

**Indagación en la figura de la maternidad subrogada respecto al incumplimiento de las obligaciones contractuales**

**Ameli Paola González Espitia**

**Trabajo de grado**

**Para optar por el título Abogada**

**Dirigido por:**

**María Constanza Ballesteros Moreno**

**Doctora en Derechos Humanos**

**Universidad Santo Tomás**

**Facultad de Derecho**

**Bogotá D.C**

**2020**

**Tabla de contenido**

Introducción	5
CAPÍTULO I. Análisis de las técnicas de reproducción asistida	10
1.1 Noción del término persona	10
1.2 Fundamento teórico de las técnicas de reproducción asistida	17
Delimitación conceptual	19
Marco histórico	20
-Elemento clasificatorio de las TRA	22
CAPÍTULO II	29
Análisis de la maternidad subrogada como modalidad de las técnicas de reproducción asistida	29
2.1 Noción del concepto de maternidad subrogada	29
CAPÍTULO III	43
Delimitación conceptual del término contrato	43
Análisis de requisitos validez y existencia en el contrato	48
Análisis del incumplimiento del contrato de alquiler de vientre respecto de los requisitos de validez y existencia del acto jurídico (objeto lícito y causa lícita)	51
Propuesta frente al incumplimiento contractual	61
Referencias bibliográficas	67

**Lista de Figuras**

Figura 1. Clases de Infertilidad	15
Figura 2 Periodos de evolución de las TRA	19
Figura 3. Clasificación de las TRA según su grado de complejidad	22
Figura 4. Técnicas de reproducción asistida de mediana complejidad	23
figura 5 Técnicas de reproducción asistida de alta complejidad	24
Figura 6. Diferencia entre Maternidad Subrogada y Alquiler de vientre	28
Figura 7. Legislaciones que prohíben o admiten la maternidad subrogada	38

**Glosario**

DIPI: Inseminación intraperitoneal directa

FIV: Fecundación in vitro

GIFT: Transferencia intratubárica de gametos

IA: Inseminación artificial

IAC: Inseminación artificial con el semen del cónyuge

IAD: Inseminación artificial con el semen de un donante

ICCSI: Inyección intracitoplasmática de espermatozoide

ICSI: Inyección intracitoplasmática de gametos

PROST: Transferencia de gametos en estado pro nuclear

TET: Transferencia del embrión a la trompa

TOT: Transferencia del ovocito a la trompa

TRA: técnicas de reproducción asistida

### **Introducción**

Las técnicas de reproducción asistida (TRA) son definidas como “un conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar o sustituir los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana” (Santamaría, L., 2000). Es por ello que este tipo de procedimiento es considerado esencial para el desarrollo y progreso del conglomerado social en el área de reproducción sexual humana, sin embargo, ¿Por qué razón categorizar su relevancia?, pues bien, la razón se fundamenta en que estas técnicas representan una modalidad novedosa originaria de ciencias biológicas, científicas y tecnológicas que dan solución a la dificultad que se exterioriza cuando no se logra la fecundación de manera natural por causas físicas o genéticas, sin embargo, no son exclusivamente dichas causas ya que pese a que la mujer puede llevar a cabo el proceso de gestación decide hacerlo por cuestiones estéticas.

En el proceso de aplicación de las TRA, intervienen dos tipos de sujetos: inicialmente se identifican las personas naturales como lo es la “madre subrogante”, quien es la mujer que lleva a cabo una gestación y posterior a su culminación deberá hacer la entrega del menor renunciando a sus derechos materno filiales a la parte contratante a quien se le denomina comitente. El “comitente” será quien encarga a la madre subrogante llevar a cabo un proceso de gestación.

También pueden aparecer en el proceso como “intervinientes” las clínicas de fertilidad o centros de reproducción humana concebidas como personas jurídicas con la función de dar indicaciones de fecundación o genéticas para el proceso de gestación si las partes previamente lo acuerdan.

Sin embargo, cabe aclarar que estas técnicas no son utilizadas exclusivamente por parejas homosexuales o heterosexuales debido a que también pueden acceder sin restricción alguna mujeres y hombres con estado civil soltero o casado, según lo afirma el medio informativo Babygest quien señala que “Las mujeres solteras, cuando no pueden lograr el embarazo por las técnicas de reproducción asistida convencionales, pueden ser madres por gestación subrogada. Se trata de un método reproductivo por el que otra mujer gestará a su bebé” (Brasch. J. & Salgado. S. 2019. p. 1).

La anterior afirmación, refleja la existencia de libertad contractual respecto de los sujetos que podrían acceder a las TRA ya que podrían ser principales o intervinientes, además de ello, no restringe a las personas por circunstancias ideológicas, sexuales, sociales o culturales; un ejemplo de ello son: estado civil, etnia, raza, color, patrimonial, consiguiendo así evitar cualquier tipo de discriminación, no obstante, esta regla estará sujeta a la normatividad vigente del Estado en donde se lleve a cabo la práctica específicamente en sus modalidades como se explicará en el segundo acápite.

Por otra parte, las TRA conciben diferentes modalidades de aplicación, una de ellas es la figura de la maternidad subrogada o también conocida como alquiler de vientre descrita trascendental por su continuo uso y se encuentra determinada por Macorra de la siguiente manera:

Esta técnica reproductiva se basa en la cesión voluntaria, por parte de una mujer, de su capacidad gestante para llevar a término el embarazo del hijo de una pareja u hombre soltero. Generalmente las parejas que desean iniciar este proceso son personas que han agotado todas las vías médicas para la consecución de una gestación y han resultado, ya

sea por problemas de salud o fertilidad, incapaces de conseguir el embarazo deseado.

También ocurre que recurren a esta técnica de reproducción asistida las parejas homosexuales de varones y hombres solteros que desean ser padres (Macorra, 2020, p. 1).

Sin embargo, la figura de la maternidad subrogada o también conocida culturalmente como alquiler de vientre ha generado una construcción social cada vez más altruista en razón de que la madre subrogada o clínica de fertilidad coadyuva a realizar un proceso de desarrollo personal que no puede realizarse por sí mismo por causas como la infertilidad, esterilidad o estética, pero este ánimo altruista podría verse afectado por el mercantilismo en la ejecución del contrato como se podrá visualizar en el capítulo tercero.

Luego de percibir como se ha desarrollado la modalidad de la maternidad subrogada o alquiler de vientre aplicando las diferentes TRA es evidente señalar la relevancia de esta práctica en la sociedad. Sin embargo, ¿Tiene reconocimiento normativo bajo el ordenamiento jurídico colombiano? La respuesta a ello es negativa debido a que en Colombia ha primado el silencio legislativo respecto al contenido obligacional, prohibiciones y a pesar de no encontrarse regulada la práctica si es legítima según el pronunciamiento de la Corte Constitucional T-968 de 2009. La ausencia de regulación normativa forja la inexistencia de seguridad jurídica para las partes inmersas en el contrato.

La maternidad subrogada o alquiler de vientre es una práctica que por su naturaleza da lugar a diversos cuestionamientos, uno de ellos ha sido seleccionado para ser abordado mediante el eje central de la presente investigación para con ello identificar la normatividad aplicable en

caso de que se celebre el contrato de maternidad subrogada o alquiler de vientre y se incumplan los acuerdos pactados por las partes obteniendo las posibilidades a favor para resolver el conflicto.

En concordancia con lo previamente mencionado, se plantea el siguiente problema jurídico ¿En caso de surgir un incumplimiento en el contrato de alquiler de vientre o maternidad subrogada sería viable acudir ante el ordenamiento jurídico colombiano teniendo en cuenta que no se encuentra expresamente regulado?

Dando respuesta provisionalmente a este cuestionamiento, se considera que en caso de presentarse una controversia contractual una posible forma de dar solución a este conflicto jurídico es analizar si el objeto del contrato cumple con los requisitos de existencia y validez para ser ejecutado en el ordenamiento jurídico colombiano para con ello obtener una solución analizando la normatividad vigente de manera conjunta. Este trabajo investigativo tiene por móvil desarrollar un planteamiento frente al contrato atípico de alquiler de vientre o maternidad subrogada en caso de presentarse un incumplimiento contractual debido a la necesidad normativa por los diversos cambios sociales, culturales y económicos han incrementado el uso de dicha práctica.

El contrato atípico de alquiler de vientre o maternidad subrogada podría incurrir en estipulaciones abusivas violentando la seguridad jurídica de las partes inmersas en el acuerdo, es por esta razón que por medio de este planteamiento jurídico se contribuye a la comunidad académica ya que se da una posible solución a dicha controversia.

Así mismo, el objetivo general de la presente investigación consiste en determinar si en una relación contractual atípica como el alquiler de vientre o maternidad subrogada cumple con los requisitos de validez y existencia de un contrato típico para ser ejecutada en Colombia.

