hoy por hoy hay que entender que la asistencia científica y las decisiones sobre estas no quebrantan de ninguna forma los límites de la autonomía.

- *La cosificación y comercialización del cuerpo humano*

Al respecto es preciso aclarar que en ningún momento la finalidad de la gestación por sustitución es la de comercializar con el cuerpo humano, de hecho se considera que esta forma de asistencia científica debe ser permitida solo si se hace de manera gratuita, es decir que la gestante no debe por ningún concepto recibir una remuneración que incremente su patrimonio, es decir no debe haber un ánimo de lucro, sino simplemente que se le paguen los gastos derivados de todo el proceso de embarazo y parto.

Agregado a lo anterior, hay que anotar que la gestante simplemente presta su “*fuerza biológica*”⁸⁵, es decir su útero para llevar a cabo el proceso anteriormente mencionado y en ese sentido no se puede concebir porqué se habla de cosificación del cuerpo humano cuando en primer lugar no hay un ánimo de lucro y segundo es evidente que los componentes anatómicos del cuerpo siguen siendo de la persona que dispone de ellos.

Así mismo es válido aclarar que cuando se habla de la cosificación de la criatura que viene en camino⁸⁶, es decir cuando se menciona que se está vendiendo un bebé hay que establecer que son contra argumentos que no son ciertos en el entendido que el objeto de la gestación por sustitución es que una persona preste su vientre con el fin de colaborar en la gestación y parto de un bebé que es querido y anhelado por los padre(s) o madre(s) sustituidos que no han podido tener hijos de forma natural y que además deberán tener su mismo contenido genético (DNA) o los de un tercero donador, pero jamás el de la madre gestante⁸⁷. Y en ese entendido no se puede hablar de ninguna manera de la venta de un bebé toda vez que la madre gestante simplemente lo que está haciendo es prestar el vientre para que inserten mediante las técnicas de reproducción asistida unos gametos ajenos a ella con el fin de que se lleva la gestación y posterior parto de una criatura que se reitera no es de la madre gestante.

⁸⁵ ALARCÓN ROJAS, FERNANDO. Ob. cit., p. 131.

⁸⁶ SOTO LAMADRID, MIGUEL ÁNGEL. *Biogenética, filiación y delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 329.

⁸⁷ Se propone que la gestación por sustitución en Colombia debe ser protegida solo cuando cuente con los gametos de los Padre(s) o madre(s) sustituidos o cuando sean producto de donaciones, es decir, en ningún momento puede haber gameto de la gestante por razones que serán explicadas posteriormente.

- *Análisis de los requisitos de la Corte Constitucional en relación con la gestación y parto de una criatura en un vientre ajeno*

Ahora bien, teniendo en cuenta todo lo mencionado hasta el momento es propio analizar de acuerdo a los requisitos de la Corte Constitucional si realmente la prestación de llevar a cabo la procreación en un vientre ajeno es lícita.

Del primer requisito hay que anotar que la gestación por sustitución se ajusta al ordenamiento jurídico, como se evidenció anteriormente esta técnica está secundada por la Constitución Política mediante el artículo 42, el cual garantiza y protege las diferentes formas de procreación sean naturales o científicas, y al ser la gestación por sustitución una asistencia científica para procrear se entiende que se encuentra bajo la tutela del ordenamiento jurídico.

Pero además dicho requisito establece que se respeten los derechos de los demás, es decir que no interfiera en las libertades de los demás, lo que también es acatado por parte de la gestación por sustitución en el entendido que esta es una técnica que tiene como fin último ayudar a una persona o pareja a conformar una familia con hijos, lo cual también es un derecho consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política.

Del segundo requisito, la gestación por sustitución también lo desarrolla en el entendido que las facultades que otorga el principio general de libertad son todas aquellas que no estén prohibidas, es decir que la gestación por sustitución se puede realizar en todo su contenido siempre que no esté prohibido y como se ha mencionado anteriormente y esto se entrelaza con el tercer requisito, en Colombia la gestación por sustitución no está regulada, de tal manera que cuando haya una duda sobre si una prestación esta prohibida o permitida se deberá permitir antes que restringir, desde esa óptica y en cumplimiento de los tres requisitos que propone la Corte Constitucional es

preciso afirmar que el principio general de libertad la gestación por sustitución tiene un objeto lícito, en tanto que el hecho de que una persona decida prestar su “*fuera biológica*”⁸⁸ para llevar a cabo la gestación por sustitución no está expresamente prohibido y muchos menos afecta la esfera de libertad de otras personas. Por el contrario, dicha actividad está secundada por el artículo 42 de la Constitución Política y además por el principio de solidaridad y el de libertad.

De acuerdo a lo anterior, esa es la importancia de conocer la finalidad de la gestación por sustitución toda vez que desde esta perspectiva se puede demostrar que en primer lugar es una decisión de vital importancia en una persona mediante la cual desarrolla derechos como el de la familia y la reproducción sexual garantizados plenamente en la Constitución Política y en segundo lugar que no tiene como finalidad afectar la autonomía ajena, que se debe hacer una manifestación de voluntad entre dos personas inicialmente en la que una pretende de acuerdo al principio de solidaridad colaborar con otra persona que pretende desarrollar los derechos contenidos en el artículo 42 de la Constitución Política.

Finalmente hay que concluir que la autonomía que tienen las personas derivada del principio de libertad, permite que dos partes pueden hacer una declaración de voluntad sobre la gestación por sustitución, por dos razones fundamentalmente, la primera porque la carta política garantiza las libertades individuales y permite como mínimo que las personas sean autónomas en sus decisiones, las cuales claro está, no tiene que afectar a nadie, como anteriormente se planteó, y segundo la Constitución Nacional garantiza y protege las asistencias científicas como forma de procrear, es decir además

⁸⁸ ALARCÓN ROJAS, FERNANDO. Ob. cit., p. 131.

de que no afecta a otra persona en su libertad la conducta es avalada por la Constitución.

3.1.2 Compensación

Finalmente hay que referirse a la compensación, toda vez que se considera que es parte del objeto de la gestación por sustitución, por lo cual es importante recordar que está no busca un incremento patrimonial o satisfacer un ánimo de lucro de la parte gestante sino que busca sufragar todos los gastos que se produzcan como consecuencia del proceso de gestación por sustitución, de tal forma que no se entiende cómo pueda esta parte del objeto afectar en la mas mínima forma los límites del principio de libertad.

3.2 Principio de dignidad humana

La dignidad humana es el otro elemento propuesto por la Corte Constitucional al momento de examinar la licitud o ilicitud del objeto. En ese sentido es preciso estudiar concepto de dignidad humana (3.2.1) y los ámbitos de protección de la dignidad humana⁸⁹ (3.2.2).

3.2.1 Concepto de la dignidad humana

Sobre la dignidad humana la Corte Constitucional se ha referido en sentencia T-401 de 1992 cuando dice: *“es en verdad principio fundante del Estado (CP art.1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia, lo que a menudo sí acaece con los derechos que deben necesariamente coexistir con otros y admiten variadas restricciones”*⁹⁰.

⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-629 de 2010.

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 1992.

Ahora bien, es preciso distinguir en la dignidad humana dos tipos de dimensiones, una interna y otra externa⁹¹. De la primera es preciso decir, que es aquella que no puede tener de ninguna manera restricciones, es la esfera propia de la individualidad del ser humano, razón por la cual es inviolable⁹². De la segunda, hay que afirmar que es aquella que expresa las responsabilidades, los derechos, aspiraciones y deberes del sujeto, de tal manera que este tipo de dimensión si es susceptible de recibir restricciones⁹³.

3.2.2 Ámbitos de protección de la dignidad humana

En sentencia T-629 de 2010 la Corte Constitucional precisa qué es lo que se protege mediante este principio fundante del Estado cuando establece: “*la dignidad humana está vinculada con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesta para la realización del proyecto de vida)*”⁹⁴.

Son entonces esos tres ámbitos previamente expuestos los que permiten dilucidar si desde el estudio de la dignidad humana hay un objeto lícito o ilícito.

⁹¹ BARROSO, LUIS ROBERTO. “La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo”, en *serie de teoría jurídica y filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 110.

⁹² *Ibíd.*

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002.

- *Autonomía individual*

El primer ámbito se refiere a “*vivir como se quiere*”⁹⁵. Este punto está estrechamente ligado con la autonomía de la persona derivado del principio de libertad, que supone según la Corte Constitucional “*la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle*”⁹⁶ que en otras palabras da a entender que “*los individuos deben ser libres para tomar decisiones y hacer elecciones personales básicas respecto de sus propias vidas*”⁹⁷.

Trayendo a colación el objeto de la gestación por sustitución es posible considerar que desde este punto no habría ilicitud, porque como se mencionó antes, el hecho de que una persona decida llevar en su vientre una criatura con el fin de ayudar a una persona o una pareja para que puedan ser padres no es en ningún sentido contrario a los límites que propone el ordenamiento jurídico para la autonomía de la persona. De tal forma que si una persona dentro de su plan de vida desea colaborar a otras personas con este tipo de causas hay que respetarlo ya que no está haciendo nada contrario a la ley.

Así como también si una persona dentro de su plan de vida quiere tener hijos y dada una imposibilidad para procrear no puede tenerlos naturalmente y encuentra para ese fin un método que está protegido por la Constitución Política y que además no afecta a nadie, no se encuentra la razón para que se le prohíba a esta persona acceder a esa forma de procreación. De hecho, se considera que sería totalmente contrario al principio de dignidad humana negarle dicha oportunidad a una persona o una pareja que tienen como plan de vida tener una familia con hijos.

⁹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-629 de 2010.

⁹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002.

⁹⁷ BARROSO, LUIS ROBERTO. Ob. cit., pp. 186-187.

- *Condiciones de vida cualificadas*

El segundo ámbito se denomina “*vivir bien*”⁹⁸, esto supone “*la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permitan a todo ser humano funcionar en la sociedad según las especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad real de desarrollar un papel activo en la sociedad*”⁹⁹.

De acuerdo a lo anterior es posible afirmar que la gestación por sustitución se adhiere totalmente desde este punto de vista a la dignidad humana en el entendido que lo que busca es ofrecer un servicio a personas que tienen una imposibilidad para procrear, consistente en poder llevar a cabo la gestación de su bebé en un vientre ajeno y sobretodo lo más importante esa posibilidad de desarrollar el rol de ser padres.

Es claro que el hecho de ser padres no puede ser considerado en ningún momento como un bien o servicio que se pueda ofrecer, pero si es una forma de vida que la sociedad puede asistir para que personas que tengan imposibilidades puedan obtenerla y desde esa óptica se debe entender el segundo ámbito cuando se habla de la gestación por sustitución.

- *La intangibilidad del cuerpo y del espíritu*

El tercer ámbito supone la posibilidad de “*vivir sin humillaciones*”¹⁰⁰ que es sin duda el elemento de mayor importancia a la hora de determinar la licitud o no desde la óptica constitucional de la dignidad humana porque es precisamente desde este punto donde existen argumentos contrarios a la licitud de la gestación como es el de la “*cosificación y comercialización*” del cuerpo humano.

⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-629 de 2010.

⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002.

¹⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-629 de 2010.

Sobre este ámbito la Corte Constitucional se ha referido de la siguiente manera: *“De tal forma que conductas dirigidas a la exclusión social mediadas por un atentado o un desconocimiento a la dimensión física y espiritual de las personas que se encuentran constitucionalmente prohibidas al estar cobijadas por los predicados de la dignidad humana”*¹⁰¹.

En este punto de la dignidad humana se protege que ninguna persona sea afectada en su persona ya sea física o moralmente, de la misma forma se llama la atención en el sentido que ese respeto lo debe tener tanto la persona sobre su propio cuerpo como la colectividad, por eso la Corte Constitucional afirma *“igualmente tanto las autoridades del Estado como los particulares están en la obligación de adelantar lo necesario para conservar la intangibilidad de estos bienes”*¹⁰²

De lo anterior es importante hacer la siguiente pregunta ¿realmente una persona que presta su vientre para llevar a cabo la gestación está desconociendo o atentando contra su propia dimensión física y espiritual? Para responder a este interrogante es preciso analizar los siguientes elementos: *el derecho de destinación y la legislación sobre donación de órganos.*

- *Derecho de destinación*

Autores como Hinestrosa hablan del denominado *“derecho de destinación”* el cual se entiende como: *“derecho de destinación sobre los elementos y productos provenientes del cuerpo humano: derecho específico, de naturaleza moral, oponible erga omnes, encaminado a salvaguardar la dignidad de la*

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002.

¹⁰² *Ibíd.*

*persona*¹⁰³. Este “*derecho de destinación*” es entonces en el que se puede fundamentar que una persona disponga de su propio cuerpo siempre que se ajuste al límite esencial de no atentar contra la dignidad humana.

- *Legislación de donación de órganos*

Para argumentar lo anteriormente planteado es preciso hacerlo desde la legislación existente sobre la donación de órganos¹⁰⁴. Se hace desde esta normatividad toda vez que al existir un vacío legal sobre el tema hay que acudir a la legislación que tenga más afinidad para regular el supuesto de hecho que no está regulado, lo que en otras palabras supone acudir a la analogía.

Justamente es la normatividad sobre la donación de órganos la que se considera más afín en tanto que el objeto de regulación son todos los componentes anatómicos del cuerpo, como órganos, tejidos, fluidos corporales y células¹⁰⁵ sujetos de donación y futuro trasplante y agregado a lo anterior porque se están regulando casos típicos en los que hay disposición del cuerpo humano.

En ese sentido la ley permite que se realice la donación de órganos siempre que se haga con fines humanitarios, razón por la cual se prohíbe cualquier forma de remuneración por el trasplante de dichos componentes anatómicos del cuerpo, lo cual no obsta según la ley para que tanto los hospitales como el donante vivo reciban dinero como una forma de sufragar todos los gastos en que han incurrido para llevar a cabo el trasplante¹⁰⁶. De acuerdo a esta normatividad es preciso advertir que en Colombia está prohibida cualquier

¹⁰³ HINESTROSA, FERNANDO. Ob. cit., p 324.