Para ello se deben desarrollar los siguientes objetivos específicos:

1. Identificar la evolución histórica y constitucional del concepto de persona enfocando los derechos sexuales y reproductivos con el objeto de señalar las causas que generan la necesidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida (TRA) de las cuales se destacara su historia y clasificación.
2. Señalar la noción de maternidad subrogada y alquiler de vientre como modalidad de las diferentes técnicas de reproducción asistida (TRA) refiriendo su origen, concepción y su desarrollo en el derecho comparado para percibir el desarrollo legislativo de otros Estados que han señalado individualmente si aprueban o no dicha práctica en su territorio.
3. Revisar el contrato típico y atípico estrictamente en elementos conceptuales y esenciales de existencia y validez, para con ello, señalar si el contrato de maternidad subrogada o alquiler de vientre cumplen a cabalidad las exigencias para ejecutarse el acuerdo bajo los lineamientos previamente estipulados del ordenamiento jurídico colombiano. En caso de obtener una respuesta favorable, señalar cuales son las alternativas jurídicas existentes a las que podrían acudir las partes en caso de presentarse un incumplimiento contractual.

## **CAPÍTULO I. Análisis de las técnicas de reproducción asistida**

El presente capítulo tiene por finalidad desarrollar mediante una investigación teórica la noción de “persona” en su entorno social y normativo para con ello identificar los elementos constitucionales existentes que otorgan la facultad de ejercer derechos; principalmente los derechos sexuales y reproductivos.

De igual manera conocer el concepto, origen y clasificación de las técnicas de reproducción asistida (TRA) y señalar el contenido de las dificultades por las cuales se genera la práctica de la maternidad subrogada o alquiler de vientre genéticas, de infertilidad, estéticas (la mujer no desea quedar en embarazo, pero si tener un hijo propio) o la incapacidad de soportar las posibles consecuencias de la gestación (González & López. 2015, p. 8).

### ***1.1 Noción del término persona***

A través de los sucesivos conceptos, se pueden conocer diferentes ideas sobre el término persona, por ello, se indagará desde la concepción del derecho romano y desde el criterio de Santo Tomás, consideradas esenciales por su construcción social, religiosa y jurídica que forjan la posibilidad de realizar un equivalente en la actualidad normativa.

Se menciona en el derecho romano respecto del término “persona” en las institutas de Gayo:

Todo el derecho que usamos se refiere a las personas, o a las cosas, o a las acciones. En primer lugar, trataremos a las personas. De la Condición de los hombres: La primera división del

derecho de personas es esta: Todos los hombres o son libres o son esclavos (Alvarado Chacón, 2003, p .6).

Por otra parte, Santo Tomás indica: “el hombre es un ser en el que dos substancias incompletas: cuerpo y alma, se funden para formar una naturaleza completa y singular” (López, 2014, p. 1). Esta postura es un poco más filosófica cuando expresa que el alma y el cuerpo son la esencia del ser humano muestra una esfera humanística del ser, un poco opuesta, a la concepción anterior de Gayo en la medida que es posible describir cómo en la actualidad el ser humano pasó de ser considerado como un objeto a quien se le podría conceder su libertad o no, siendo ahora un ser libre, autónomo, social, reproductivo, con derechos humanos con exclusiva protección bajo la normatividad nacional e internacional, convenios internacionales entre otros.

Dicha afirmación se refleja en el ordenamiento jurídico Colombia específicamente desde la Constitución Política de Colombia cuando perpetra la siguiente mención:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (Constitución Política de Colombia, [C.P.], 1991, art.13).

En concordancia ideológica con la constitución se encuentra la Ley 84 (1873) la cual alude: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” (art.74), pero ¿En qué instante se otorga este amparo a las personas naturales? Pues bien, la respuesta es que “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre” (Ley 84, 1873, art. 90), desde ese preciso

momento, la persona adquiere su personalidad jurídica, según la Constitución Política de Colombia, (C.P., 1991, art. 14) Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica la cual implica el ejercicio de derechos y obligaciones.

Así mismo, la personalidad jurídica implica una serie de atributos inherentes al ser humano pues no se concibe en el presente estado de la evolución normativa un ser humano carente de la misma. Tales atributos según reiterada jurisprudencia de la corte constitucional son:

- a) La capacidad de goce; b) El patrimonio; c) El nombre; d) La nacionalidad; e) El domicilio; y, f) El estado civil, que corresponde sólo a las personas naturales.

(Sentencia C-044, 1998).

En virtud de los mencionados atributos, es pertinente distinguir la capacidad de goce y de ejercicio debido a que toda persona asume derechos humanos como lo son el derecho sexual y reproductivo, el cual genera un vínculo para acceder a las diferentes (TRA).

El reconocimiento constitucional de la personalidad jurídica ha generado notoriedad con cimiento en el ejercicio de derechos fundamentales como lo son: derecho a la vida, a la igualdad, derechos sexuales y reproductivos, a la no discriminación, libre desarrollo de la personalidad entre otros.

Para la presente investigación, se recalcó el significado de los derechos sexuales y reproductivos por guardar una intrínseca relación en la aplicación de las TRA, por ello:

Los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos son Derechos Humanos y su finalidad es garantizar que todas las personas puedan vivir libres de discriminación, riesgos, amenazas, coerciones y violencia en el campo de la sexualidad y la reproducción (Profamilia, 2020, p, 1)

Los derechos sexuales y reproductivos han sido de igual manera reconocido por la Corte constitucional quien alude:

La estructura de estas garantías se edifica sobre dos dimensiones. La primera, relacionada con la libertad, que supone la imposibilidad del estado y la sociedad de implantar restricciones injustificadas en contra de las determinaciones adoptadas por cada persona; y la segunda, prestacional, que implica la responsabilidad de adoptar medidas positivas para garantizar el goce efectivo de estos derechos (Sentencia SU- 096, 2018).

Ahora bien, el derecho sexual y reproductivo tiene conexidad con la salud reproductiva, la cual es definida como:

Un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo. La salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia (Galdos Silva, 2013, p. 457).

En virtud de lo anterior, las personas gozan del derecho sexual y reproductivo en el cual es indispensable tener una salud reproductiva física y mental estable en razón de otorgar un bienestar para el futuro nacidurus y para la correcta aplicación de las TRA.

Respecto a la salud sexual y reproductiva, se debe aludir:

Es un derecho del hombre y la mujer a obtener información de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el

derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos (Naciones Unidas, 1994, p. 1).

Cabe destacar que los derechos sexuales y reproductivos son esenciales para que las personas sean libres de elegir y ejercer su sexualidad sin sufrir ningún tipo de señalamiento o constreñimiento, de igual manera, con el derecho a la salud reproductiva implica dos aristas, la primera física y la segunda mental para un correcto desarrollo de la sexualidad. La aplicación de este derecho cobra importancia en el contrato de maternidad subrogada o alquiler de vientre, en el entendido que los padres, padre o madre y la madre sustituta deben ejercer sus derechos sexuales y reproductivos bajo el presupuesto de responsabilidad y autonomía; de igual forma, ocurre con la salud reproductiva, debido a que las partes inmersas en el acuerdo deben gozar de una estabilidad mental y física por bienestar propio y del futuro menor fruto de la gestación.

Ahora bien, la sociedad se conforma por grupos de la familia los cuales pueden ser compuestos por una o varias personas y debido a la transformación de las condiciones sociales y culturales en el paso del tiempo se ha creado una admisión a diferentes tipos de familias como lo son las familias unipersonales o las familias homosexuales, sin embargo, también existen otros tipo de composiciones en las familias como lo son: padres e hijos, madre e hijos o padre e hijos o hermanos- hermanos y diversos tipos de combinaciones con otros rangos de parientes como tíos, abuelos, primos y demás.

Respecto a la concepción familiar ha mencionado la constitución política de Colombia en pro de estar a la vanguardia de este tipo de innovaciones, por ello, protege el núcleo familiar en específico a los hijos de la siguiente forma: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él,

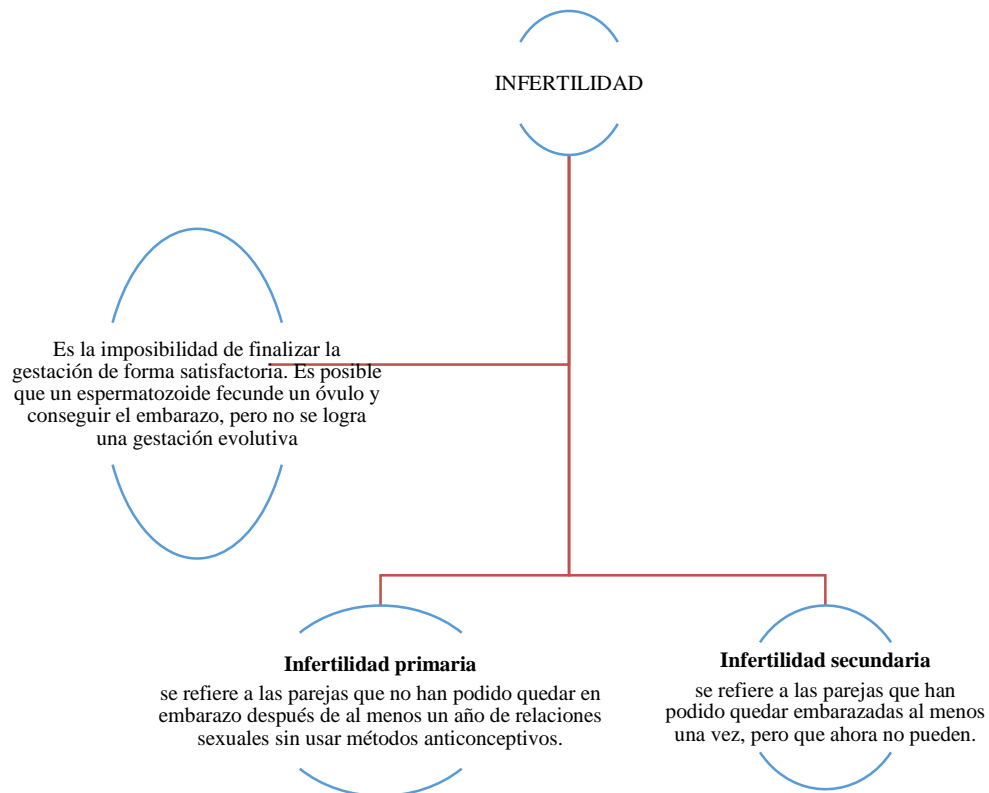
adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable” (C.P., 1991, art. 42).

Esta afirmación implica que la norma protege de manera uniforme la posibilidad de la procreación de los hijos ya sea por medio de asistencia científica o natural, debido a que fortalece el crecimiento de unidades familiares que contribuyen al desarrollo y constitución de la sociedad.

La procreación se encuentra estrictamente vinculada con el concepto de fertilidad:

“Todos los seres vivos tienden a perpetuarse a través de la procreación, esta cumple con la finalidad de dar continuidad a la especie. En el ser humano la relación sexual supone un medio de realización integral del hombre y la mujer a través de la convivencia, la participación de la sexualidad” (Junquera de Estéfani, 2013, p. 176). Otra concepción seleccionada es “La capacidad que puede tener cualquier ser vivo para producir descendencia” (Bembibre, 2012, p. 1). Al mismo tiempo se debe tener presente que la procreación resulta ser un procedimiento complejo por la pluralidad de obstáculos entre ellas la infertilidad y esterilidad. Para una explicación de dichos obstáculos se desarrolló el siguiente esquema de la infertilidad:

Figura 1. *Clases de Infertilidad*



*Fuentes:* Elaboración propia producida con los datos de Medline Plus (2020). *Infertilidad*. Medline Plus Información de salud para usted. <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001191.htm>. Planned Parenthood. (2020). *Infertilidad*. Planned Parenthood. <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/embarazo/infertilidad> Vita Medicina Productiva. (2020). *Diferencias entre infertilidad y esterilidad*. <http://www.vitafertilidad.com/blog/causas-infertilidad/diferencias-infertilidad-esterilidad.html>

Del presente esquema, es preciso apreciar cómo la infertilidad es una de las principales dificultades que impiden mantener y lograr un embarazo ya que este impedimento puede surgir en dos momentos; el primero, cuando se han mantenido relaciones sexuales por un periodo mínimo de un año y no se tiene ningún proceso de gestación y el segundo, cuando se alcanza el proceso de gestación y posteriormente no es posible repetir el mismo proceso en ningún tiempo.

Además, es pertinente aludir ¿cuál es el motivo para que se genere el impedimento de la infertilidad?, se ha mencionado que “en la mujer puede estar provocada por trastornos

hormonales, defectos en los ovarios, las trompas de Falopio o el útero mientras que en el hombre puede ser causada por una disfunción a nivel testicular, contaminación bacteriana del semen, por causas congénitas, por esterilidad inmunológica entre otras “(González Cruz & Morffi Collado, 2019, pp. 233-260). Mientras que en los hombres se da por “La baja producción de espermatozoides, a la función anormal de los espermatozoides o a las obstrucciones que evitan la liberación del espermatozoide” (Mayo Clinic, 2020, p. 1)

Ahora bien, en segundo lugar, se encuentra el segundo obstáculo clasificado como la esterilidad la cual es señalada como “la incapacidad para concebir después de tener relaciones sexuales habituales sin usar métodos anticonceptivos. Es decir, no se logra fecundar el óvulo. Se habla entonces de un problema de fertilidad” (Vita Medicina Productiva, 2020, p. 1).

Luego de conocer dos de los obstáculos para la procreación se debe enmarcar la diferencia entre infertilidad y esterilidad. La primera es la imposibilidad de finalizar la gestación de manera satisfactoria, mientras que la segunda es la incapacidad para concebir. Por esta razón las personas acuden a diferentes métodos de TRA buscando solucionar y superar dicha dificultad. Es necesario profundizar en las mencionadas técnicas por ello se ahondará bajo un fundamento teórico, histórico y de clasificación en la siguiente sección.

### ***1.2 Fundamento teórico de las técnicas de reproducción asistida***

Las técnicas de reproducción asistida son una invención bioética, biológica, tecnológica y científica que surge como alternativa para que las personas que presenten dificultades para quedar en embarazo por cuestiones genéticas de esterilidad o infertilidad puedan tener una

opción y efectuar su propósito adaptándose a los métodos que ofrecen las TRA. Sin embargo, esta no es la única alternativa que se ha presentado históricamente para tener una familia, debido a que la figura de la adopción ha gozado del mismo reconocimiento y como método altruista ha sido elegido obteniendo un reconocimiento social siendo una práctica reiterativa a nivel mundial.

Previamente se comentaba que la sociedad está compuesta por diversos grupos de familia, pero es válido cuestionarse cómo se define estrictamente la concepción de familia por ello se ha mencionado que es: “una agrupación elemental compuesta de individuos conexiados en virtud de una realidad sociológica de la que forman parte la unión sexual, el hecho de la procreación y de la descendencia de un progenitor común” (Carbonnier, 1961, p. 1). Sin embargo, debe hacerse claridad sobre la mencionada definición que tiene una visualización arcaica debido al cambio que tiene la misma en nuestra actualidad, por ello, se encuentra la siguiente definición sobre familia “es un grupo de personas que poseen un grado de parentesco y conviven como tal. Es la responsabilidad de la familia promover la educación y el buen comportamiento ante el medio social. Asimismo, educar a sus miembros bajo los valores morales y sociales, esenciales para el proceso de socialización del niño” (Imaginario, 2020, p. 1) por medio de esta concepción es viable afirma que tanto los derechos, valores morales y sociales, terminan siendo una pieza elemental para el correcto desarrollo de la unidad familiar siendo una postura más garantista que la expuesta del año 1961, por ello, de modo accesorio, es necesario conocer que la familia ha tenido una serie de transformaciones en su conformación debido a que han surgido nuevos tipos de familia. Un ejemplo de ello son las familias unipersonales las cuales “no tienen núcleo familiar y solo consta de una persona” (Eustat, 2020, p. 1).

Este tipo de transformaciones respecto de la conformación de las unidades familiares genera que las TRA “permitan cambios, a menudo radicales, en el esquema social y la aparición de nuevos modelos familiares (familias monoparentales, hijos en parejas homosexuales, hijos en edades avanzadas, nacimiento de niños con finalidad terapéutica sobre sus hermanos), suponen un impacto social “(Cabrera Valverde, 1997, p. 1). La razón de que se den estos cambios radicales es la importancia de las TRA en mostrar siempre una alternativa para las familias que por los motivos previamente mencionados no han podido procrear.

Esta opción ha sido estudiada por diversos autores, uno de ellos hace mención que las TRA en la unidad familiar “son un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana que se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia” (Baldilo et al., 2017.p. 16). Ahora bien, es necesario conocer estrictamente la fundamentación de las TRA, la cual se resolverá en la siguiente sección

### **Delimitación conceptual**

En primer lugar “La reproducción asistida es un conjunto de técnicas biomédicas que facilitan o sustituyen a los procesos naturales que se dan durante la reproducción” (Vita Medicina Productiva, 2020). Específicamente en términos un poco más biológicos se ha mencionado de igual manera que la reproducción asistida siempre implica un “Tratamiento que incluye la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye a la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia

intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocito y embriones, y el útero subrogado” (OMS, 2010, p. 10), la inseminación artificial como método principal. De la mencionada definición es posible apreciar el catálogo de opciones a elegir respecto de la metodología que podría implementar quienes desean acceder a estas técnicas generando que la limitación deje de ser exclusiva o reducida a una sola técnica.

### **Marco histórico**

En segundo lugar, es preciso generar la descripción originaria en TRA, para con ello lograr identificar el nacimiento de este tipo de prácticas y como ha favorecido su aplicación en seres vivos.