¹⁰⁴ Ley 919 de 2004; Decreto 2493 de 2004

¹⁰⁵ Ley 919 de 2004. Artículo 1.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

forma de comercialización del cuerpo humano, tanto así que la ley 919 de 2004 lo eleva a categoría de delito¹⁰⁷.

Según lo dicho por la ley y buscando que la gestación por sustitución tenga una mayor fundamentación desde la dignidad humana es preciso decir que el ordenamiento jurídico valida la disposición del cuerpo humano siempre que se haga con fines altruistas, con fines humanitarios, ateniendo siempre al principio de solidaridad, es por eso que la disposición del cuerpo humano tiene límites, que de no respetarse estarían contrariando no solo las leyes sino también la dignidad humana y con ello la Constitución Política, razón por la cual se propone que en Colombia la gestación por sustitución no debe ser de ninguna manera remunerada en el entendido que las leyes que hablan sobre la onerosidad y gratuidad¹⁰⁸ de la disposición del cuerpo humano son claras en prohibir cualquier pago como forma de “compensación”¹⁰⁹.

De acuerdo a lo anterior se entiende que la gestación por sustitución desde el punto de vista de la dignidad humana no es contraria al ordenamiento jurídico toda vez que respeta los órdenes legales y constitucionales, así como también es preciso afirmar que en ningún momento atenta contra la dignidad de la persona siempre que se haga de manera gratuita, con fines humanitarios y de desarrollo del principio de solidaridad.

3.3 Principio de solidaridad

Para entender la gestación por sustitución desde el principio de solidaridad es preciso exponerlo desde los siguientes aspectos: naturaleza de la solidaridad

¹⁰⁷ Ley 919 de 2004. Artículo 2 y 3.

¹⁰⁸ Ley 9 de 1979; Decreto 616 de 1981; Decreto 003 de 1982; Decreto 2363 de 1986; Ley 73 de 1988; Decreto 1172 de 1989; Ley 919 de 2004.

¹⁰⁹ Esta compensación debe ser entendida como aquella que busca el incremento patrimonial de una parte por haber llevado a cabo la prestación debida.

(3.3.1), finalidad de la solidaridad (3.3.2) y la actuación solidaria en la gestación por sustitución (3.3.3).

3.3.1 Naturaleza de la solidaridad

Sobre el principio de solidaridad la Corte Constitucional entiende que es aquel: *“deber impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”*¹¹⁰, así mismo hay que entender sobre los destinatarios que: *“se despliega como un deber que pesa en cabeza del Estado y de todos los habitantes del país”*¹¹¹.

De la misma manera la doctrina entiende la solidaridad, cuando la define como aquella que: *“conserva ese particularismo de dos grupos sociales, en donde uno se vuelve hacia otro, excluido, al que se busca insertar en un conjunto dado”*¹¹², pero además es indispensable agregar que dicho principio de solidaridad debe estar dirigido a garantizar la protección y garantía de los derechos humanos¹¹³.

De lo que se puede inferir que la solidaridad es un principio que impone deberes no solo al Estado sino también a los particulares. Razón por la cual de un lado el Estado tiene que realizar todas las acciones posibles para que de acuerdo con la solidaridad se puedan desarrollar los fines esenciales del Estado. Por otro lado, a los particulares les será exigible el principio de solidaridad de acuerdo a las leyes que así lo requieran, siempre con el fin de proteger y garantizar los derechos humanos.

¹¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-550 de 1994.

¹¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-459 de 2004.

¹¹² HERRERA, CARLOS MIGUEL. “Confines del constitucionalismo”, en: *Serie de teoría jurídica en filosofía y derecho No. 88*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, p. 171.

¹¹³ AGUILAR CAVALLO, GONZALO. “Principio de solidaridad y derecho privado: Comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional”, en: *Ius et praxis No 14-2*. Universidad de Talca, Talca, 2008, p. 4.

3.3.2 Finalidad de la solidaridad

Ahora bien, es importante aclarar que según la Corte Constitucional este principio está fundado generalmente para el apoyo entre todos los asociados, pero también de manera especial busca la ayuda a personas que tengan alguna discapacidad o alguna circunstancia especial que los haga vulnerables¹¹⁴. En ese sentido hay que entender que el principio de solidaridad busca entre otras cuestiones el apoyo a sujetos de especial protección¹¹⁵.

Así mismo es preciso cuestionarse ¿Si los sujetos que tienen imposibilidades para procrear son sujetos de especial protección, toda vez que se pueden considerar que tienen una discapacidad? Para ello es importante referirse al concepto de discapacidad, luego determinar si dichos sujetos se pueden considerar poseedores de una discapacidad y finalmente destacar la importancia del término discapacidad respecto a la gestación por sustitución.

- *Concepto de discapacidad*

Según la *“Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad”*¹¹⁶ en su artículo 1 establece que: *“El término discapacidad significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”*.

¹¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-767 de 2014 se refiere a la solidaridad desde ese punto especial cuando asevera: *“La Carta proyecta este deber de solidaridad, de manera específica, a partir de los mandatos constitucionales que establecen una obligación de especial protección para personas y grupos humanos en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, como las mujeres cabeza de familia (art. 43 CP), los menores de edad (arts. 44 y 45), las personas enfermas y discapacitadas (art. 47) y los ancianos (art. 46), entre otros”*.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ Convención que fue suscrita y aprobada por la ley 762 de 2002 y que es vinculante de acuerdo al bloque de constitucionalidad.

- *¿Se puede considerar que hay discapacidad en personas con imposibilidades para procrear?*

Teniendo en cuenta la definición anteriormente planteada es posible defender la premisa que supone que aquellas personas que tienen una imposibilidad física tienen una discapacidad por lo siguiente:

- *Poseen una deficiencia física*

En primer lugar, es claro que una persona que posee una imposibilidad para procrear tiene una falencia funcional frente a otras personas que, si tienen dicha capacidad, es decir frente al cuerpo humano común que tiene óptimas condiciones de salud, el cuerpo de una persona con dichas afectaciones no funciona de igual forma inhibiendo al sujeto de algunas actividades, tales como la reproducción sexual o la posibilidad de conformar una familia con hijos procreados naturalmente.

- *Tiene un carácter temporal o permanente*

Dicha afectación puede ser temporal o permanente dependiendo de cada caso.

- *Limita la capacidad de ejercer actividades diarias*

En este sentido es claro que dicha imposibilidad sustrae al sujeto de actividades como la de reproducirse sexualmente y conformar una familia bajo las condiciones anteriormente planteadas. Pero en este lo que hay que defender es que dichas actividades son propias de la vida diaria de un sujeto, de tal forma que debido a esta discapacidad la persona empieza a perderse un amplio campo de acción en cuanto a las relaciones con el resto del conglomerado social, ya que la reproducción sexual y la familia son aspectos que muchos seres humanos anhelan y esperan obtener en algún momento de su vida.

- *Puede causarse o agravarse por el contexto económico y social*

Tal vez este punto es el menos claro de todos en cuanto a demostrar que las personas que tienen imposibilidades para procrear poseen una discapacidad. En el sentido que dichas imposibilidades pueden ser agravadas por el conglomerado social y económico como por ejemplo en el caso que una persona no cuente con los recursos económicos para realizarse un tratamiento, puede suceder que esa enfermedad que genera la imposibilidad no sea tratada a tiempo inhibiendo totalmente al sujeto de poder tener relaciones sexuales y de procrear naturalmente a sus hijos.

De acuerdo a lo anterior, es preciso ratificar que dichas personas si tienen un estado de discapacidad en el sentido que tienen una deficiencia física que los sustrae de actividades diarias que son importantes en la vida humana y que su descuido puede generar una afectación gravísima a derechos fundamentales.

Y si se considera que las personas con imposibilidades físicas para procrear tienen una discapacidad es viable afirmar que son sujetos de esa especial finalidad del principio de solidaridad que establece la Corte Constitucional, toda vez que son personas que tienen una situación de vulnerabilidad, lo cual lleva a que el Estado realice todas las conductas pertinentes para permitir el acceso a esas privaciones que por su condición poseen estas personas.

- *La importancia de establecer la discapacidad en la gestación por sustitución*

En este punto es propio realizar el siguiente interrogante: ¿Por qué es importante afirmar que una persona con imposibilidades para procrear tiene una discapacidad?

Para responder a esta cuestión es preciso explicar que la gestación por sustitución es demasiado costosa, por ejemplo, la realización de la FIVTE que es una parte del proceso de gestación por sustitución, puede llegar a costar hasta trece millones de pesos¹¹⁷. Ahora bien, piénsese en que hay más gastos, como todos aquellos que derivan del embarazo, tales como transporte, exámenes médicos, ropa, etc., lo que incrementa el costo notablemente. Internacionalmente, en los países que está permitido la gestación por sustitución, el costo de su realización puede llegar a oscilar entre setenta y ocho millones de pesos hasta trescientos millones de pesos, dependiendo de los gastos que implica el embarazo, la realización de la FIVTE¹¹⁸, los gastos de abogado¹¹⁹.

Teniendo en cuenta los altos costos que conlleva la realización de la gestación por sustitución cabe preguntarse: ¿si cualquier persona podría acceder a la oportunidad de practicarse esta técnica? Y es importante dicho cuestionamiento, porque lo que se busca con esta técnica es garantizar los derechos consagrados en el artículo 42 de la Constitución Política.

En ese sentido, es preciso afirmar que si se reconoce que una persona que tiene imposibilidades físicas para procrear es una persona que tiene una discapacidad física se podría asistir de una mejor manera a este grupo de personas. La razón de la anterior afirmación, es que, si son considerados como sujetos con discapacidad, deben a su vez ser tenidos en cuenta como sujetos de especial protección y desde esa óptica el Estado y los particulares, de

¹¹⁷ Consultado en: <https://www.eugin.com.co/quedar-embarazada/solucion/resultados?resp=1-1-8-32&dgpella=1&dgpel=1> [22 de septiembre de 2018]. Esta cotización fue realizada para una pareja de 25 años, en la que ambos tienen enfermedades congénitas que pueden poner en riesgo la salud del bebé. La probabilidad de quedar en embarazo mediante esta técnica es de 61%.

¹¹⁸ Consultado en: <https://www.babygest.es/precio/#cuanto-cuesta-alquilar-un-vientre> [22 de septiembre de 2018].

¹¹⁹ Toda vez que en países como Estados Unidos hay Estados en los que se necesita aprobación judicial de la gestación por sustitución.

acuerdo al principio de solidaridad y al artículo 13 de la Constitución Política deben tomar todas las medidas necesarias para asistir a este grupo de personas¹²⁰.

3.3.3 Actuación solidaria en la gestación por sustitución.

Avanzando en el razonamiento es posible afirmar que tanto el Estado, como los particulares tienen el deber de actuar de manera solidaria, pero aún queda el interrogante de: ¿Qué es actuar bajo el principio de solidaridad? Y más precisamente ¿Cómo se sabe que un particular actúa de manera solidaria? A la pregunta previamente planteada es posible responder que es aquella conducta que se hace de manera desinteresada con fines puramente altruistas, buscando en todo momento un beneficio general y no uno particular¹²¹.

Y eso es lo que permite aseverar de manera más precisa que el objeto de la gestación por sustitución que se hace de manera gratuita es totalmente lícito en el ordenamiento jurídico porque además de ser una expresión de libertad¹²² y de dignidad humana¹²³ es un claro ejemplo de desarrollo del principio de solidaridad, en el entendido que un particular actúa no con un ánimo de lucro sino con la finalidad de ayudar a una persona que tiene una discapacidad pueda superarle y acceder a actividades que le eran privadas tales como la de tener un hijo y vivir todo el proceso del embarazo y de parto.

3.4 Disposiciones del Código Civil

Para finalizar con el análisis del objeto como presupuesto de validez es preciso desarrollar las disposiciones del Código Civil que se refieren a este, con la

¹²⁰ Corte Constitucional. Sentencia 767 de 2014.

¹²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-459 de 2004.

¹²² *Supra.*, pp. 29 y ss.

¹²³ *Supra.*, pp. 37 y ss.

finalidad de verificar si el objeto de la gestación por sustitución se encuadra dentro de tres elementos a analizar: el orden público (3.4.1), las buenas costumbres (3.4.2) y disposiciones concretas sobre la licitud o ilicitud del objeto (3.4.3).

3.4.1 Orden público

Por orden público se entiende *“aquellas cláusulas generales o principios basilares del ordenamiento social, con los que se reglamenta jurídicamente la realidad... Se trata de normas, en ese sentido, de reglas que acotan el ámbito de validez material de los acuerdos de voluntades, dentro del margen que determine la Constitución”*¹²⁴.

Que de acuerdo a la anterior definición es lo que precisamente se ha venido manifestando sobre la gestación por sustitución en el sentido que es acorde al ordenamiento jurídico colombiano toda vez que respeta el principio general de libertad, de dignidad humana, así mismo desarrolla el principio de solidaridad, y se fundamente en el artículo 42 de la Constitución Política y analógicamente en la ley 919 de 2004.

3.4.2 Buenas costumbres

Sobre las buenas costumbres la Corte Constitucional ha dicho *“a la luz de la Constitución, estima la sala que las buenas costumbres no pueden ser reconocidas sino dentro del Derecho y no como una figura paralela que pueda competir con él. En ese sentido, su desarrollo y su reconocimiento, deben respetar las reglas jurídicas y los derechos de libertad y dignidad previstos”*¹²⁵.

De estas palabras de la Corte Constitucional se puede inferir que las buenas costumbres van de la mano con los elementos anteriormente analizados, es

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ *Ibíd.*

decir de las libertades, dignidad humana y el orden legal, razón por la cual si no hay contradicción entre la gestación por sustitución con estos elementos no hay tampoco razón para decir que va en contra de las buenas costumbres.