Para empezar, estas técnicas se usaron inicialmente en el siglo XV se intentaron aplicar en seres humanos sin tener ningún tipo de éxito, un ejemplo fue la inseminación artificial de Juana de Portugal con semen de Enrique IV de castilla. Posteriormente en el siglo XVIII el conocido alemán Ludwiy quien experimentó en animales como mamíferos y salmones teniendo éxito en los resultados ya que se dio la fecundación. Luego, en 1953 un estadounidense de apellido Sherman, obtuvo exitosamente embarazos con semen congelado. Además, en 1979 nace la inglesa Luisa Brown, el primer humano fruto de una fecundación artificial in vitro (Garzón, 2007).

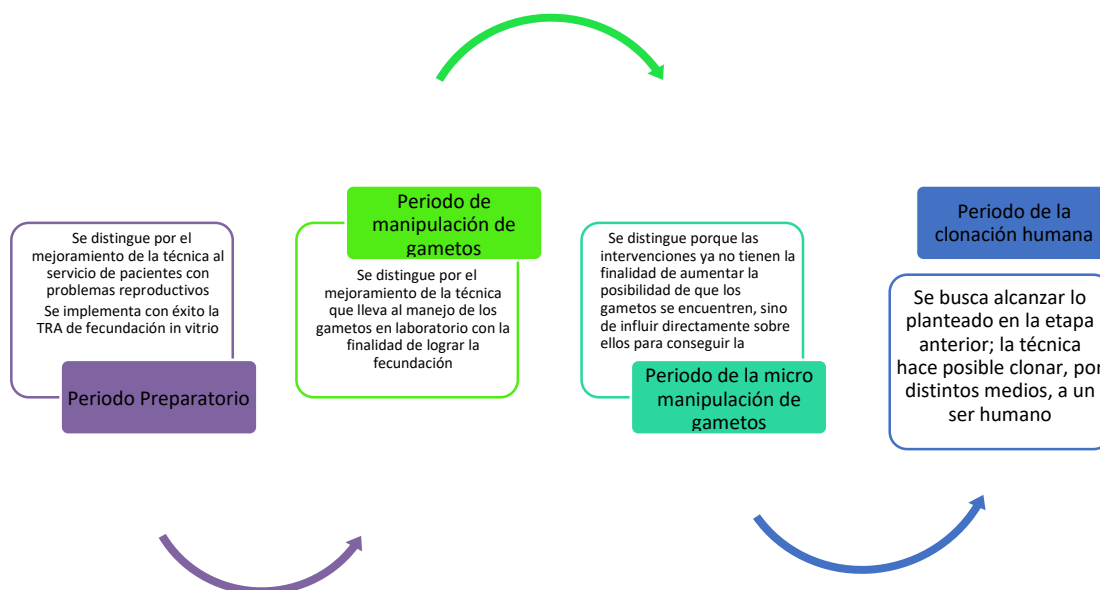
Sin embargo, estos no fueron los únicos momentos significativos en la historia debido a que se generó un desprendimiento de variantes en la fecundación in vitro que contribuyen al trance de la infertilidad. De igual manera en 1983 surgió la transferencia de ovocitos a la trompa

de Falopio y aunque no hay una fecundación extra corporal, se hace posible la concepción del embarazo gracias al manejo de los gametos humanos en el laboratorio quien fungía como un tercero (Álvarez Díaz, 2007, p. 297).

En 1984 se encontró el método de “transferencia de ambos gametos (ovocitos mezclados e incubados con espermatozoides capacitados) con la técnica GIFT, así mismo en 1987 surgió la variante de transferir el cigoto a la trompa y no un embrión al útero que” también dio buenos resultados para la procreación (Álvarez Díaz, 2007, p. 297).

Álvarez Señala 4 periodos en la historia de las TRA en donde se refleja el mejoramiento desarrollado en las mismas respecto a la manipulación de gametos y clonación humana como se aprecia en el siguiente esquema.

Figura 2 *Periodos de evolución de las TRA*



Fuente: Elaboración propia producida con los datos de Álvarez Díaz, J. (2007). Historia contemporánea: las técnicas complejas de reproducción asistida. Medigraphic. <https://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsmex/gom-2007/gom075i.pdf>

Es posible observar de la presente figura “la evolución de las diferentes TRA”, en primer lugar, encontramos la etapa preparatoria, la cual señala cómo estas técnicas generan una solución efectiva y exitosa para las personas que presentaban problemas en la reproducción. En segundo lugar, aparece el periodo de manipulación de gametos en donde se traslada la carga del proceso al laboratorio quien se encarga de fecundar los gametos, en tercer lugar, surge el periodo de la micro manipulación de gametos en donde se enfocan en los gametos para lograr la fecundación y por último se encuentra el periodo de clonación humana en la que se busca clonar a un ser humano por medio de las TRA.

Finalmente, las TRA han evolucionado con la finalidad de obtener la fecundación y dar vida usando los diferentes métodos, como la fecundación in vitro, la clonación humana, estimulación ovariá, la inseminación artificial entre otros.

Ahora bien, luego de haber revisado el concepto y la historia de las TRA es preciso señalar su clasificación.

### **-Elemento clasificadorio de las TRA**

En tercer lugar, es preciso desarrollar la clasificación de las TRA debido a que existen diferentes métodos que proponen una diversidad de procedimientos para obtener la reproducción asistida. Por otra parte, se ha mencionado que estas técnicas diariamente son usadas con resultados positivos, sin embargo, esta práctica ha tenido diversos tipos de controversias, algunos de ellos de carácter ético y moral, por ello Monroy afirma que “El uso de estas técnicas ha generado que se alerte sobre la mercantilización de cuerpo y la genética del hombre, pues la falta de límites legales a estas prácticas ha convertido a países en paraísos para las TRA

donde no existe limitante alguna, solo lo que la ética de las personas que intervienen en el proceso le quieran poner” (Monroy, 2013, p. 139). De la apreciación de Monroy se puede inferir como las TRA y su aplicación pueden recibir críticas por ser consideradas por algunas personas que se comercializa o se mercantiliza el cuerpo ya que no existe un estándar generalizado en temas de moral y ética a nivel mundial debido a que cada Estado contiene varias formas culturales, sociológicas, antropológicas, éticas y morales que permiten ver este tipo de procedimientos con posturas en contra y a favor.

Por otra parte, retomando la clasificación de las TRA se debe mencionar que su división se da atendiendo a dos principales métodos: la inseminación artificial (IA) y la fecundación In Vitro (FIV). En la inseminación artificial, “se trata de tomar el semen e introducirlo en el interior de la mujer favoreciendo la fecundación” y en la Fecundación In Vitro consiste en “tomar los gametos masculinos y femeninos aisladamente, procediendo con posterioridad a realizar la fecundación en el laboratorio para la ulterior transferencia del útero del ovocito fecundado” (Junquera de Estéfani, 2013, p. 188)

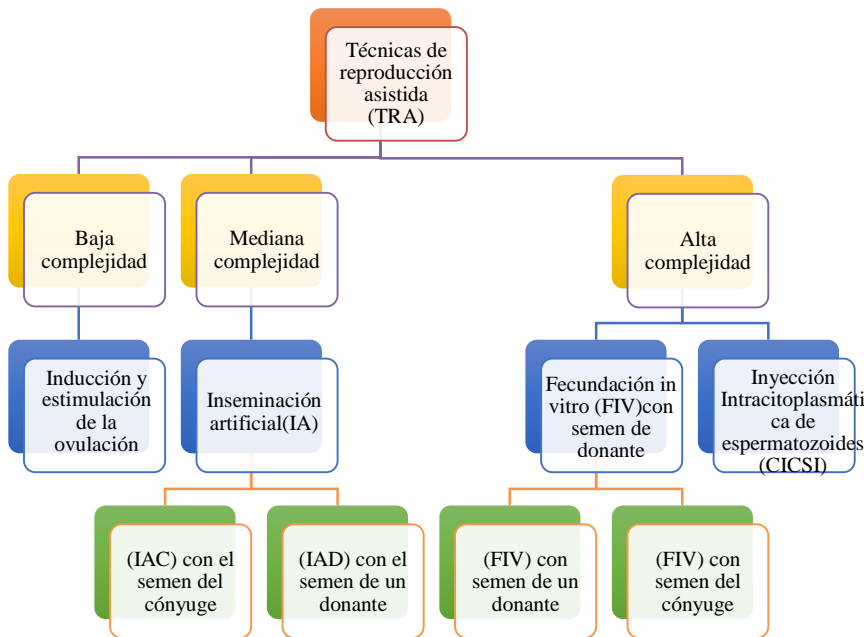
Sin embargo, esta no es la única forma para distinguir los diferentes métodos de TRA, debido a que se pueden catalogar por su grado de complejidad el cual puede ser bajo, mediano o alto, según la técnica que se implemente. Para poder comprender dicha clasificación de las técnicas, se elaboró la presente figura en donde se refleja el contenido de cada tipo de TRA, según su grado de complejidad.

Es necesario señalar de la técnica de baja complejidad catalogada como “Inducción y estimulación de la ovulación” se desarrolla por medio de “un tratamiento médico cuyo objetivo es conseguir una óptima maduración de uno o varios óvulos y es aconsejado en todas aquellas

mujeres que presentan alteraciones de la ovulación por trastornos menstruales como la amenorrea (ausencia de regla)” (Dexeus Mujer, 2020, p. 1)

Teniendo en cuenta que este tratamiento contribuye a la fecundación se deben señalar cuales son los requisitos previos para realizar una inducción de la ovulación y son: “La exploración ginecológica, realizar un estudio complementario para descartar cualquier patología asociada que dificulte o impida el embarazo”, para poder tener éxito en este procedimiento “es necesario realizar más de un ciclo para conseguir el embarazo” (Dexeus Mujer, 2020, p. 1)

Figura 3. Clasificación de las TRA según su grado de complejidad

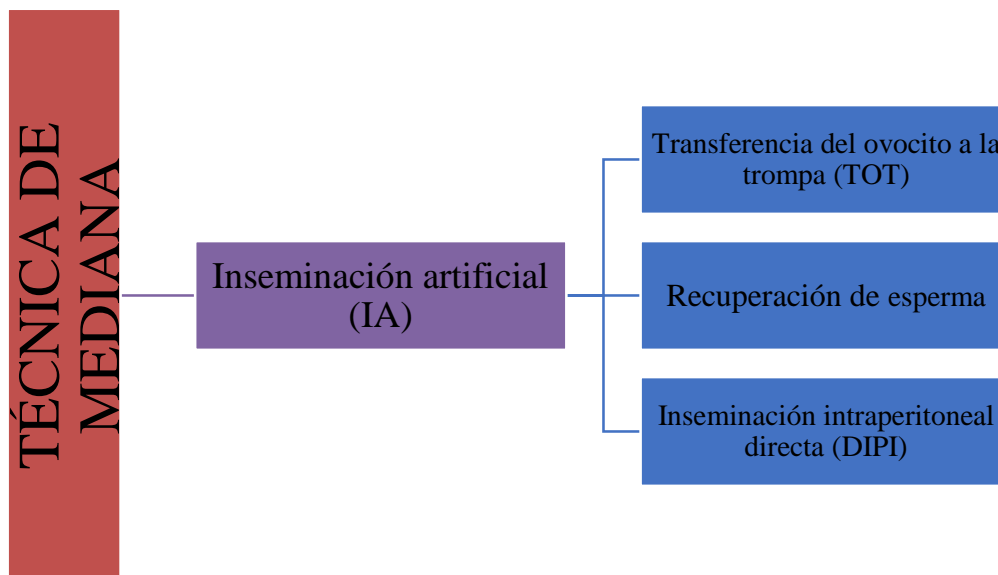


Fuente: Elaboración propia producida con los datos de Álvarez Díaz, J. (2007). Historia contemporánea: las técnicas complejas de reproducción asistida. Medigraphic. <https://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsmex/gom-2007/gom075i.pdf>

Del presente esquema, es pertinente comprender que las TRA tienen un grado de complejidad específico. Previamente se expuso las técnicas de baja complejidad, ahora se analizarán las técnicas de mediana complejidad y posteriormente las de alta complejidad.

Las técnicas de mediana complejidad, como la inseminación artificial han sido determinadas como “el procedimiento que tiene como fin depositar el semen en el aparato genital femenino para facilitar el encuentro entre los espermatozoides y el ovocito sin que exista contacto sexual” (Buxareas & Coroleu, 2009). Esta técnica tiene dos posibilidades en su progreso, bien sea con el semen del cónyuge o con el semen de un donante. Sin embargo, se han desarrollado técnicas adicionales que contribuyen a la (IA), las cuales se reflejaran en el siguiente esquema.

Figura 4. Técnicas de reproducción asistida de mediana complejidad

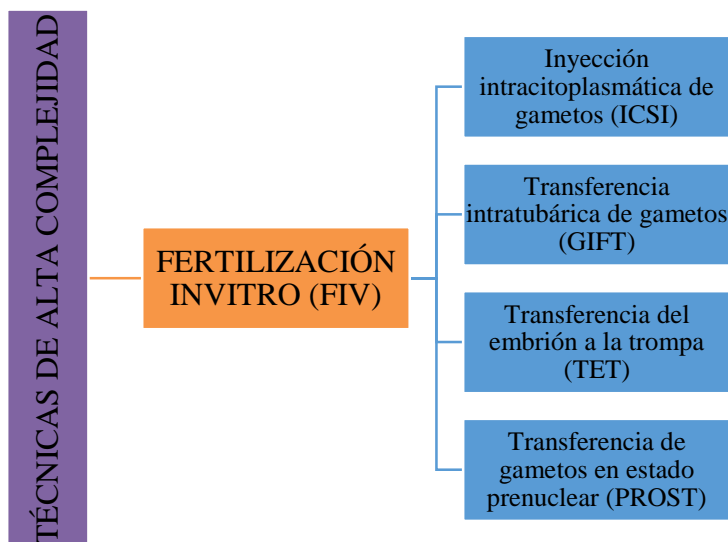


Fuente: Elaboración propia producida con los datos de Junquera de Estéfani, R. (2013). *La reproducción médica asistida un estudio desde el derecho y la moral*. Reproducción Médicamente Asistida, ¿Qué Es? (Pág. 176). Universidad Nacional de Educación a Distancia

Por otra parte, en las técnicas de alta complejidad encontramos la fecundación in vitro (FIV) la cual consiste en “Unir el óvulo con los espermatozoides en el laboratorio para facilitar que éste sea fecundado y así producir un embrión, que posteriormente será transferido al útero materno” pero para desarrollar este proceso y llevar a cabo con éxito se deben cumplir las siguientes fases: “estimulación del ovario con fármacos, extracción de los óvulos mediante una punción que se realiza a través de la vagina y bajo sedación superficial, fecundación de los óvulos en el laboratorio, desarrollo de los embriones en incubadoras y transferencia del embrión dentro del útero” (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, 2011, p. 1).

Esta técnica ha evolucionado y generó nuevas formas de aplicación las cuales se reflejan en el siguiente esquema.

figura 5 Técnicas de reproducción asistida de alta complejidad



Fuente: Elaboración propia producida con los datos de Junquera de Estéfani, R. (2013). *La reproducción médica asistida un estudio desde el derecho y la moral*. Reproducción Médicamente Asistida, ¿Qué Es? (Pág. 176). Universidad Nacional de Educación a Distancia

La figura de técnicas de reproducción asistida de alta complejidad y demás figuras previamente exhibidas evidencian la importancia, desarrollo científico y social debido a que la implementación de esta práctica se ha incrementado actualmente en la sociedad. Es por esta razón que se han generado diversos grados de aplicación los cuales se clasifican según su grado de complejidad usando técnicas como la estimulación a la ovulación, la inseminación artificial o fecundación in vitro que otorgan una pluralidad de opciones para quienes desean realizar la procreación por este medio.

De igual manera, las TRA tienen una postura desde la concepción religiosa en donde es necesario hacer una precisión respecto de que el ser humano es concebido según el Derecho Canónico específicamente en la religión católica como un “don divino que proviene del matrimonio y es por ello que los esposos serán el instrumento para la procreación. (Moreno Díaz, 2016, p. 65)

Esta procreación genera a los hijos derechos hacia sus padres en su nacimiento a lo que bajo la normatividad colombiana es conocido como filiación. (Moreno Díaz, 2016, p. 65)

“Es una realidad que parejas que han celebrado el sacramento del matrimonio, ante el hecho de presentarse impotencia generandi en alguno de los cónyuges, han acudido a las Técnicas de Reproducción Humano Asistidas, y hoy día tienen hijos gracias a estas técnicas todo lo cual queda en el fuero interno relativo a la intención y el deber moral de los mismos” (Moreno Díaz, 2016, p. 65)

Esta concepción religiosa en donde se aplican las TRA muestra como la procreación proviene según el Derecho canónico del matrimonio en donde intervienen las obligaciones personalísimas del mismo.

Ahora bien, luego de señalar las diferentes clasificaciones que se pueden dar en las técnicas de reproducción es necesario señalar en el siguiente acápite como se desarrolla la modalidad de la maternidad subrogada o alquiler de vientre en la cual se recurre a dichas técnicas

## CAPÍTULO II

En el presente acápite se analizará cómo se desarrolla el concepto de “Maternidad Subrogada” por medio de una investigación teórica que refleje el funcionamiento de esta modalidad de técnica de reproducción asistida en otros países. Para ello, se emplea la figura jurídica del derecho comparado en países como Uruguay, España y Estado de California (Estados Unidos) en donde se observará el desarrollo legislativo frente a dicha materia, señalando la admisión o prohibición de dicha práctica.