Es preciso recordar que la Corte Constitucional ha establecido que lo que buscan las costumbres no es un modelo “ideal” de comportamiento sino por el contrario su finalidad es exigir un mínimo de corrección la cual se fundamenta en la Constitución Política y la ley¹²⁶.

3.4.3 Disposiciones concretas sobre la licitud o ilicitud del objeto

Una vez analizados los elementos fundamentales de acuerdo a la Corte Constitucional para determinar la licitud o ilicitud del objeto es preciso desarrollar uno a uno los artículos referentes a la ilicitud del objeto contenidos en el Código Civil.

El primero es el artículo 1519 que establece “*Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación. Así la promesa de someterse en la república una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto*”. Este artículo es claro en establecer que todo lo que contravenga a las normas de orden público será de carácter ilícito. Como se explicó anteriormente la gestación por sustitución es concordante desde su objeto con el ordenamiento jurídico colombiano.

El segundo es el artículo 1521, el cual habla de la ilicitud del objeto cuando dice “*Hay un objeto ilícito en la enajenación: 1) De las cosas que no están en el comercio; 2) De los derechos o privilegios que no puedan transferirse a otra persona; 3) De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello*”. Este artículo menciona tres

¹²⁶ *Ibíd.*

hipótesis en las que puede haber ilicitud en el objeto, de las cuales la única que se relaciona con la gestación por sustitución es la primera, las demás no atañen a esta técnica porque se cree que no hay derechos personalísimos como tampoco cosas embargadas en juego.

Así las cosas, hay que hablar de las cosas que no están en el comercio y lo primero es recordar la Ley 919 de 2004 en la que se prohíbe expresamente comercializar con los componentes anatómicos del cuerpo. Ahora bien cabe distinguir entre la comercialización y disposición del cuerpo humano, el primero tiene sin duda un ánimo de lucro y busca realizar dicha actividad con habitualidad¹²⁷ agregado a que debe hacerse de manera profesional¹²⁸. Disponer supone en cambio un atributo de la propiedad que permite al titular del derecho real hacer lo que desee con la cosa siempre que se haga dentro de los límites de la ley y del derecho ajeno¹²⁹, pero sobre la disposición respecto de la gestación por sustitución es preferible hablar del denominado “*derecho de destinación*” que tiene una persona sobre los elementos y productos derivados de su cuerpo¹³⁰.

La importancia de la distinción entre “comercializar” y el “derecho de destinación” del cuerpo humano es para explicar que en el objeto de la gestación por sustitución se está ante un “derecho de destinación”, es decir ante una posibilidad que tiene la persona de disponer de su propio cuerpo siempre que no sea contrario a la Constitución Política y a la ley, es decir que no tiene nada de ilícito que una persona decida informada y libremente por fines puramente humanísticos prestar su vientre para que se lleve a cabo la

¹²⁷ GABINO PINZÓN, JOSÉ. *Derecho comercial Volumen I cuestiones generales y quiebras*, Editorial Temis, Bogotá, 1957, pp. 41-43.

¹²⁸ Código de Comercio. Artículo 10.

¹²⁹ VELÁSQUEZ JARAMILLO, LUIS GUILLERMO. *Bienes*, Editorial Temis, Bogotá, 2010, p. 200.

¹³⁰ HINESTROSA, FERNANDO. Ob. cit., p 324.

gestación de un bebé, como tampoco que reciba una compensación en el sentido de recibir dinero por todos los gastos que genera dicho proceso.

Finalmente, el artículo 1523 instituye “*Hay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes*”. Desde esta perspectiva hay que reiterar que el ordenamiento jurídico colombiano no prohíbe expresamente la gestación por sustitución como contrato y de acuerdo al principio de libertad previamente explicado cuando de una conducta haya ambigüedad sobre si es permitida o prohibida se entenderá que se prefiere la primera.

4. CAUSA

La causa es entonces el cuarto presupuesto de validez que se expondrá de la siguiente manera: concepto y requisitos de la causa (4.1), esclarecimiento de la causa en la gestación por sustitución (4.2) y finalmente el análisis de la causa de la gestación por sustitución (4.3)

4.1 Concepto y requisitos de la causa

Este presupuesto de validez puede ser entendido desde dos puntos de vista, el primero se denomina subjetivo que se define como el móvil o fin determinante para llevar a cabo el contrato¹³¹, y el segundo se entiende por objetivo como la función que tiene la figura¹³².

De la misma forma es preciso decir que el Código Civil pareciera no distinguir entre la causa de la obligación y la causa del contrato¹³³. Que en el artículo 1502 se habla de ella como un presupuesto de validez, es decir que se refiere

¹³¹ Código Civil. Artículo 1524.

¹³² HINESTROSA, FERNANDO. Ob. cit., p 36.

¹³³ *Ibíd.*

a una causa desde el punto de vista contractual la cual se necesita que exista y sea lícita¹³⁴. El artículo 1524 también habla de la causa, aunque en este caso se refiere a la causa en la obligación y dice que en primer lugar tiene que ser real y lícita, en segundo lugar, la define afirmando que es aquel motivo que induce al acto o contrato y finalmente precisa cuándo se considera ilícita, que será en los casos que contraríe la ley y las buenas costumbres¹³⁵.

De lo anterior se establece por el Código Civil dos requisitos respecto de la causa, en primer lugar, que esta sea real, esto supone que “los *hechos asumidos por las partes y sin los cuales no habrían contratado debe ser cierto*”¹³⁶. En segundo lugar, tiene que ser lícita es decir que se no sea contrario a la Constitución, la ley y las buenas costumbres, cuestión que previamente ya fue argumentada respecto del objeto.

4.2 La causa en la gestación por sustitución

Una vez determinado qué se entiende por causa hay que precisar cuál sería la causa en la gestación por sustitución. De acuerdo a González de Cancino desde el punto de vista subjetivo la causa para los padre(s) o madre(s) sustituidos(as) será tener un hijo y para la gestante será el móvil de la solidaridad o el afecto, ahora bien, desde un punto de vista objetivo asevera que la función práctica es desarrollar el derecho a formar una familia o la reproducción¹³⁷.

Alarcón Rojas entiende que el motivo que induce al acto o contrato es la de desarrollar el derecho a la reproducción, es decir, según este autor estaría

¹³⁴ Código Civil. Artículo 1502.

¹³⁵ HINESTROSA, FERNANDO. Ob. cit., p 36.

¹³⁶ CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA. Ob. cit., p 562.

¹³⁷ GONZÁLEZ DE CANCINO, EMILSEN. Ob. Cit., p. 405.

reservado únicamente para aquellas personas o parejas que se encuentre(n) fisiológicamente impedida(s)¹³⁸.

Así mismo, autores como Pinzón Marín, Rueda Barrera y Mejía Patiño establecen que la causa desde el punto de la gestante puede ser un fin económico, es decir la búsqueda de una remuneración a cambio o un fin altruista y humanístico. Desde el punto de los padre(s) o madre(s) sustituidos(as) será adquirir un servicio que los lleve a tener un hijo¹³⁹.

4.3 Análisis de la causa de la gestación por sustitución

De acuerdo a la definición que se planteó para la causa hay que analizarla desde dos puntos de vista uno es el subjetivo (4.3.1) y el otro es el objetivo (4.3.2).

4.3.1 Punto de vista subjetivo

Desde el punto de vista subjetivo es preciso a su vez derivarlo en dos puntos de análisis los cuales son: la parte gestante y parte sustituida.

- *Parte gestante*

Para la parte gestante la causa tiene que ser un fin solidario, como se propuso anteriormente lo mejor es que no se haga a cambio de dinero por dos razones, la primera que la Ley 919 de 2004 que es aquella que se refiere a la disposición de componentes anatómicos del cuerpo prohíbe expresamente hacerlo a cambio de una remuneración, razón por la cual debe hacerse siempre con fines altruistas y humanísticos, es importante aclarar que de ninguna manera esta ley se refiere a la gestación por sustitución pero se formula que por analogía pueda ser aplicada a este caso, la segunda razón es que esta ley

¹³⁸ ALARCÓN ROJAS, FERNANDO. Ob. cit., p. 132.

¹³⁹PINZÓN MARÍN INÉS, RUEDA BARRERA EDUARDO Y MEJÍA PATIÑO OMAR. Ob. cit., pp.105-106,113.

prohíbe la comercialización de los componentes anatómicos del cuerpo y en ese sentido tener un ánimo de lucro pondría a la gestante entre una frontera de existencia o inexistencia de comercialización.

- *Parte sustituida*

Desde la óptica de los padre(s) o madre(s) sustituidos(as) la causa subjetiva se considera que es la de tener un hijo. Pero es importante anotar lo que sustenta Alarcón Rojas cuando precisa que la causa es “*desarrollar el derecho de reproducción*”¹⁴⁰, toda vez que esto impone una especie de límite para que no cualquier persona pueda tener un hijo mediante esta asistencia científica, sino únicamente aquellas que tienen en verdad imposibilidades para procrear naturalmente.

4.3.2 Punto de vista objetivo

El segundo punto de vista de la causa es el objetivo, donde se evidencia la función práctica del contrato que será entonces la de desarrollar el derecho a la reproducción y a formar una familia mediante la asistencia científica.

Con fundamento en todo lo anterior es preciso establecer que el contrato de gestación por sustitución en razón al cumplimiento de los cuatro presupuestos de validez es totalmente válido en el ordenamiento jurídico colombiano, aclarando que no todo tipo de gestación por sustitución es válido, pues se considera que cuestiones como la onerosidad o aquellos casos donde los padre(s) o madre(s) sustituidos(as) no aportan los gametos no deberían contar con la tutela efectiva del Estado por las razones actualmente expuestas.

¹⁴⁰ ALARCÓN ROJAS, FERNANDO. Ob. cit., p. 132.

II. DEFINICIÓN CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

De acuerdo a lo anteriormente explicado, se considera que la celebración de un contrato de gestación por sustitución a luz del ordenamiento jurídico Colombia es válida, ahora bien, hay que aclarar que se entiende que solo bajo ciertas características se considera válido, razón por la cual se ha creado una definición propia del contrato de gestación por sustitución en la que se exponen dichas características:

Es aquel contrato bilateral, gratuito, conmutativo, principal, consensual y atípico, mediante el cual, una parte, denominada *gestante*, se obliga a realizar principalmente una prestación de hacer, que consiste en llevar a cabo la gestación y posterior parto de un bebé a cambio de que la otra parte, denominada *padre(s) o madre(s) sustituido(s)*, quien(es) deben tener la voluntad de ser padre(s) o madre(s), como también, imposibilidades naturales para llevar a cabo la gestación, realicen una prestación de dar, que consiste en cubrir los gastos propios del embarazo.

CAPÍTULO II. EL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Hasta el momento se puede establecer que la gestación por sustitución es una técnica bastante controversial dada la transversalidad que tiene con principios, valores y derechos fundamentales, así como también se puede aseverar que en Colombia no todas las formas de practicar la gestación por sustitución cumplen con los presupuestos de validez. Lo anterior es importante toda vez que en este punto se explicará porqué se considera que la gestación por sustitución es un contrato (I), cuáles serían sus características (II), sus elementos esenciales (III), las partes (IV), las obligaciones (V) y finalmente algunas cuestiones prácticas sobre este contrato (VI).

I. EL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Es importante establecer que la gestación por sustitución es realizada a través de un contrato. Pero ¿por qué es un contrato? Primero hay que decir que la palabra contrato es definida por el ordenamiento jurídico colombiano en el artículo 1495 del Código Civil cuando dice:

*Artículo 1495 C.C: Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.*¹⁴¹

Si se entiende entonces que el contrato es aquel donde dos o más personas manifiestan su voluntad con el fin de crear obligaciones¹⁴² es pertinente afirmar que la gestación por sustitución es un contrato, toda vez que para que exista tiene que tener la confluencia de dos voluntades, la de la gestante y la de los padres sustituidos quienes tienen como finalidad crear obligaciones.

¹⁴¹ Código Civil, artículo 1495.

¹⁴² ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Manual de obligaciones*, Editorial Temis, Bogotá, 2013, p. 41.

II. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Al ser la gestación por sustitución un contrato, es procedente analizar la clasificación que el Código Civil colombiano realiza en sus artículos 1496 a 1500:

1. LA UNILATERALIDAD O BILATERALIDAD

Esta característica se predica de qué partes resultan obligadas en el contrato, de tal manera que si solo una de las partes queda obligada se está ante un contrato unilateral, en cambio que si las dos partes están obligadas lo que hay es un contrato bilateral. En el contrato objeto de estudio tanto la gestante como los padre(s) o madre(s) sustituidos tienen obligaciones recíprocas¹⁴³, razón por la cual se considera un contrato bilateral.

De esta característica es importante aclarar lo concerniente a la posibilidad que existe de intervenir hasta seis personas dependiendo de la THRA que se use. La duda que puede surgir es ¿La gestación por sustitución es un contrato plurilateral por la intervención de más de tres partes? Para responder al anterior interrogante es importante en primer lugar definir el concepto de parte y tercero en un contrato y segundo determinar cuándo se está en presencia de un contrato bilateral y uno plurilateral.

Por parte se entiende aquel sujeto o grupo de sujetos que tiene(n) la calidad de titular(es) de la relación jurídica, así como también de autor(es) de las

¹⁴³ *Infra.*, pp. 72 y ss.

declaraciones que constituyeron el contrato¹⁴⁴. Teniendo en cuenta la anterior definición, la parte puede ser entonces singular cuando está compuesta por un sujeto y plural cuando está compuesta por un grupo de sujetos¹⁴⁵. De otro lado del concepto de parte está el tercero que se define como aquellos sujetos “*que no pueden ni demandar la ejecución del contrato ni ser forzado a ejecutarlo*”¹⁴⁶.

De acuerdo a lo anterior es posible afirmar que en el contrato de gestación por sustitución hay dos partes, de un lado la denominada “*parte gestante*” que puede ser compuesta por uno o dos sujetos. Por uno cuando se trata de una mujer gestante soltera y por dos cuando la mujer está casada, esto último supone que debe involucrarse al esposo como miembro de la “*parte gestante*” ya que este va a estar vinculado en cuanto los efectos del contrato, verbigracia aquel en que se pacta abstinencia de relaciones sexuales mientras que se da la fecundación del gameto masculino aportado por el padre sustituido o un donante y el gameto femenino aportado por la madre sustituida o una donante. De otro lado está aquella parte denominada “*padre(s) o madre(s) sustituido(s)*” quienes están compuestos por las personas que tienen la voluntad de ser padres.

Como se anotó anteriormente un contrato bilateral es aquel en el que se está en presencia de dos partes, en cambio que el contrato es plurilateral cuando está formado por dos o más partes en un sentido sustancial¹⁴⁷. Este último

¹⁴⁴BIANCA, MASSIMO. *Derecho civil*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 75; HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico volumen I*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 524.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

¹⁴⁶ FAGES, BERTRAND. *Droit des obligations*. Lextenso éditions. París, 2017, p. 198. “*ne peuvent ni demander l’exécution du contrat ni se voir contraints de l’exécuter*”.

¹⁴⁷BIANCA, MASSIMO. *Ob. cit.*, pp. 75-78.

sentido se refiere a que las partes son las titulares de las obligaciones y de los efectos que resulten de ese contrato¹⁴⁸.

Ahora bien, teniendo en cuenta el concepto de la plurilateralidad es correcto afirmar que de ninguna forma el contrato de gestación por sustitución puede llegar a tener esta característica. El fundamento de lo anterior es que el contrato de gestación por sustitución tiene solo dos partes como se expuso anteriormente, de un lado está “*la parte gestante*” compuesta por uno o dos sujetos dependiendo sea el caso y de otro lado está la parte denominada “*padre(s) o madre(s) sustituido(s)*”.

Finalmente hay que resaltar un grupo de sujetos denominados “*donantes*” quienes colaboran en la gestación por sustitución aportando el gameto ya sea masculino o femenino. Al respecto hay que decir que estos sujetos no pueden ser considerados parte del contrato en el entendido que no tienen la calidad de autores de las declaraciones que constituyen el contrato como tampoco son titulares de la relación jurídica, razón por la cual se entienden como terceros.

2. LA GRATUIDAD U ONEROSIDAD

Este rasgo se predica de los gravámenes o cargas que tienen que soportar las partes a fin de obtener la utilidad. Siendo gratuito cuando una de las partes obtiene la utilidad sin realizar alguna contraprestación y oneroso cuando las dos partes tienen gravámenes y utilidades¹⁴⁹.

Este punto del contrato de gestación por sustitución es bastante debatido, dado el contexto que lo envuelve. Aspectos como estar negociando con el uso del cuerpo, el nacimiento de una criatura, aparentemente con el estado civil,

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ ORTIZ, MONSALVE. *Ob. cit.*, p. 42.

entre otros elementos supone para muchos que deba hacerse de manera gratuita y solo con fines solidarios y altruistas. Para otros, nada impide que las mujeres que lleven a cabo la gestación puedan recibir por su prestación una remuneración.

Que sea gratuito u oneroso realmente dependerá de cada legislación. Algunas permiten realizar la gestación por sustitución siempre que sea por fines solidarios como en Canadá¹⁵⁰ donde se permite la práctica de esta técnica siempre que sea con fines altruistas. Otras admiten que se realice aun si la gestante persigue un ánimo de lucro, tales como el estado Illinois¹⁵¹ en E.E.U.U y Ucrania¹⁵².

Como se expuso anteriormente se considera que la gestación por sustitución tiene que ser totalmente gratuita por dos razones fundamentales, la primera en el sentido que la ley sobre donación de órganos prohíbe expresamente cualquier forma de remuneración por la donación de componentes anatómicos del cuerpo, de tal forma que toda donación tiene que hacerse con fines altruistas y segundo porque esta misma ley prohíbe la comercialización del cuerpo humano y el hecho de que una persona tenga un ánimo de lucro pondría a la gestación por sustitución en una frontera entre licitud e ilicitud difícil de distinguir, por lo anterior que se considera que la gestación por sustitución debe ser totalmente gratuita.

A lo anterior hay que aclarar que si bien la gestación por sustitución debe ser gratuita no supone en ningún caso que los padre(s) o madre(s) sustituido(s) se eximan de pagar una suma de dinero por llevar a cabo este proceso, toda vez que los padre(s) o madre(s) sustituido(s) deben pagar algo que se

¹⁵⁰ Assisted Human Reproduction Act (S.C. 2004, c. 2), Canada.

¹⁵¹ 750 Illinois Compiled Statutes §47/25.

¹⁵² Código de Familia de Ucrania, Artículo 123.

denomina “*compensación*”¹⁵³ que supone el pago de todos los gastos en los que ha incurrido la gestante. De tal forma, que de ninguna manera el pago de la suma de dinero será tendiente a incrementar el patrimonio de la gestante, toda vez que si esta decide prestar su vientre lo puede hacer únicamente con fines altruistas y no persiguiendo un ánimo de lucro.

3. CONMUTATIVO O ALEATORIO

El contrato conmutativo se puede definir como aquel en el que “*las prestaciones están determinadas de manera invariable y equivalente: se sabe cuál es la medida de las reciprocidades debidas entre las partes, cada una inicialmente sabe lo que debe y lo que puede, con la exigencia de guardar proporción y equilibrio entre cargas y beneficios*”¹⁵⁴ y aleatorio supone que “*lleva en sí riesgo para ambas partes o para una sola, contingencia, posibilidad de ganar y de perder, dependiendo el resultado de un suceso futuro e incierto*”¹⁵⁵.

Se anotó anteriormente que se propone para efectos de licitud en el ordenamiento jurídico colombiano que el contrato de gestación por sustitución debe ser gratuito, razón por la cual es importante aclarar que de ninguna manera dependerá que sea gratuito u oneroso para determinar la conmutatividad o aleatoriedad del contrato, toda vez que la gestación por sustitución puede ser plenamente gratuita estableciendo obligaciones precisas, impidiendo que exista el alea en el contrato.

Fundamentado en eso se considera que el contrato de gestación por sustitución tiene la propiedad de ser conmutativo, ya que son obligaciones que

¹⁵³ La RAE define la palabra compensar como: “*Igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra*”.

¹⁵⁴ HINESTROSA FERNANDO. Ob. cit., pp. 371-372.

¹⁵⁵ *Ibíd.*

están plenamente determinadas para cada una de las partes, las más generales serán por parte de la gestante llevar a cabo la gestación y parto del bebé y por parte de los padre(s) o madre(s) sustituidos pagar todos los gastos que implique la gestación.

4. PRINCIPAL O ACCESORIO

De esta distinción del contrato hay que decir que es un contrato principal, toda vez que no depende de ninguna forma de otro para su cumplimiento.

5. REAL, SOLEMNE O CONSENSUAL

Según el artículo 1500 del Código Civil el contrato será real cuando necesite de la tradición para su perfeccionamiento, solemne cuando este sujeto a ciertas formalidades y consensual cuando sea suficiente con el consentimiento¹⁵⁶. Como se anotó anteriormente, en Colombia no existe referencia a este tipo de contrato, razón por la cual no es posible determinar qué característica tiene, pero como propuesta se considera que debe ser solemne, ya que es un contrato que por sus cuestiones éticas y morales necesita más seguridad jurídica que otros.

En otras legislaciones, se establecen algunos requisitos para que el contrato se perfeccione, como hacerlo por escrito, que se valide ante un juez o que la gestante demuestre que cumple con determinados requisitos, como estar casada, tener un mínimo de edad, entre otros.

De manera propositiva y como se hizo anteriormente cuando se expuso sobre los presupuestos de validez se considera que la gestación por sustitución no

¹⁵⁶ Código Civil. Artículo 1500.

puede ser realizada por cualquier persona. Debe tener por lo menos en las dos partes una edad mínima de 25 años fundamentado analógicamente en el Código de Infancia y Adolescencia, que deba ser escrito a fin de que queden todas las obligaciones de las partes plenamente determinadas, que medicamente se demuestre que hay imposibilidad para procrear naturalmente, esto por causa de esterilidad o porque hay enfermedades que pueden ser transmitidas genéticamente a los hijos poniendo en grave peligro su vida o disminuyendo su calidad de vida, también que la gestante antes de realizar la gestación por sustitución tenga un hijo propio.

Ahora bien, es preciso aclarar que la solemnidad es establecida mediante ley, de tal forma que si no hay una ley que exija la solemnidad la celebración del contrato será simplemente consensual. La anterior aclaración, para enfatizar que este punto es puramente propositivo.

6. ATÍPICO

Antes de hacer referencia a la atipicidad como característica del contrato de gestación por sustitución, es importante aclarar que el Código Civil colombiano no prevé el carácter atípico de los contratos en general, sino que dicho carácter es de origen doctrinal¹⁵⁷.

Así las cosas, se considera que el contrato de gestación por sustitución es atípico debido a que no tiene regulación alguna en el ordenamiento jurídico colombiano. Ahora bien, la importancia de la clasificación de típico o atípico radica en establecer el régimen jurídico más próximo a un contrato en el ordenamiento jurídico, para que en caso de una oscuridad o un vacío en el contrato atípico pueda el derecho suplirla. De lo anterior, es menester realizar

¹⁵⁷ CASTAÑEDA, ADALBERTO. "Los contratos atípicos en Colombia Joint Venture" en *Revista de Derecho*, N.º 11 Universidad del Norte, enero de 1999, Barranquilla, pp. 97-98.

el análisis de los elementos característicos esenciales de algunos contratos de carácter civil como el mandato o el arrendamiento de cosas con el fin de identificar el contrato más similar.

El primer contrato afín es el mandato, que según el artículo 2142 del Código Civil es *“un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”*¹⁵⁸.

De la anterior definición se puede afirmar que el elemento esencial del mandato es la *“gestión de uno o varios negocios”*. De lo que la Corte Suprema de Justicia estableció entre otras cosas que esa *“gestión de negocios”* supone la realización de actos jurídicos y no de actos materiales¹⁵⁹. Dice la corte que esos actos jurídicos son aquellos *“que envuelven la capacidad y voluntad y vincula al mandante cuando desarrolla su actuación dentro de los términos del mandato”*.¹⁶⁰

Ahora bien, si se observa con mayor profundidad, la representación no es un elemento esencial, esto es, un elemento sin el cual el mandato perdiera su naturaleza y derivara en otro. La razón de la anterior afirmación la aporta la Corte Suprema de Justicia cuando dice *“En el mandato, el mandatario obra ostensible u ocultamente –puesto que la legislación colombiana, más amplia que la francesa al respecto-- consagra el mandato sin representación, en nombre del mandante y por cuenta y riesgo de éste”*¹⁶¹. En otras palabras, puede haber mandato con o sin representación.

¹⁵⁸ Código Civil. Artículo 2142.

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, sala civil. Sentencia del 03 de octubre de 1939.

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, sala civil. Sentencia del 21 de noviembre de 1939.

¹⁶¹ *Ibíd.*

Comparando el contrato de mandato con el de gestación por sustitución es evidente que los dos contratos tienen por finalidad encomendar la realización de un acto. Ahora bien, ¿qué tipo de acto busca realizar cada contrato?

El contrato de mandato busca la realización de actos jurídicos sea representando al mandante por cuenta y riesgo de este o ya sea sin representación, actuando el mandatario por su propia cuenta y riesgo. Por su parte el contrato de gestación por sustitución tiene como finalidad que una mujer lleve a cabo la gestación de un bebé, lo supone un acto eminentemente material donde no hay lugar a la representación. Siendo así las cosas no es del todo posible que se relacione el contrato de gestación por sustitución con el de mandato dada la abismal diferencia que hay entre los actos encomendados.

El segundo contrato con el que se puede establecer relación es el de arrendamiento de cosas. Que según el artículo 1973 del Código Civil es *“un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”*¹⁶².

Por su parte el artículo 1974 del Código Civil habla de las cosas susceptibles de arrendamiento que son *“todas las cosas corporales o incorpóreas, que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso”*¹⁶³.

Según José Bonivento Fernández los dos elementos esenciales del arrendamiento son la cosa arrendada y el precio¹⁶⁴. De la primera, se entiende

¹⁶² Código civil. Artículo 1973.

¹⁶³ Código civil. Artículo 1974.

¹⁶⁴ BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Editorial ABC, Bogotá, 2004, pp. 405-412.

como lo dice Pedro Lafont Pianetta que la cosa arrendada debe tener como características que sea determinada o al menos determinable, que exista o se espera que exista, que no sea consumible, que sea posible física y jurídicamente¹⁶⁵. Y del segundo elemento, Bonivento Fernández establece que debe consistir en dinero o en frutos de la cosa arrendada, así mismo ser determinado o determinable, real y serio¹⁶⁶.

Como se anotó anteriormente, el arrendamiento de cosas sugiere dos elementos esenciales, el primero la cosa arrendada y el segundo el precio. ¿Desde la perspectiva del contrato de gestación por sustitución como se pueden encajar? ¿Son afines los elementos esenciales de este contrato con el de gestación por sustitución?

El primer elemento esencial sugiere que debe existir una cosa que va a ser precisamente lo que se va a conceder en arriendo. En la gestación por sustitución la cosa arrendada sería el vientre. De esta afirmación proceden abundantes interrogantes que se trataran mas adelante como ¿Se puede disponer del propio cuerpo? ¿Contraría la dignidad humana? ¿Cuáles son los límites de la autonomía de la voluntad en esta materia? Por lo pronto y haciendo un análisis superfluo se puede establecer que el vientre como cosa si podría arrendarse porque es un objeto determinado, corpóreo, que no es consumible y tampoco es prohibido expresamente por una ley, al menos por ahora.

El segundo elemento esencial es el precio. Este elemento supone que el arrendatario tenga a su cargo una contraprestación por el uso y goce de la cosa, toda vez que, si no existiese tal contraprestación, no se puede hablar de

¹⁶⁵LAFONT PIANETTA, PEDRO. *Manual de contratos. Panorama de la negociación y contratación contemporánea*, Librería ediciones del profesional Ltda., Bogotá, 2016, pp. 42-43.