De manera especial, se analizará en el Estado de California (Estados Unidos) debido a que su legislación goza de un carácter especial por su desarrollo en cada Estado reflejando autonomía legislativa en sus normas de maternidad subrogada. Sin embargo, este análisis se debe desarrollar de la misma manera en el orden nacional para con ello poder evidenciar cómo se maneja la maternidad subrogada en nuestro país.

Además de realizar la concepción de la maternidad subrogada o alquiler de vientre por medio de la figura jurídica del derecho comparado debemos analizar y conocer específicamente la diferencia entre los términos maternidad subrogada y alquiler de vientre para concebir el motivo de su clasificación.

### **Análisis de la maternidad subrogada como modalidad de las técnicas de reproducción asistida**

#### ***2.1 Noción del concepto de maternidad subrogada***

En primer lugar, es preciso señalar la siguiente enunciación de maternidad subrogada, la cual según Lamm, describe esta modalidad como:

Una aplicación en la técnica de la inseminación artificial resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño (Lamm, 2013, p. 22)

De la presente definición es posible observar una postura bastante tradicional y antigua en la cual solo se concebía viable desarrollar el procedimiento de la maternidad subrogada o también conocida alquiler de vientre por medio de un contrato en donde una de las partes era un hombre casado, en contraposición de la realidad social actual teniendo en cuenta que actualmente, la parte contratante no necesariamente debe tener por estado civil casado. Sin embargo, cabe resaltar que esta modalidad ha sufrido transformaciones respecto de la causa originaria para acudir a ella, porque no siempre será por causas como la esterilidad o infertilidad si no por decisión autónoma de la persona que inicia la relación contractual.

No obstante, la maternidad subrogada actualmente goza de una transición respecto de su definición, por ello Macora menciona

Esta técnica reproductiva se basa en la cesión voluntaria, por parte de una mujer, de su capacidad gestante para llevar a término el embarazo del hijo de una pareja u hombre soltero. Generalmente las parejas que desean iniciar este proceso son personas que han agotado todas las vías médicas para la consecución de una gestación y han resultado, ya sea por problemas de salud o fertilidad, incapaces de conseguir el embarazo deseado.

También ocurre que recurren a esta técnica de reproducción asistida las parejas homosexuales de varones y hombres solteros que desean ser padres (Macorra, 2020, p. 1).

Es necesario describir cómo se ha transformado la definición desde el punto de vista de quienes acuden a este procedimiento debido que actualmente se concibe que puedan ser parejas homosexuales, hombres y mujeres solteras, mujeres por su avanzada edad o por estética, por infertilidad que suele ser una de las principales causas. Todas estas personas por diferentes causas pueden acceder a las TRA y alquiler de vientre, claro está dependiendo de las condiciones legislativas en donde se lleve a cabo el procedimiento de reproducción asistida bajo el entendido que hay diferentes legislaciones que permiten en su territorio la práctica de esta modalidad bajo condiciones exclusivas de infertilidad o de parejas heterosexuales.

Además de ello, vital hacer el reconocimiento de las partes interviene en esta práctica de maternidad subrogada en donde, se les denomina según la doctrina como “madre subrogante” (quien lleva a cabo una gestación para posterior al nacimiento hacer la entrega del menor al comitente renunciando a sus derechos) y “comitente” (quien encarga a la madre subrogante llevar a cabo un embarazo).

Un ejemplo actual del uso de la práctica de maternidad subrogada se da en Colombia y es el caso de James Rodríguez quien optó por tener su segundo hijo por medio de esta modalidad y su pareja no es ni infértil, ni estéril, su causa fue estética ya que su pareja decidió no llevar a cabo la gestación por temas estéticos y aun así decidieron acudir a la misma modalidad para la procreación de su hijo como lo afirma el Tiempo quien documentó la noticia de dicho nacimiento “FUTBOLRED consultó a fuentes allegadas al jugador, las cuales explicaron que el futbolista acudió al método de gestación subrogada” (El Tiempo, 2019, p. 1).

Ahora bien, es preciso resaltar que, mediante el desarrollo del presente escrito, se ha referido a la maternidad subrogada con diversos términos como alquiler de vientre o gestación subrogada, por ello se debe enmarcar la diferencia entre algunos de los principales términos para con ello poder emplearlos de una manera adecuada.

Figura 6. Diferencia entre Maternidad Subrogada y Alquiler de vientre

 <p><b>Maternidad Subrogada</b></p> <p>Es la práctica llevada a cabo por una mujer, donde cede su vientre para gestar un bebé a una persona o pareja que por diversas condiciones no pueden tener hijos. Está podrá ser:</p> <p>a) Subrogación altruista: sin motivación económica pero que sí debe incluir una compensación en base a gastos médicos derivados de la gestación.</p> <p>b) Subrogación comercial: sí existe una base económica que motiva su ejecución.</p>	 <p><b>Alquiler de Vientre</b></p> <p>El alquiler de vientre es un término que en la mayoría de los casos es incorrecto. Un término erróneo considerado por muchos como ofensivo y vulgar.</p> <p>En primer lugar, porque se dice que la palabra "alquilar" categoriza a la mujer como una "cosa" u objeto cuyas partes (vientre) se pueden comprar.</p> <p>Mientras la gestación se haga con propósitos benéficos, son erróneos los términos como renta de útero, renta de vientre o matriz, útero de alquiler, alquiler de vientres, madre de alquiler, arrendamiento de vientre, embarazo de alquiler.</p>	 <p><b>¿Cuál es la diferencia entre maternidad subrogada y alquiler de vientre?</b></p> <p>La principal diferencia entre estas dos palabras relacionadas con el embarazo es el empleo del término, ya que ambas se refieren a utilizar una tercera persona para gestar un bebé. Si existe compensación económica es más habitual utilizar el término vientre de alquiler. En cambio, si no existe compensación es más correcto utilizar el término gestación subrogada.</p>
--	--	---

Fuente: elaboración propia con base en las siguientes fuentes Freepik Company. (19 de octubre 2020). *Pila de monedas y bolsa de dinero*. Freepik Company. <https://www.freepik.es/vector-premium/pilas-monedas-bolsa-dinero-3511289.htm>. Araya, H. (2019). *¿Qué es la maternidad subrogada?* About español. <https://www.aboutespanol.com/que-es-la-maternidad-subrogada-1176895>. Macorra, B. (2020). *Gestación subrogada o vientre de alquiler: en qué consiste*. Ser padre.

Del anterior esquema, es viable demostrar la diferencia respecto de la terminología “Maternidad Subrogada” con la terminología de “Alquiler de Vientre” ya que la primera, se refiere cuando se lleva a cabo esta práctica sin ningún tipo de remuneración económica, salvo los gastos médicos de la madre gestante y todo lo que atañe a su salud física y mental, a diferencia del término de “alquiler de vientre”, el cual es considerado un término un poco más impetuoso, en el sí existe una remuneración económica para llevar a cabo la gestación.

Ahora bien, teniendo presente la aludida diferencia, en segundo lugar, es adecuado abordar la historia originaria de la maternidad subrogada para lograr comprender la necesidad que dio el origen a esta práctica, por ello, a continuación, se citarán tres momentos decisivos en la historia.

Inicialmente, el escenario se presenta aproximadamente hace dos mil años (2000) A.C en la tierra árida de Canaán en donde se conoció a la primera madre de alquiler de vientre Sarai, la esposa de Abram era infértil y le ofreció a su marido la esclava Agar para que le gestara un hijo (Rubio Sanchis, 2012, p. 18)

Posteriormente, se desarrolla en Mesopotamia en 1948 se encontraron unas tablillas en el yacimiento de Kültepe-Kanesh, las cuales contenían “un contrato matrimonial, el cual estipulaba que el marido tiene la opción de recurrir a una prostituta sagrada (una hieródula) o a una esclava en caso de que su esposa legítima no le pudiera dar descendencia. El bebé se convierte entonces en el legítimo heredero y la mujer gestante recibe una importante donación o la libertad” (Rubio Sanchis, 2012, p. 19).

Así mismo, ocurre en 1976 en Michigan, Estados Unidos en donde se involucró la inseminación artificial que fue documentado ocurrió en 1976, a través de Noel Keane, un abogado

quien creó la Surrogate Family Service Inc. para ayudar a parejas con dificultades para concebir facilitando el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para la subrogación (Camacho, 2009, p. 1).

De las anteriores citas se puede inferir como desde sus orígenes, se concibe a la maternidad subrogada o el alquiler de vientre como una opción viable ante la causa obstructiva de la infertilidad o esterilidad en la mujer o el hombre. Ahora bien, luego de señalar el origen de dicha práctica es necesario continuar con un análisis fundamentado en el derecho comparado identificando el desarrollo de la misma en otros Estados.

En tercer lugar, es pertinente describir el pronunciamiento que ha tenido la jurisprudencia y doctrina en Colombia, para con ello conseguir corroborar el avance que ha tenido respecto de otros países en la materia. Posteriormente se ahondará respecto de los diversos pronunciamientos legislativos generados en legislaciones como Uruguay, España y Estado de California (Estados Unidos) respecto de la prohibición o regulación de la práctica de la maternidad subrogada.