¹⁶⁶BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. Ob. cit., pp. 410-411.

arrendamiento de cosas sino de otros contratos como comodato¹⁶⁷. ¿El interrogante es si en el contrato de gestación por sustitución tiene que pactarse un precio? La respuesta es que no, porque la gestación por sustitución puede ser gratuita, de hecho, algunas legislaciones así lo exigen¹⁶⁸, por lo cual este es un elemento disímil entre el contrato de arrendamiento de cosas y de gestación por sustitución.

Como conclusión de la atipicidad del contrato de gestación por sustitución es importante establecer que el contrato mas afín es el de arrendamiento de cosas, entendiendo que el de gestación por sustitución tiene sus aspectos esenciales que lo hacen un contrato propio, pero que al no tener una regulación en el ordenamiento colombiano es importante establecer conexidad con algún contrato regulado para que en caso de que haya lagunas y vacíos estas puedan ser resueltas.

III. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Finalmente, hay que establecer ¿cuáles son los elementos esenciales del contrato de gestación por sustitución? Esto es, analizar los elementos que pueden hacer atípico a este contrato¹⁶⁹.

1. LA SUSTITUCIÓN DE UN VIENTRE

Este elemento es sin duda el que hace propio al contrato de gestación por sustitución consistente en que una persona pacte con otra para que lleve a cabo todo el proceso de gestación en su vientre. Ese proceso se puede realizar

¹⁶⁷ BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. Ob. cit., p. 411.

¹⁶⁸ Assisted Human Reproduction Act (S.C. 2004, c. 2), Canada.

¹⁶⁹ Elementos que en igual forma se considera como el objeto del contrato de gestación por sustitución.

a través de dos modalidades denominadas homóloga y heteróloga,¹⁷⁰ de las cuales por seguridad jurídica se prefiere la primera.

2. LA COMPENSACIÓN

Consistente en una retribución a cargo de la parte sustituida a fin de cubrir todos los gastos en que incurra la gestante por el proceso de embarazo¹⁷¹. De lo anterior que el pago de la suma de dinero no tiene como propósito incrementar el patrimonio de la gestante, lo que no supone *a priori* un impedimento para pactar una remuneración a favor de la gestante por llevar a cabo la gestación.

IV. LAS PARTES

Cuando se expuso la bilateralidad como característica del contrato de gestación por sustitución se hizo referencia a las partes y allí se estableció que en este contrato hay dos partes, la primera denominada parte gestante (1) y la segunda señalada como parte sustituida (2).

1. PARTE GESTANTE

La denominada parte gestante recibe ese nombre precisamente por la labor que realiza, es decir una prestación de hacer consistente en llevar a cabo la gestación y posterior parto. La gestante como parte contractual pareciera estar compuesta de un solo sujeto, que es la mujer que llevará en su vientre a la criatura.

¹⁷⁰ *Supra.*, pp. 6-10.

¹⁷¹ *Infra.*, p. 75.

Cuando se introdujo sobre la parte gestante se hizo alusión a que dicha parte “pareciera” estar compuesta por un solo sujeto, esto en razón a que se considera que en esta parte contractual puede haber dos miembros, en el entendido que si la mujer está casada el esposo deberá ser miembro de la parte gestante en razón al vínculo matrimonial, el cual tiene como efecto una serie de finalidades y obligaciones que pueden verse afectadas con un contrato de gestación por sustitución.

Las más de las veces en la gestación por sustitución que tiene como parte gestante a una mujer casada se le solicita que se comprometa tanto a ella como a su esposo a abstenerse de tener relaciones sexuales con su marido hasta tanto el médico no certifique que ya hubo fecundación¹⁷². Son precisamente estos casos en los que entran a afectar la esfera del matrimonio, perturbando algunas finalidades y obligaciones.

Al respecto hay que decir que el Código Civil establece que las personas se casan con la finalidad de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente¹⁷³, las cuales son precisamente el fundamento de contraer matrimonio. Cuando una mujer casada se obliga a abstenerse de tener relaciones sexuales con su esposo, inmediatamente está atentando contra esa finalidad de procrear, es por eso que se considera que el esposo debe ser entendido como un miembro mas de la parte gestante en el que tenga la calidad de parte formal, es decir que sea autor junto con su esposa de las declaraciones que constituyen el contrato, así como que tenga la calidad de parte material que supone la posibilidad de ser junto a su esposa titular de la relación jurídica. Todo lo anterior, con el fin de que se tome una decisión en

¹⁷² Caso Baby-m; Modelo de contrato en EEUU Consultado en http://www.allaboutsurrugacy.com/sample_contracts/GScontract1.htm [19 de abril de 2018].

¹⁷³ Código Civil. Artículo 113.

conjunto y no se imponga una limitación a las finalidades del matrimonio por causa de un contrato de gestación por sustitución.

2. PARTE SUSTITUIDA

Los padre(s) o madre(s) sustituido(s), deben tener como rasgos esenciales la voluntad de ser padre(s) o madre(s) así como también imposibilidades naturales para llevar a cabo la gestación¹⁷⁴. La denominación la reciben porque aun teniendo el anhelo de ser padre(s) o madre(s) han sido sustituidos en la gestación del bebé. Así mismo, se usa la expresión *padre(s) o madre(s)* para hacer alusión que pueden ser contratantes hombres y mujeres solteros(as), parejas heterosexuales y homosexuales¹⁷⁵.

V. LAS OBLIGACIONES EN EL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En esta sección del trabajo la finalidad es exponer dos elementos de suma importancia, en primer lugar, extraer las obligaciones más comunes del contrato de gestación por sustitución tomando modelos de internet¹⁷⁶ (1) y, en segundo lugar, analizar algunas obligaciones que suscitan debate (2).

1. OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

De la misma forma es procedente estructurar el estudio de dichas obligaciones de la siguiente manera: obligaciones de la parte gestante (1.1) y obligaciones de la parte sustituida (1.2).

¹⁷⁴ *Infra.*, p 20.

¹⁷⁵ *Supra.*, pp. 19-20.

¹⁷⁶ Como se hace en: GONZÁLEZ DE CANCINO, EMILSEN. Ob. Cit., pp. 402-403.

1.1 Parte gestante

De las obligaciones que tiene la gestante la principal es llevar a cabo la gestación y posterior parto. Es preciso entender que de esta obligación se desprenden todas y cada una de las prestaciones de hacer y no hacer a las que estará obligada la gestante. Para el presente análisis se toma un modelo que divide las obligaciones en tres partes¹⁷⁷:

1.1.1 Referente a lo físico

Esta obligación supone a su vez cuatro obligaciones¹⁷⁸. La primera, que la gestante debe seguir al pie de la letra todas las indicaciones del médico obstetra, es decir comidas, controles, etc. La segunda, la mujer no puede realizar actividades que pongan en riesgo su salud ni la del bebé, es decir no debe consumir ningún tipo de psicoactivo, café en exceso o alcohol, no debe fumar o hacer deportes extremos. Como tercera obligación la mujer le queda prohibido salir del país. Y finalmente deberá realizarse todos los exámenes médicos que hayan sido ordenados por el médico o solicitados por los sustituidos.

Gutton establece cuáles pueden ser los exámenes en las diferentes etapas del proceso¹⁷⁹. Por ejemplo, antes de realizar la FIVTE o IA se puede pedir a la mujer su historial clínico, exámenes con el fin de saber su estado de salud y exámenes para conocer su estado mental. Durante el embarazo se pueden pedir pruebas ginecológicas, ecografías, controles periódicos, hasta pruebas genéticas para conocer si el bebé puede nacer con anomalías genéticas como el síndrome de Down. Al final del embarazo se pueden realizar pruebas para

¹⁷⁷ Consultado en http://www.allaboutsurrugacy.com/sample_contracts/GScontract1.htm [19 de abril de 2018].

¹⁷⁸ *Ibíd.*; Consultado en <https://www.babygest.es/control-medico-de-la-gestante/#antes-del-embarazo> [20 de abril de 2018].

¹⁷⁹ *Ibíd.*

comprobar que la mujer no tenga infecciones y el bebé nazca con óptimas condiciones de salud.

La obligación referente a lo físico supone entonces de una parte una prestación de hacer, en la que la madre gestante debe practicarse todos los exámenes, así como también seguir las indicaciones del médico con el fin de garantizar la salud de ella, así como del bebé que viene en camino. Pero también esta obligación supone prestaciones que se pueden calificar como de no hacer, esto supone una abstención para la parte obligada, en el sentido que no puede salir del país, así como tampoco podrá ingerir ciertas sustancias o alimentos, de tal forma que si la madre gestante lo hiciera estaría automáticamente en una fase de incumplimiento.

1.1.2 Referente a lo psicológico

Esta obligación representa que una vez se haya celebrado el contrato, la gestante deberá practicarse exámenes en los que se establezca por expertos su idoneidad mental. Supone claramente una prestación de hacer, en la que si los expertos lo ordenan ella deberá practicarse dichos exámenes.

1.1.3 Referente a lo sexual

Aquí la gestante se compromete a no tener ningún tipo de relación sexual en un intervalo que va desde antes de la transferencia de los gametos masculinos (IA) o la transferencia del embrión (FIVTE) hasta que se confirme por un médico el embarazo.

Esta obligación supone una prestación de no hacer la cual suscita mucho debate¹⁸⁰ en el entendido que una pareja se está obligando a abstenerse de

¹⁸⁰ GONZÁLEZ DE CANCINO, EMILSEN. Ob. Cit., p. 403.

tener relaciones sexuales, que implica de cierta forma atentar contra los fines y obligaciones del matrimonio¹⁸¹.

Desde un punto de vista constitucional, teniendo en cuenta el principio de libertad de las personas sería válido fundamentar la posibilidad de pactar una abstención en cuanto a la reproducción sexual toda vez que cuentan con la autonomía en sus decisiones y estas deben ser respetadas por el Estado siempre que no sobrepase los límites de ley o que afecte un derecho ajeno¹⁸².

Al respecto hay que aclarar que una cosa es que entre ellos dos se pongan de acuerdo como miembros de una sola parte y otra cosa es que la gestante se ponga de acuerdo con un tercero sobre abstenerse de tener relaciones sexuales¹⁸³, razón por la cual toma tanta trascendencia que el esposo de la gestante sea parte contractual, toda vez que se considera que la decisión de abstención debe ser totalmente consensuada.

Lo anterior en razón que ya esa obligación dejaría de ser una imposición por parte de la mujer a su marido por el hecho de haber contraído la obligación con un tercero y pasaría a ser una obligación que han tomado en consenso los esposos respecto de un tercero, lo que supone una cuestión donde ha mediado plenamente la voluntad de los miembros del matrimonio.

¹⁸¹ En este punto solo se habla del matrimonio, toda vez que la obligación referente a lo sexual puede afectar los fines del matrimonio establecidos en el artículo 113 del Código Civil.

¹⁸² Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994.

¹⁸³ *Ibíd.*

1.2 Parte sustituida

En cuanto a las obligaciones de los *padre(s) o madre(s) sustituido(s)* según la Dra. González de Cancino deben ser las siguientes¹⁸⁴:

1.2.1 “Pagar los gastos médicos relacionados con la aplicación de la TRHA, los controles médicos y la asistencia durante el parto”.

De la primera parte de esta obligación supone cancelar todos los costos que impliquen un embarazo. Anteriormente se mencionó que una de las obligaciones de la gestante es seguir a cabalidad las indicaciones y recomendaciones del médico, de tal manera que, si entre estas están la de alimentación, medicamentos, hospitalización, entre otras que causen gastos adicionales deben ser costeadas por los sustituidos.

De los controles médicos, que son periódicos habrá que costear aspectos como el transporte para acudir a ellos, así mismo el costo per se del control.

De la asistencia durante el parto, habrá que costear cuestiones como el transporte hacia la clínica, el internamiento en la clínica, el parto, etc.

Todo lo referente a la ropa que tenga que comprar por cuestiones del embarazo.

Esta obligación supone una prestación de dar, en el entendido de suministrar todos los gastos en que incurre la gestante por haber llevado de manera gratuita el proceso de gestación por sustitución.

¹⁸⁴ *Ibíd.*

1.2.2 “Recibir el bebé una vez nacido (uno o varios), cualquiera sea su género, condiciones de salud física y psicológica, haya nacido a término o prematuramente”.

Esta es la obligación más importante y es que independientemente de cómo haya nacido el bebé los padres sustituidos deberán recibirlo y velar por él, de lo que se puede identificar que es una prestación de hacer. En este punto hay cuestiones como ¿qué pasa si el bebé nace con anomalías por culpa de la gestante? ¿Se puede rescindir el contrato? ¿Cómo responde la gestante? Cuestiones que serán resueltas en la última parte de este trabajo.

2. OBLIGACIONES QUE SUSCITAN DEBATE

Finalmente, del análisis de las obligaciones en el contrato de gestación por sustitución es importante analizar algunas obligaciones que si bien no constituyen parte del objeto mismo del contrato si causan por su contenido un importante impacto, las cuales son: la filiación (2.1), la entrega del bebé (2.2)

2.1 Filiación

La filiación es “*el vínculo que une al hijo con su padre o madre. Desde el punto de vista del padre o de la madre, se llama paternidad o maternidad respectivamente*”¹⁸⁵. De tal manera que mediante la filiación se determina quién es padre y quién es madre.

En el ordenamiento jurídico colombiano la maternidad se determina mediante dos requisitos “a) *que la mujer haya dado a luz un hijo, o sea que se haya verificado el parto; y b) que el pretendido hijo sea el producto del parto, esto*

¹⁸⁵ MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Derecho de familia infancia y adolescencia*, Editorial ABC, Bogotá, 2017, pp. 51-51.

es, *la identidad del hijo*¹⁸⁶. Esto supone un problema para la gestación por sustitución en el entendido que la madre sustituida nunca podrá ser madre legalmente hablando toda vez que no cumple con estos dos requisitos.

Según la gestación por sustitución que se realice la madre gestante puede ser portadora o no de los gametos¹⁸⁷, cabe recordar que cuando se practica la gestación por sustitución a través de la inseminación artificial la madre gestante tiene identidad biológica con el bebé, por el contrario, ocurre cuando se hace mediante fecundación in vitro en la que la madre gestante no la tiene, pues los gametos serán de la madre sustituida o de un tercero donador.

Lo anterior es importante diferenciarlo toda vez que se considera que la madre que aporta los gametos es quien realmente puede ser madre, es quien tiene mas seguridad legal¹⁸⁸, en razón a la identidad biológica que posee, es decir, el DNA del bebé coincide con su DNA.

Para fundamentar la anterior premisa es preciso hablar de dos aspectos. El primero es lo referente al artículo 335 del Código Civil, artículo 49 del Estatuto del Registro Civil de las Personas¹⁸⁹ y el artículo 42 de la Constitución Política. En el entendido que el artículo del Código Civil habla sobre los dos requisitos anteriormente mencionados para determinar la filiación, el artículo del Estatuto de Registro Civil que establece que la madre solo es quien da a luz cuando dice *“el encargado de llevar el registro del estado civil mediante certificado del médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto”*¹⁹⁰ y la Constitución Nacional consagrando el derecho que tienen todas las personas a tener hijos sea naturalmente, mediante adopción o por asistencia científica.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ *Supra.*, pp. 7-8.

¹⁸⁸ ALARCÓN ROJAS, FERNANDO. *Ob. cit.*, p. 131.

¹⁸⁹ Decreto 1260 de 1970.

¹⁹⁰ Decreto 1260 de 1970. Artículo 49.

Esos artículos son los principales a la hora de definir quién es madre en el ordenamiento jurídico. Los primeros dos imponen unos requisitos para determinar la maternidad que en otras palabras se guían por la regla de *mater semper certa est*, que se traduce precisamente en esa certeza que se tiene de que es la madre por el hecho de haber llevado la gestación y el parto¹⁹¹, en cambio que el artículo de la Constitución va mas allá al reconocer que hay formas de ser madre distinta a la natural o a la adopción y es mediante la asistencia científica, donde se pueden encuadrar precisamente técnicas como la gestación por sustitución en la que la determinación de madre constituye una verdadera excepción a la regla *mater semper certa est*, toda vez que dejará de ser definido por quien llevó a cabo la gestación y el parto para determinar como madre aquella persona que tiene la identidad biológica. Pero además hay otros autores que afirman que se puede determinar la maternidad e incluso la paternidad además a través de la voluntad o ese deseo que tienen para ser padres¹⁹² lo que permitiría fundamentar la maternidad en casos donde no haya identidad biológica entre los padre(s) o madre(s) sustituidos y el bebé porque los gametos fueron aportados por donantes.

De tal manera que hay una evidente contradicción entre estas normas porque de un lado están aquellas que entienden que solamente hay una forma de procrear y es naturalmente, razón por la cual determinan la maternidad desde la gestación y el parto y del otro lado aquella que establece que hay mas formas de procrear que la natural, razón por la cual se entiende que debería haber más formas de determinar la maternidad de acuerdo a la forma de procrear denominada asistencia científica.

¹⁹¹ VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. Ob. cit., p. 31.

¹⁹² LAMM, ELEONORA. Ob. cit., p. 42.

Es evidente entonces la presencia de una antinomia, que de acuerdo al artículo 10 del Código Civil y a la sentencia C-037 de 2000¹⁹³ debe resolverse prefiriendo siempre la disposición constitucional sobre las demás del ordenamiento. Pero además es válido resaltar que tanto las disposiciones del Código Civil como aquellas Estatuto del Registro Civil de las Personas fueron producto de una realidad social que no existe en este momento, es decir la proliferación de las asistencias científicas en materia reproductiva. Por lo anterior se razona que estas disposiciones están en contravía de la Constitución Política porque le están negando a una persona la posibilidad de ser madre mediante una forma diferente a la procreación natural.

Desde este primer aspecto no se ve la importancia de diferenciar a la madre sustituida que no aportó el gameto y a la madre que si lo hizo, como tampoco se ve la razón por la cual se defiende que en el ordenamiento jurídico colombiano debe ser protegida solamente la madre sustituida que aportó el gameto, por esta razón es indispensable explicar el segundo aspecto.

En este segundo punto hay que referirse a la Ley 721 de 2001 que es aquella que regula todo lo que tiene que ver con el establecimiento de la maternidad y la paternidad mediante pruebas científicas¹⁹⁴. Esta ley entonces prevé la posibilidad de determinar la maternidad mediante una relación biológica que se demuestra a través de una prueba científica o comúnmente llamada prueba de DNA.

Desde este punto de vista es donde la distinción anteriormente planteada sobre las madres sustituidas adquiere relevancia toda vez que solo quien

¹⁹³ “El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia” Sentencia C-037 de 2000.

¹⁹⁴ Ley 721 de 2001. Artículo 1.

aporte los gametos podrá obtener esa identidad biológica con el bebé y de esta manera ser protegida por el ordenamiento legal.

Es claro entonces que ya no se puede seguir entendiendo la maternidad desde la gestación y el parto, sino que hay que ir mas allá, hay que entender que la humanidad a avanzado científicamente y que existen formas de procrear mediante asistencia científica que tiene como finalidad que todas las personas que desean tener hijos puedan hacerlo, de tal forma que es imperioso realizar una reforma legal para que la maternidad sea determinada por cuestiones biológicas. De hecho hay doctrinantes que van más allá aseverando que la maternidad debe ser determinada por *“el criterio de libertad y responsabilidad de procreación que, además de coincidir con la voluntad de la pareja matrimonial o de hecho o sujeto comitente, es el criterio más favorable a los intereses del menor”*¹⁹⁵.

Respecto de la filiación de la maternidad en la práctica no se puede pactar en el ordenamiento jurídico colombiano toda vez que esta se determina mediante un certificado de nacimiento que será realizado de acuerdo a los requisitos del artículo 335 del Código Civil y el artículo 49 del Estatuto del Registro del Estado Civil de las Personas. De tal manera que el único camino que queda es determinar la filiación mediante un proceso de investigación de maternidad para que mediante una prueba científica de DNA se determine biológicamente quién es la madre.

De la filiación respecto del padre la cuestión no es tan complicada, toda vez que esta no tiene unos requisitos de llevar a cabo la gestación ni de dar a luz, sino que simplemente se regirá por presunciones contenidas en el Código Civil o como se determina generalmente mediante la identidad biológica.

¹⁹⁵ VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. Ob. cit., p. 34.

2.2 La entrega del bebé

La otra obligación a tratar es la que supone la entrega de un bebé. Esta sería una obligación apenas obvia si se determinara que la madre es aquella que tenga identidad biológica cuando la criatura se procreada mediante asistencia científica, pero como se anotó anteriormente el ordenamiento jurídico está atrasado en lo referente a determinar la maternidad ya que lo hace fundamentado en la gestación y el parto, razón por la cual la gestante será en primer lugar la madre hasta tanto no sea contradicha mediante un proceso de investigación de maternidad. Por lo tanto, para hacer valer la entrega del bebé se tiene que ir necesariamente a un proceso judicial.

VI. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En este punto es preciso explicar, sin profundizar demasiado, las cuestiones prácticas que se pueden presentar en el contrato de gestación por sustitución. En ese sentido, se considera que pueden presentarse asuntos como el incumplimiento (1) o la invalidez (2).

1. EL INCUMPLIMIENTO

El incumplimiento es aquella circunstancia que ocurre en la ejecución del contrato en la que el deudor no cumple con la obligación, la cumple imperfectamente o por fuera del tiempo estipulado¹⁹⁶. En las prestaciones positivas de “*dar*” o “*hacer*” el incumplimiento y la mora se fundamentarán a través de la oportunidad de la prestación y el retardo en su ejecución¹⁹⁷. Por su parte, en las prestaciones negativas de “*no hacer*” no puede existir la mora,

¹⁹⁶ Código Civil. Artículo 1613.

¹⁹⁷ HINESTROSA, FERNANDO. Ob. cit., p 259.

de tal manera que lo único relevante en estos casos será si realizó o no la conducta sujeta a la abstención¹⁹⁸.

Finalmente hay que advertir que, si una parte incumple con la obligación, la parte que ha padecido el incumplimiento podrá optar por la obligación in natura o por el subrogado pecuniario¹⁹⁹, agregado a esto tiene derecho a ser indemnizada por la parte que incumplió por el daño emergente y lucro cesante que se haya causado con el incumplimiento de la obligación²⁰⁰.

Entrelazando el tema del incumplimiento con el contrato de gestación por sustitución es preciso referirse respecto de algunas de las obligaciones de las partes, con el fin de analizar cuándo hay incumplimiento y qué efecto puede tener esto, toda vez que se considera que este contrato no puede resolverse comúnmente dado los valores, principios y derechos fundamentales que se entrecruzan. Razón por la cual el análisis se hará tomando en cuenta primero a la parte gestante (1.1) y segundo a la parte sustituida (1.2).

1.1 A cargo de la parte gestante el incumplimiento puede devenir por:

1.1.1 Renuencia a entregar el bebé

La entrega del bebé por parte de la gestante es una de las obligaciones mas importantes, ahora bien, hay que aclarar que no es el objeto mismo del contrato, toda vez que el objeto es llevar a cabo la gestación y posterior parto. Pero, si bien no es el objeto si es importante establecer que es una de las obligaciones que permiten hacer realidad el contrato en el entendido que asisten a la finalidad de la gestación por sustitución la cual se define como el

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ Código Civil. Artículo 1546.

²⁰⁰ Código Civil. Artículo 1613.

préstamo de vientre que hace una persona con motivos altruistas para que padre(s) o madre(s) sustituidos puedan tener su hijo.

En este punto el incumplimiento se constituiría cuando la madre o pareja gestante se rehúsan después del parto a la entrega de la criatura. Una vez ocurra el incumplimiento cabría preguntarse ¿Qué herramientas legales habría para los padre(s) o madre(s) sustituidos?

Para responder el interrogante planteado es preciso anotar lo que el Código Civil establece ante el incumplimiento del contrato, cuando expresa que la parte incumplida puede a su arbitrio pedir la resolución o el cumplimiento forzado de la prestación más la indemnización de perjuicios²⁰¹. Es precisamente desde este punto que se entrará a resolver sobre el incumplimiento de esta obligación.

La primera opción que tiene la parte incumplida es solicitar la resolución, que en palabras más sencillas supone la terminación del contrato²⁰². En este sentido lo que busca la parte incumplida es que se acabe el vínculo contractual colocando en un segundo plano el cumplimiento de las prestaciones como lo establece la Corte Suprema de Justicia cuando dice: *“Ante todo, ello quiere decir que la resolución es opuesta o contraria al cumplimiento, por lo que mediante su ejercicio la parte que la plantee no habrá de ver realizado el objeto de la prestación, ni directa ni indirectamente”*²⁰³.

Lo que supone entonces que los padre(s) o madre(s) sustituidos buscarían acabar con el contrato, restitución de las sumas que han pagado y que además se les indemnice por los daños causados con el incumplimiento. Dichas las

²⁰¹ Código Civil. Artículo 1546.

²⁰² HINESTROSA FERNANDO. Ob. cit., p. 323.

²⁰³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil dieciséis (2016), sala casación civil, radicado 2007-00606.

cosas de esta manera pareciera demasiado simple resolver una situación de incumplimiento en este contrato por la renuencia de la parte gestante a la entrega de la criatura, pero no es así.

Hay que recordar que este contrato tiene como realidad el nacimiento de un niño y que desde el momento en que las partes consientan en ser padres de esta criatura no habrá lugar a retractarse en sus decisiones porque ante todo está el interés superior del niño²⁰⁴, de tal manera que el incumplimiento en este contrato constituiría una excepción a la resolución como se conoce comúnmente, en tanto que se propone que la parte incumplida no pueda buscar con la resolución del contrato que se devuelvan las cosas al estado *sine qua non* en el sentido que ellos son los padres, sea por identidad biológica o por el deseo de serlo cuando los gametos sean donados.

De esta manera, se considera que el cumplimiento o incumplimiento del contrato no debe estar por encima de la filiación, de los derechos del niño y del interés superior de este, lo que supone que independientemente del cumplimiento o incumplimiento, de la resolución del contrato o la ejecución forzada se cumpla siempre con la obligación a cargo de la parte gestante de entregar al niño, así como también que la filiación sea de los padre(s) o madre(s) sustituidos.

La segunda opción supone que los padre(s) o madre(s) sustituidos opten por el cumplimiento forzado de la obligación, lo que implica obligar a la parte gestante a la entrega del niño. Respecto de este punto ya se había hecho alusión cuando se habló del problema que hay en Colombia para determinar la filiación entre madre e hijo en el que se advirtió que las normas del Código Civil junto con las del Estatuto del Registro del Estado Civil están

²⁰⁴ LAMM, ELEONORA. Ob. cit., pp. 224-225.

desactualizadas toda vez que no prevén más que la filiación por los factores del parto.

Así mismo, se anotó que contrario a estas leyes, la Constitución Política si prevé otras formas para determinar la filiación cuando afirma que las personas por un lado pueden ser madres y padres de manera natural, en cuyo caso se determinará la filiación de la madre por el parto y la del padre mediante pruebas biológicas como el DNA, pero también entiende de otro lado que pueden serlo con asistencia científica²⁰⁵, de tal forma que la filiación debería ser determinada tanto para la madre como para el padre mediante las pruebas biológicas, o como también proponen otros autores mediante el factor del “deseo de ser padres”²⁰⁶.

Por lo pronto es claro que en el ordenamiento jurídico colombiano queda este vacío, razón por la cual se propone que en los casos en que la madre gestante incumpla con la entrega del bebé los padre(s) o madre(s) sustituidos adelanten un proceso judicial para exigir la ejecución forzada y de esta forma obligar a la parte gestante a la entrega de la criatura. Ahora bien, si esto no soluciona las cosas, queda de igual forma iniciar un proceso de impugnación de la maternidad.