Ahora bien, para iniciar la descripción legislativa para el **orden nacional** se da por medio del pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia de tutela T - 968/09 indicando que “En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos” (Sentencia T-968, 2009). Esto implica que los acuerdos y/o negocios jurídicos que se celebren sobre la maternidad subrogada gozarán de plena validez pese a no encontrarse expresa su regulación”, como se podrá corroborar en el tercer capítulo.

De hecho, en la Constitución política de Colombia (C.P., 1991, art. 42 n° 6) se halla otro argumento a favor de la validez y legitimidad de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico por ello indica “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes” (Sentencia T-968, 2009).

El pronunciamiento constitucional T-968 de 2009 demuestra como en el ordenamiento jurídico colombiano asimila de manera positiva la práctica y/o ejercicio de la maternidad subrogada en Colombia, sin embargo, argumenta que el objetivo de este procedimiento sea por una cuestión altruista y no lucrativa debido a que se contraría con la normatividad vigente y los derechos humanos de las partes inmersas y el menor por nacer (Sentencia T-968, 2009).

Esto implica que la práctica tiene un reconocimiento factible en el instante de observar desde una concepción a favor de la formación de núcleos familiares, sin embargo, si bien da por válida la práctica, así mismo menciona que no se quiere transformar esta práctica en un acto comercial consecutivo por las razones que se expondrán en el acápite tercero en el cual se describirá el pronunciamiento que ha tenido la jurisprudencia y doctrina Colombiana para con ello conseguir corroborar el avance que ha tenido respecto de otros países en la materia. .

Así mismo, luego de conocer el pronunciamiento legislativo de la Corte constitucional es pertinente mencionar como se ha desarrollado la maternidad subrogada en otros países, por ello se desarrollará la siguiente descripción legislativa para el **orden internacional**.

Inicialmente para el correspondiente análisis en el orden internacional se encuentra el Estado de **Uruguay** quien por medio de la Ley 19.167 la cual regula las técnicas de reproducción asistida menciona respecto de la gestación subrogada en el artículo 25.

“Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero” (Ley 19.167, 2013, art. 25)

Esto involucra que la legislación de Uruguay niega en su práctica de la maternidad subrogada cuando se desarrolla de manera altruista o gratuita y de igual manera si se realiza de manera comercial u onerosa, es decir, que esta legislación no promueve que este proceso se realice por causas voluntarias sino obligatorias.

Se debe aclarar que este procedimiento si se puede realizar, pero existe una condición y es que sea para las personas que tengan problemas de fertilidad quienes podrán acudir a la maternidad subrogada, sin embargo, no podrá ser cualquier mujer, se exige que “la mujer gestante tenga vínculo familiar directo hasta el 2º grado de consanguinidad con la futura madre o su pareja” (Rojas Pascual, 2017, p. 1).

La mencionada ley exhibe las consecuencias de hacer caso omiso al artículo 25 y celebrar acuerdos de manera onerosa o gratuita sin demostrar la causa válida, dicha consecuencia recae sobre “la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación” según lo mencionado en su artículo 27 (Ley 19.167, 2013, art. 25).

No obstante, esta no ha sido la única regulación en dicha materia debido a que es la misma Ley 19.167 dio nacimiento a “La comisión honoraria de reproducción humana asistida” constituida mediante los artículos nº 29 al nº 31 y se encuentra a cargo del ministerio de Salud pública. La comisión se encuentra integrada por profesionales en medicina, en Derecho, usuarios y representantes de la Sociedad Uruguaya. De igual manera, esta entidad tiene como función asesorar al Ministerio de salud de Uruguay respecto de las técnicas de reproducción asistida y promover normas para la implementación de la reproducción asistida en la sociedad.

Cabe resaltar la importancia del avance legislativo que ha tenido Uruguay en materia de las técnicas de reproducción asistida entre ellas la maternidad subrogada o como bien la mencionan “Gestación subrogada” debido a que su regulación somete esta práctica a una determinada condición y además de ello tiene como método de investigación en las TRA a la Comisión honoraria de reproducción asistida la cual apoya al Estado para la aplicación de estas técnicas en sus habitantes con el mayor beneficio para ellos.

Luego de conocer el desarrollo legislativo en Uruguay, es necesario conocer cómo se desarrolla la técnica de maternidad subrogada en **la legislación de España**, la cual ha tenido su correspondiente pronunciamiento legislativo por medio de la ley 14 de 2006.

La presente ley regula la temática de las técnicas de reproducción asistida y surge en la década de los años 70 por ser una solución al problema de esterilidad o infertilidad a un gran número de parejas que sentían obstruido su deseo de procrear debido a esta patología.

Ahora bien, la postura de la ley frente a la práctica de la maternidad subrogada se encuentra en el artículo 10. “Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que

se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. (Ley 14, 2016). Es decir que la legislación española prohíbe de manera absoluta la práctica de la maternidad subrogada u alquiler de vientre por cuanto cualquier tipo de acuerdo será nulo. En caso de que se ejecutara dicha práctica en contra de la prohibición expresa de la ley, aquellos contratantes asumirán que la filiación del menor será determinada exclusivamente por el parto. Esta consecuencia quienes incumplen la ley es también estipulada por la legislación de Uruguay.

Sin embargo, ¿Qué sucede en el caso que el contrato pese a estar viciado de nulidad, se celebre y ocurra un incumplimiento? Pues bien, Lamm nos otorga la siguiente respuesta:

La mujer gestante no asume ninguna obligación de entregar al nacido tras el parto, ni de indemnizar al comitente en caso de incumplimiento, aunque se le hayan entregado determinadas cantidades por razón de la gestación. La norma adopta una postura contraria a la gestación por sustitución, y procura, a través de la nulidad, que estos acuerdos no se celebren (Lamm, 2013, p. 72).

Es pertinente rescatar del argumento de Lamm, que el comitente será la persona(s) que solicitan se lleve a cabo el embarazo a una mujer, quienes según la legislación española no gozan de ningún tipo de seguridad jurídica frente a este tipo de contratos, debido a que desde la ley su efecto será totalmente nulo y la madre subrogada no tiene ningún tipo de responsabilidad frente al comitente. Entonces es posible inferir frente a la legislación española que no es posible llevar a cabo dicha práctica por encontrarse prohibida

Ahora bien, a diferencia de la concepción dada por la legislación de Uruguay y España, encontramos **la legislación de Estados Unidos**, la cual juega un papel diferente.

Estados Unidos, tiene por su división geográfica la clasificación de su país por Estados independientes de los cuales cada uno de ellos goza autonomía para legislar de manera independiente en cada uno de sus espacios territoriales.

En materia de la practicas de maternidad subrogada y alquiler de vientre es posible afirmar que Estados Unidos es uno de los destinos más elegidos para realizar el procedimiento de gestación subrogada. Su legislación como bien ya se mencionó no es general sino por el contrario particular en cada uno de los Estados. Por ello, este país goza de la siguiente clasificación:

- a) **Estados que admiten la práctica de la maternidad subrogada:** nevada, california, Texas Arkansas, Illinois, New jersey, Virginia, florida, Tennessee y Washington. Debemos tener presente que cada uno de estos Estados tiene su legislación y no tiene condiciones respecto del comitente ya que puede ser una pareja heterosexual, homosexual, mujeres o hombres solteros. Es decir que es admisible cualquier modelo de Familia. Sin embargo, es la gestante quien elige a los futuros padres quienes podrán aceptarla o rechazarla.
- b) **Estados que no tienen ley expresa se muestran a favor de la práctica (Subrogacy Friendly):** Alaska, Colorado, Minnesota, Nuevo México, Montana, Rhode Island, Georgia, Dakota del norte.
- c) **Estados que prohíben la práctica de la maternidad subrogada y alquiler de vientre:** Arizona, Michigan y Nueva york consideran dicha práctica como un delito penal y otros Estados como Indiana, Kansas, Louisiana o Nebraska contemplan nulo el acuerdo de gestación subrogada entre los futuros padres y la madre gestante debido a que como el

contrato no es legalmente válido, si el acuerdo se celebrará pese a las estipulaciones prohibitorias este tendrá como consecuencia que la gestante será considerada la madre legal por haber dado a luz, es decir, se le atribuirá filiación del menor (Álvarez & Trolice. 2019, p. 1)

Ahora bien, luego de conocer cómo se aplica la modalidad de la maternidad subrogada o alquiler de vientre en Estados Unidos, se realizará un estricto enfoque en el Estado de California por considerar que su legislación se encuentra en progreso a diferencia de otros ordenamientos jurídicos por cuanto admiten la realización de dicha práctica en el entendido que gozan de validez los negocios jurídicos que se generen a través de ella. Además de ello, se debe tramitar la correspondiente solicitud ante el tribunal para que se establezca la relación de filiación entre padres e hijo. Sin embargo, esta no es la única ocasión en la cual se acude ante el tribunal, ya que de igual manera para poder revocar el acuerdo desarrollado en el contrato se debe acudir ante el tribunal. (California Legislative Information, 2020).