Pero antes de continuar con la solución propuesta para llevar a cabo la ejecución forzada, es menester recordar que la principal razón por la que solo se puede practicar la gestación por sustitución mediante la técnica denominada FIVTE es que permite que el bebé lleve los genes de los padre(s)

²⁰⁵ Constitución Política. Artículo 42.

²⁰⁶ LAMM, ELEONORA. Ob. cit., p. 42; Como se cita en LAMM ELEONORA. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, p 52; RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”, en *la filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos de reproducción humana*. Trivium, Madrid, p. 146.

o madre(s) sustituidos o de los donadores en su defecto, pero que de ninguna forma lleve los de la parte gestante, es decir que mediante esta técnica se asegura ese vínculo genético que es el que va a dar herramientas legales para fundamentar la filiación del bebé. En cambio, la IA de entrada obliga que la madre gestante tenga el vínculo genético con el bebé de tal forma que la gestante sería madre por el parto, pero además por el vínculo biológico.

De lo anterior, que es importante tener herramientas para que se determine la filiación del bebé a favor de la madre sustituida y qué mejor forma de hacerlo sino es asegurando el vínculo genético entre los padre(s) y madre(s) sustituidos con el bebé o evitando que la gestante tenga dicho vínculo biológico cuando sea el caso en el que los gametos sean donados por terceros.

Se considera entonces que si la parte gestante se rehúsa a la entrega del bebé en primera medida hay que acudir a un proceso de impugnación de la maternidad y esperar que dado el vínculo biológico el juez determine que la madre es la sustituida para que fundamentada en eso solicite la entrega inmediata de su hija porque en razón a las garantías que hay para los niños derivadas de la Constitución Política y el Código de Infancia y Adolescencia, de tal forma que la madre gestante al incumplir con esta obligación no estaría solamente contraviniendo el contrato mismo sino que además su conducta constituiría un ilícito penal denominado secuestro simple²⁰⁷ que podría estar agravado en el entendido que la persona que ha sido secuestrada es menor de 18 años²⁰⁸.

Pero puedo pasar también que la filiación sea otorgada a la madre gestante, lo cual acabaría con las esperanzas de pedir la ejecución forzada del contrato, casos como Baby-m en Estados Unidos son ejemplos claros de esta hipótesis.

²⁰⁷ Código Penal. Artículo 168.

²⁰⁸ Código Penal. Artículo 170 #1.

1.1.2 Enfermedad del bebé por causas imputables a la parte gestante

Entre las obligaciones que se expusieron en el modelo de contrato estaba la de realizarse los exámenes clínicos, los cuales pueden ser antes o durante el embarazo²⁰⁹, también se mencionó que la gestante debería seguir todas las indicaciones que el médico le indique con el fin de que el embarazo tenga un normal desarrollo y se garantice la vida y la salud tanto de la gestante como del bebé. Estas obligaciones tienen un carácter especial, en el entendido que *prima facie* no pueden ser determinados, de forma específica cuáles son los exámenes y tratamientos médicos a los que se debe someter la madre gestante. En ese sentido, el incumplimiento de dichas obligaciones son las que pueden producir en la criatura enfermedades que afecten gravemente la salud del bebé o pongan en peligro su vida.

Ahora bien, a este punto hay que recordar que la parte incumplida puede de acuerdo al ordenamiento jurídico solicitar la ejecución forzada del contrato o puede optar por resolverlo, pero como se anotó en el anterior punto, se propone que este contrato no se pueda resolver en el sentido que la finalidad práctica es el nacimiento de un niño, razón por la cual la legislación sobre los contratos debe ceder ante los derechos de los menores, así como también al interés superior de estos.

Por lo anterior que se considera que en este punto la única posibilidad que queda a los padre(s) y madre(s) sustituidos ante un incumplimiento es solicitar ante el juez la ejecución forzada del contrato, de lo que surgen las siguientes preguntas: ¿Hasta que punto deben practicarse todos los exámenes propuestos por los padre(s) o madre(s) sustituidos? ¿Pueden los padre(s) o madre(s) sustituidos solicitar la ejecución forzada del contrato y obligar a la

²⁰⁹ *Supra.*, p. 73.

parte gestante a practicarse exámenes o a realizarse tratamientos médicos? ¿Qué pasa si el bebé nace con alguna afectación en la salud por culpa de no seguir las instrucciones?

Para responder estos interrogantes es procedente analizar dos puntos de vista, el primero desde la óptica del derecho al libre desarrollo e intimidad que tiene una persona y el segundo desde la protección constitucional y civil que tiene el nasciturus.

Desde el primer punto de vista es procedente definir que se entiende por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el de la intimidad:

La Corte Constitucional ha definido el derecho al libre desarrollo como aquel derecho fundamental que *“consiste en la libertad general, que, en aras de su plena realización humana, tiene toda persona para actuar o no actuar según su arbitrio, es decir, para adoptar la forma y desarrollo de vida que más se ajuste a sus ideas, sentimientos, tendencias y aspiraciones, sin más restricciones que las que imponen los derechos ajenos y el ordenamiento jurídico”*²¹⁰.

Respecto del derecho a la intimidad, la Corte Constitucional establece que se concreta *“en la vida social de los individuos, en el derecho a estar solo, sin importar el lugar en que la persona se encuentre, nadie puede imponerles a los individuos su compañía y ser testigo de su vida íntima o inmiscuirse en ella... Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad es concebido como la libertad individual de toda persona para tomar por sí sola, decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada, es evidente que los atentados contra*

²¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-493 de 1993.

*aquel derecho, en casos como el subexamine, pueden afectar el derecho a la intimidad.”*²¹¹

De estos derechos puede inferirse entonces que una persona tiene plena libertad para decidir sobre sí misma, sobre las actuaciones que desee realizar siempre que no afecte el derecho ajeno y el ordenamiento jurídico y en ese sentido si una persona no desea realizarse exámenes o tratarse pues no puede ser obligada en ya que si se le obliga estaría afectando su derecho al libre desarrollo de la personalidad y con esto el de la intimidad ya que se le está obligando a realizarse actos que no desea. De hecho, la Corte Constitucional ha sido enfática en decir que los tratamientos médicos deben ser consentidos por el paciente, es decir que este debe toma una decisión libre e informada y que en ningún momento se puede obligar a una persona a practicarse un tratamiento que no desea, salvo que sean casos de urgencia²¹².

Ahora bien, es preciso recordar que la persona se encuentra en esta situación de someterse a exámenes tratamientos porque ha suscrito un contrato, en el cual ella se comprometió, entre otras cosas, a practicarse dichos exámenes y tratamientos, el problema es que esos exámenes no están definidos sino que se van presentando día a día en el proceso de gestación por sustitución, por lo cual desde esta óptica se puede establecer *prima facie* que la mujer gestante no está en todos los casos obligada a practicarse los exámenes y tratamientos.

El segundo punto de vista supone analizar la posibilidad de obligar a una persona a someterse a exámenes y tratamientos médicos con fundamento a la criatura que viene en camino, es decir que busca responder ¿Cuál es el grado de protección que tiene el nasciturus en Colombia? ¿Hasta qué punto

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² Corte Constitucional. Sentencias T-493 de 1993; T-551 de 1999; T- 629 de 1999.

influye esto para obligar a una persona a practicarse exámenes y tratamientos médicos?

La protección del nasciturus en Colombia se da desde el punto de vista constitucional en lo que refiere a sus derechos connaturales y esenciales, es decir el de la vida, la salud, la integridad física, etc.²¹³ Pero ya desde antes de la Constitución Política de 1991 había una protección desde el punto de vista civil la cual se encuentra en el artículo 91, el cual consagra la posibilidad de que el juez sea de oficio o a petición de parte tome todas las providencias necesarias para la protección de la vida del que está por nacer²¹⁴. Por su parte el artículo 93 establece la suspensión de derechos del nasciturus hasta tanto no se efectuó su nacimiento²¹⁵, de lo que es importante entender que estos derechos se refieren a aquellos de contenido patrimonial y que de ninguna manera se pueden suspender los derechos connaturales a él²¹⁶. Finalmente, está el artículo 232 que se refiere al hijo póstumo, que supone la protección que se da al hijo cuyo padre ha muerto antes de su nacimiento²¹⁷, protección que es de carácter patrimonial.

Así mismo sobre la protección del nasciturus está la Sentencia C-355 de 2006 en la que la Corte Constitucional se refiere a los derechos que tiene el que está por nacer cuando dice: *“El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos*

²¹³ DELGADO SCHNEIDER, VERÓNICA PÍA. “El principio de la protección legal de la vida y la salud del nasciturus y la acción popular en el modelo de Andrés Bello” en Revista de derecho privado No. 12-13, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 101.

²¹⁴ Código Civil. Artículo 91.

²¹⁵ Código Civil. Artículo 93.

²¹⁶ DELGADO SCHNEIDER, VERÓNICA PÍA. Ob. cit., p. 100.

²¹⁷ Código Civil. Artículo 232.

casos...”. De lo anterior es posible inferir que, si bien el ordenamiento jurídico protege al nasciturus, esta protección cederá ante un enfrentamiento con los derechos de una persona.

Por lo dicho hasta el momento se considera entonces que es primordial aceptar la protección constitucional y civil que tiene el nasciturus en cuanto a sus derechos connaturales y esenciales, de tal manera que fundamentado en esto si una mujer se ha comprometido previamente a realizarse unos exámenes médicos o a tratarse clínicamente y además está en juego la vida del que está por nacer, la mujer si puede ser obligada en tanto que su libertad está afectando derechos ajenos, precisamente está atentando contra el derecho a la vida, la salud y la integridad personal del bebé.

Ahora bien, se razona entonces que, si el bebé que viene en camino no está en grave peligro en cuanto a su vida, su salud o su integridad física y el examen o tratamiento médico realmente no a practicarse no es necesario, pues de ninguna manera se puede obligar a la madre gestante a que se lo practique.

Pero, en el caso donde por un lado se encuentren en peligro los derechos esenciales del que está por nacer y por otro lado estén en riesgo los derechos a la vida, la salud y la reproducción sexual de la mujer gestante, establece la Corte Constitucional en Sentencia C-355 de 2006²¹⁸ que deberá prevalecer los derechos de la mujer, razón por la cual se permiten las causales del aborto. De tal manera que se considera que puede haber una ejecución forzada de esta obligación cuando se encuentre en peligro los derechos esenciales del nasciturus y cuando no estén en peligro los de la madre gestante. Así mismo es importante aclarar que la persona idónea para establecer si está en peligro la vida es el médico tratante.

²¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006.

1.1.3 Aborto

El aborto también es una forma de incumplir el contrato de gestación por sustitución en el sentido que la madre gestante no lleva a cabo la totalidad de la gestación y por obvias razones no da a luz a la criatura, de lo cual está faltando a la obligación objeto de la gestación por sustitución. Pero no suficiente con eso, posiblemente su conducta puede encajar en un delito.

Antes de ahondar un poco más en el tema es preciso referirse a qué puede pasar con dicho incumplimiento, es decir qué herramientas tienen los padre(s) o madre(s) sustituidos cuando hay una inobservancia de este tipo. Pues bien, como se ha venido exponiendo ante el incumplimiento la parte afectada tiene dos opciones, la primera es pedir la resolución del contrato más indemnización de perjuicios, lo cual se considera que en este caso si procede ya que ante el actuar de la mujer gestante no va a haber el nacimiento de la criatura y es totalmente posible volver las cosas al estado en que se encontraban, la segunda supone pedir la ejecución forzada la cual se considera que no es posible en el entendido que una vez la persona aborte es imposible seguir llevando a cabo la gestación y el posterior parto.

Analizando más profundamente el tema es preciso diferenciar el aborto que es delito y el aborto que no lo es, toda vez que del primero se considera es una forma de incumplir el contrato y el segundo estaría en el análisis de no cumplimiento pues se entiende que es un asunto ligado más al caso fortuito.

El artículo 122 del Código Penal establece sobre el aborto: *“La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior”*.

Respecto de este artículo la Corte Constitucional se pronunció en el 2006 mediante Sentencia C-355 en la que estableció tres causales en las que se entendía que el aborto no constituía delito por los derechos fundamentales que había en juego, en el sentido que por un lado estaba la protección a la vida del nasciturus y por el otro los derechos a la vida, a la salud, reproductivos y sexuales de la mujer²¹⁹.

Según la Corte Constitucional las tres causales son las siguientes: “no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto”²²⁰.

Se considera entonces que cuando el aborto no constituye un delito hay que entenderlo como una fase de no cumplimiento o de imposibilidad sobrevenida en la que habrá que ver si se libera o no la parte gestante de acuerdo a las circunstancias del caso²²¹, toda vez que, surgen hipótesis como el caso en el que la mujer interrumpe el proceso de gestación por sustitución, no por razones fútiles sino precisamente porque se encuentra en riesgo sus derechos.

²¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006.

²²⁰ *Ibíd.*

²²¹ HINESTROSA FERNANDO. *Ob. cit.*, pp. 765-766.

Ahora bien, es imperioso por lo pronto referirse a la segunda causal que se refiere a una: *“grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico”* en el sentido que es importante establecer que en este caso se considera que quien debe tomar la decisión no es la madre gestante sino son precisamente los verdaderos padres del bebé esto son aquellos que tienen identidad biológica con la criatura o en su defecto quienes tienen el deseo de ser padres. Razón por la cual si la mujer gestante toma la decisión sin consultar los padre(s) o madre(s) sustituidos estará en una fase de incumplimiento.

1.2 A cargo de la parte sustituida el incumplimiento puede devenir por:

1.2.1 Incumplimiento del pago de la compensación

Esta obligación supone una prestación de dar en la que los padre(s) o madre(s) sustituidos entregan una suma de dinero con la finalidad de cubrir todos los gastos en los que haya incurrido la parte gestante por haber llevado a cabo el proceso de gestación y parto. El problema que puede surgir acá es ¿si la parte gestante puede resolver el contrato en el caso que los padre(s) o madre(s) sustituidos estén renuentes a pagar dichas sumas? Se considera que el único camino que tiene la parte gestante es el de pedir la ejecución forzada del contrato junto con la indemnización que genere de los daños y perjuicios ocasionados con el incumplimiento. Así mismo se razona que no es posible resolver el contrato por los derechos fundamentales, principios y valores que están en juego como se ha venido explicando a lo largo de este trabajo.

Ahora bien, cabe también preguntarse ¿si la parte gestante puede proponer excepción de contrato no cumplido en un proceso en el cual los padre(s) o madre(s) sustituidos pidan la entrega del bebé? La respuesta es no, fundamentado lo anterior en que el bebé no es una cosa que haga parte del contrato, la entrega del bebé va mas allá de la realidad contractual, en el

entendido que la entrega no se hace en razón al contrato mismo, sino que debe se hacer basado en que los hijos deben estar con sus padres, que antes que nada es un derecho previsto en la Constitución Política.

1.2.2 Renuencia a recibir el bebé

En el evento que los padre(s) o madre(s) sustituidos no quieran recibir a su hijo se considera que están faltando al contrato en cuanto sus obligaciones pero además violentando los derechos fundamentales del menor²²². De tal forma que la parte gestante tiene como herramienta en primer lugar pedir la ejecución forzada del contrato ante un juez civil para obligar a recibir a los niños, en segunda medida si hay violación de los derechos fundamentales del bebé producto de la gestación por sustitución pedir el restablecimiento de los derechos de los menores previstas en el Código de Infancia y Adolescencia²²³ en el entendido que la parte gestante no tiene que ser obligada a quedarse con el bebé y en ese sentido ante una renuencia puede entregarlo en adopción, idea que se piensa no es la apropiada toda vez que si las partes se comprometen en estos contratos deben hacerlo conscientes de que viene una criatura en camino.

²²² Constitución Política. Artículo 44; Código de Infancia y Adolescencia. Artículo 20.

²²³ Código de Infancia y Adolescencia. Artículos 50 y sgts.

2. INVALIDEZ

Además del incumplimiento se considera que es importante exponer sobre la invalidez en el contrato de gestación por sustitución. Dicha invalidez es entonces producida cuando hay nulidades, que están previstas de forma taxativa en el ordenamiento jurídico.

La invalidez se puede definir como aquella reacción negativa del ordenamiento jurídico que pone límite a los actos propios de la autonomía privada que dan lugar al nacimiento de un negocio jurídico, en el sentido que debe encuadrarse en el lleno de unos requisitos propuestos por el ordenamiento jurídico y unas normas imperativas o fundamentales, de tal forma que si no lo hace el ordenamiento jurídico no le otorga los efectos queridos por las partes²²⁴.

Según el Código Civil las nulidades pueden ser absolutas o relativas. Las primeras ocurren cuando hay un objeto ilícito, causa ilícita, omisión de un requisito o formalidad que atiende a la naturaleza misma del contrato y aquellos contratos celebrados por persona con incapacidad absoluta. Las segunda entonces son todas las demás que estén previstas en la ley y que no fueron mencionadas anteriormente²²⁵.

Es importante anotar que la nulidad debe ser declarada únicamente por un juez de la república y que dicha declaración tendrá como principal efecto la devolución de las cosas al estado sine qua non excepto cuando la nulidad tiene que ver con causa y objeto ilícito en el que la sanción del legislador es mas severa, al no contemplar la posibilidad de realizar restituciones.

²²⁴ HINESTROSA, FERNANDO. Ob. cit., 879.

²²⁵ Código Civil. Artículo 1741.

Ahora bien, el contrato de gestación por sustitución como cualquier contrato puede extinguirse por una declaratoria de nulidad, de lo cual es preciso interrogarse: ¿Qué pasaría con la criatura que viene en camino?

Se considera que al quedar sin efectos el contrato de gestación por sustitución la forma de determinar la filiación debe ser aquella prescrita por el Código Civil y Estatuto del Estado Civil de las personas de tal forma que será para la mujer la regla de *mater semper certa est* la que definirá la filiación y para el hombre será de acuerdo a la identidad biológica.

CONCLUSIONES

Una vez estudiado a profundidad la gestación por sustitución es preciso concluir lo siguiente:

- En primer lugar, la gestación por sustitución es un tema que no ha sido regulado en el ordenamiento jurídico colombiano, de tal manera que no ha habido una ley o jurisprudencia que se pronuncie al respecto, lo cual genera una indeterminación legal en el sentido que no se sabe si la realización de esta técnica, mediante un contrato es válida.
- En segundo lugar, la gestación por sustitución puede realizarse mediante el uso de dos técnicas, la primera es la intracorpórea, que se sirve de la inseminación artificial (IA), y en la cual obligatoriamente habrá identidad biológica entre la madre gestante y el bebé y la segunda es la extracorpórea, que se sirve de la fecundación in vitro (FIVTE), y en la cual no tiene que haber necesariamente identidad biológica entre la gestante y el bebé.
- En tercer lugar, se considera que, la celebración de un contrato de gestación por sustitución no trasgrede los presupuestos de validez denominados consentimiento y capacidad siempre que se cumpla con algunos requisitos tendientes a dar seguridad jurídica al contrato, así como también a la protección y garantía del interés superior de la criatura que viene en camino.
- En cuarto lugar, la gestación por sustitución no tiene un objeto y causa ilícita, principalmente en razón a que no violan ninguna norma del ordenamiento jurídico colombiano, pero además en el entendido que

desarrollan los principios de dignidad humana, libertad y solidaridad, el derecho a la familia y reproducción sexual y las disposiciones del Código Civil.

- En quinto lugar, se entiende que el contrato de gestación por sustitución válido en Colombia es el siguiente: Es aquel contrato bilateral, gratuito, conmutativo, principal, consensual y atípico, mediante el cual, una parte, denominada *gestante*, se obliga a realizar principalmente una prestación de hacer, que consiste en llevar a cabo la gestación y posterior parto de un bebé a cambio de que la otra parte, denominada *padre(s) o madre(s) sustituido(s)*, quien(es) deben tener la voluntad de ser padre(s) o madre(s), como también, imposibilidades naturales para llevar a cabo la gestación, realicen una prestación de dar, que consiste en cubrir los gastos propios del embarazo.
- En sexto lugar, se entiende que el objeto del contrato de gestación por sustitución, es decir la función practico-social es, por un lado, la de llevar a cabo la gestación y posterior parto del bebé y por otro lado, la del pago de una compensación.
- En séptimo lugar, es preciso referirse sobre las obligaciones que más suscitan debate, las cuales son las de filiación y entrega del bebé, mediante las cuales se evidenció la existencia de una antinomia entre el Código Civil y la Constitución Política, en el sentido que el primero concibe únicamente la procreación natural, en cambio, la segunda entiende que hay otras formas de procrear como aquellas artificiales, lo cual es sumamente importante a la hora de determinar la filiación.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

AGUILAR CAVALLO, GONZALO. “Principio de solidaridad y derecho privado: Comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional”, en: *Ius et praxis* No 14-2. Universidad de Talca, Talca, 2008.

ALARCÓN ROJAS, FERNANDO. “La maternidad por sustitución”, en *Revista Familia, Tecnología y Derecho*, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2002.

ALBARELLOS GONZÁLEZ, LAURA ADRIANA. *Bioética con trazos jurídicos*. Editorial Porrúa. México D.F., 2006.

BARROSO, LUIS ROBERTO. “La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo”, en *serie de teoría jurídica y filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

BIANCA, MASSIMO. *Derecho civil*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

BONILLA-MUSOLES, FERNANDO Y OTROS. *Reproducción asistida. Abordaje en la práctica clínica*, Editorial médica panamericana, Madrid, 2010.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Editorial ABC, Bogotá, 2004.

CAICOYA, MARTÍN. “Enfermedades hereditarias”, en *la provincia de las palmas*, Editorial prensa Ibérica, Barcelona, 1 de mayo de 2014.

CASTAÑEDA, ADALBERTO. “Los contratos atípicos en Colombia Joint Venture” en *Revista de Derecho*, N.º 11 Universidad del Norte, enero de 1999, Barranquilla,.

CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA. *Derecho de las obligaciones: tomo I*. Editorial Temis, Bogotá, 2009.

DELGADO SCHNEIDER, VERÓNICA PÍA. “*El principio de la protección legal de la vida y la salud del nasciturus y la acción popular en el modelo de Andrés Bello*” en Revista de derecho privado No. 12-13, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

ENNECCERUS, LUDWING. *Derecho civil. Parte general*. Bosch, Barcelona, 1947.

FAGES, BERTRAND. *Droit des obligations*. Lextenso éditions. París, 2017.

GABINO PINZÓN, JOSÉ. *Derecho comercial Volumen I cuestiones generales y quiebras*, Editorial Temis, Bogotá, 1957.

GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ DE CANCINO, EMILSEN. “Maternidad por encargo”, en *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, Universidad Externado de Colombia., Bogotá, 2014.

HERRERA, CARLOS MIGUEL. “Confines del constitucionalismo”, en: *Serie de teoría jurídica en filosofía y derecho No. 88*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico volumen I*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

- *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico volumen II*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

- LAFONT PIANETTA, PEDRO. *Manual de contratos. Panorama de la negociación y contratación contemporánea*, Librería ediciones del profesional Ltda., Bogotá, 2016.
- LAMM, ELEONORA. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.
- MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Derecho de familia infancia y adolescencia*, Editorial ABC, Bogotá, 2017.
- ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Manual de obligaciones*, Editorial Temis, Bogotá, 2013.
- PINZÓN MARÍN, INÉS, RUEDA BARRERA, EDUARDO Y MEJÍA PATIÑO, OMAR. “La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre”, en *Revista de derecho y genoma humano*, No.43, JULIO-DICIEMBRE 2015.
- PORTOCARRERO, JORGE. “Ponderación y discrecionalidad”, en: *Serie de teoría jurídica y filosófica del derecho No. 76*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”, en *la filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos de reproducción humana*. Trivium, Madrid.
- SANTAMARÍA SOLÍS, LUIS. “Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos” *Cuadernos de bioética*, No.1, Buenos Aires, 2000.
- SOTO LAMADRID, MIGUEL ÁNGEL. *Biogenética, filiación y delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.
- VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Editorial Comares, S.L, Granada, 2012.

VELÁSQUEZ JARAMILLO, LUIS GUILLERMO. *Bienes*, Editorial Temis, Bogotá, 2010.

DOCUMENTOS Y PÁGINAS ELECTRÓNICAS

Caso Baby-m; Modelo de contrato en EEUU Consultado en http://www.allaboutsurrogacy.com/sample_contracts/GScontract1.htm [19 de abril de 2018].

http://www.allaboutsurrogacy.com/sample_contracts/GScontract1.htm [19 de abril de 2018].

<http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/ppor-medio-del-cual-se-prohibe-la-practica-de-la-maternidad-subrogada-al-ser-una-categoria-de-trata-de-personas-y-explotacion-de-la-mujer-con-fines-reproductivos-prohibe-la-maternidad-subrogada/8306/> [15 de febrero de 2018].

<http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/ppor-medio-del-cual-se-prohibe-la-maternidad-subrogada-con-fines-lucrativos-y-se-crean-controles-para-prevenir-esta-practica-prohibe-la-maternidad-subrogada/9228/> [15 de febrero de 2018].

http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=202&p_consec=44027 [15 de febrero de 2018]

<http://www.votocatolico.co/2016/07/proyecto-de-ley-56-de-2016-senado.html> [15 de febrero de 2018].

<https://www.babygest.es/control-medico-de-la-gestante/#antes-del-embarazo> [20 de abril de 2018].

<https://www.reproduccionasistida.org/fecundacion-in-vitro-fiv/#definicion-de-la-fecundacion-in-vitro> [22 de diciembre de 2017].

<https://www.babygest.es/precio/#cuanto-cuesta-alquilar-un-vientre> [22 de septiembre de 2018].

<https://www.eugin.com.co/quedar-embarazada/solucion/resultados?resp=1-1-8-32&dgpella=1&dgpel=1> [22 de septiembre de 2018].

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Sentencias

- C-182 de 2016.
- C-683 de 2015.
- C-767 de 2014.
- C-577 de 2011.
- C-804 de 2009.
- C-355 de 2006.
- C-459 de 2004.
- C-814 de 2001.
- C-037 de 2000.
- C-221 de 1994.
- T-629 de 2010.
- T-968 de 2009.
- T-850 de 2002.
- T-881 de 2002.
- T-551 de 1999.
- T-629 de 1999.
- T-550 de 1994.
- T-493 de 1993.
- T-401 de 1992.

Corte Suprema de Justicia.

- Sala civil. Sentencia del 03 de octubre de 1939.
- Sala civil. Sentencia del 21 de noviembre de 1939.
- Sala civil. Sentencia del 17 de agosto 2016, radicado 2007-00606.

Corte Suprema de Nueva Jersey.

NORMATIVA

Assisted Human Reproduction Act (S.C. 2004, c. 2), Canada.

Código Civil.

Código de Comercio.

Código de Familia de Ucrania.

Código de Infancia y Adolescencia.

Código de la Federación de Rusia de 1995

Código Penal

Constitución Política

Decreto 2493 de 2004

Decreto 1172 de 1989

Decreto 2363 de 1986

Decreto 003 de 1982

Decreto 616 de 1981

Decreto 1260 de 1970

España. Ley de Reproducción Humana Asistida.

Ley 153 de 1887

Ley 721 de 2001.

Ley 73 de 1988

Ley 762 de 2002

Ley 9 de 1979

Ley 919 de 2004.

Proyecto de ley 202 de 2016. Gaceta del Congreso No. 317 de 2016.

Proyecto de ley 56 de 2016. Gaceta del Congreso No. 549 de 2016.

Rusia. Código de Familia de la Federación Rusa

Ucrania. Código de Familia Ucraniano.

750 Illinois compiled statutes §47/25.