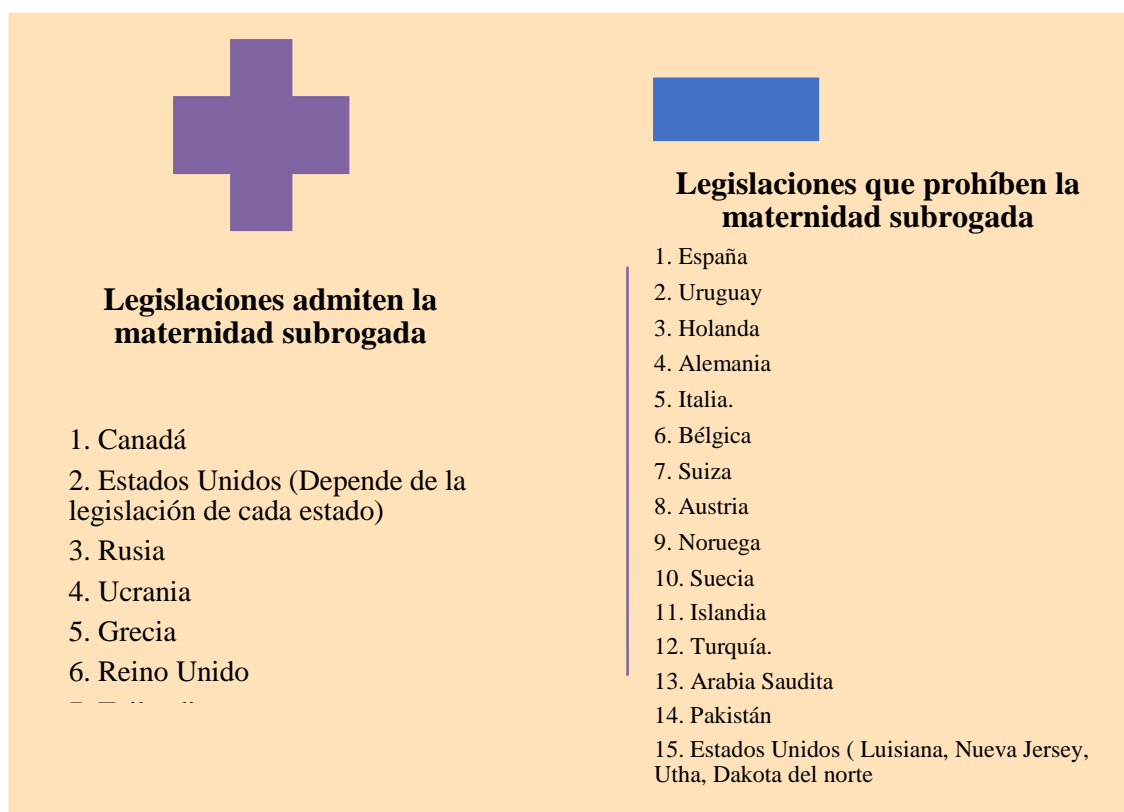
Es evidente, observar como en la estructuración previamente creada por parte de la legislatura del Estado de California en maternidad subrogada, genera un aspecto de seguridad jurídica para quienes celebren este tipo de acuerdos.

Respecto del análisis desarrollado con el derecho comparado con países como Uruguay, España y Estados Unidos (California), es aceptable inferir que la legislación en Uruguay y España no aprueba ni otorga validez el contrato de maternidad subrogada en modalidad oneroso o gratuito ningún acuerdo de maternidad subrogada, por considerar, que dicho acuerdo genera una desprotección en materia de derechos humanos o cosifica a la mujer hacia un tráfico humano cuando la iniciativa de llevar a cabo dicho procedimiento es por un interés meramente lucrativo y

no altruista . Sin embargo, diferencia de las políticas y normatividades vigentes en dichos estados del Estado de California (Estados Unidos) si lo permite estructurando todas las condiciones necesarias y suficientes para llevar a cabo el acuerdo gozando de la protección jurídica a las partes desde el inicio hasta el final de la celebración del acuerdo.

Para finalizar, se realizará mediante un breve esquema el correspondiente análisis de los países que permiten o prohíben la práctica de la maternidad subrogada a nivel mundial con el propósito de clarificar la información dada:

Figura 7. Legislaciones que prohíben o admiten la maternidad subrogada



Fuente: elaboración propia con datos de Ruiz Jimenez, I. (2017). *Así son las legislaciones sobre la maternidad subrogada en otros países del mundo*. El mundo. Salgado, S. (2016).

De la presente figura, es posible concluir que son más los países que prohíben la práctica de la maternidad subrogada. Esta prohibición aplica para la modalidad altruista (gratuita) o comercial (onerosa) por diversos cuestionamientos sociales o culturales. No se debe omitir que esta práctica se encuentra constantemente señalada o criticada por quienes consideran que dicho acuerdo de voluntades entre un comitente y una madre gestante implica una concepción materialista, como si el ser humano fuese un bien mueble el cual se puede comercializar.

Sin embargo, esta es apenas una de varias posturas frente a la temática debido a que de igual manera se considera que las TRA son y serán una alternativa para las personas que por causas de infertilidad o genéticas no consiguen el fin de la procreación.

Finalmente, es posible concluir luego de identificar los diversos pronunciamientos legislativos en Colombia y otros Estados del mundo sobre el desarrollo del contrato de maternidad subrogada y alquiler de vientre que existe un índice de prohibición más alto que el de permisibilidad en dicha práctica.

Posteriormente, se efectuará en el siguiente acápite el correspondiente desarrollo del concepto de contrato típico y atípico para con ello identificar si el mencionado acuerdo consigue cumplir los elementos esenciales de existencia, validez, para con ello, obtener un planteamiento jurídico para solucionar un incumplimiento contractual en este tipo de relaciones.

### CAPÍTULO III

En el presente acápite se desarrollará el concepto de contrato típico y atípico por medio de una investigación teórica justificada en fuentes como jurisprudencia y doctrina para con ello señalar si el contrato de alquiler de vientre consigue cumplir los elementos esenciales de existencia y validez consiguiendo llevar a cabo su ejecución en el ordenamiento jurídico colombiano.

Posteriormente, realizar una propuesta que genere una solución frente al incumplimiento de las obligaciones en el contrato de alquiler de vientre teniendo en cuenta los requisitos de validez y existencia cuando se lleva a cabo en Colombia, pese a no encontrarse regulado.

#### **Delimitación conceptual del término contrato**

Inicialmente, el contrato en el ordenamiento jurídico colombiano es descrito según el código civil ha señalado en su artículo 1495 “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”, es decir, por medio de un acuerdo de voluntades entre una o varias personas se genera el pacto para el cumplimiento de obligaciones futuras (Ley 57, 1887, art. 1495).

Ha señalado el artículo 1602” Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, es preciso señalar la importancia que cobra dicho artículo en la presente investigación debido a que el contrato de alquiler de vientre o maternidad subrogada será ley para la madre gestante y el, la o los futuros progenitores respecto del acuerdo que realicen, sin embargo, podrá ser

invalidado por causas legales como se verá en el desarrollo del presente acápite (Ley 57, 1887, art. 1602).

De igual manera ha sido enmarcado el contrato como “la representación jurídica de una disposición natural del hombre a consensuar con su igual distintos pactos que representen beneficios mutuos (Gil, 2020, p. 1). En ese entendido, en Colombia la Corte Constitucional por medio de su pronunciamiento en la siguiente tutela ha mencionado que el acuerdo de voluntades en este contrato:

“Es un 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 derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que será madre de éste. La mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto” (Sentencia T - 968, 2009).

Del presente pronunciamiento, es evidente señalar cómo pese a que se da una definición del contrato de alquiler de vientre, no existe una clarificación respecto de las obligaciones y licitud del contrato, tanto así que menciona la Corte que existe una inminente necesidad de regular este tipo de práctica para evitar que se generalice por el medio lucrativo o se den prácticas abusivas. De modo accesorio, esta falta de regulación genera diversos conflictos por las partes, es por ello, el nacimiento del único pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto al alquiler de vientre por un conflicto de incumplimiento contractual.

El presente conflicto jurídico se da por un presunto incumplimiento contractual en el alquiler de vientre entre el padre de los menores quien tenía su esposa en EEUU y la madre gestante y genética de los gemelos conocida como “Sarai”. El padre de los menores acude a la maternidad subrogada por problemas de fertilidad en su esposa y es allí en donde conoce a “Sarai” la madre biológica de sus hijos con quien no tiene ningún vínculo sentimental solo contractual.

La madre gestante da a luz a sus hijos debido a que fue un embarazo gemelar, vive con ellos aproximadamente hasta 1 año y medio de vida y luego el padre solicita la custodia de los menores junto con un permiso de la salida del país para llevarlos a vivir a EEUU, lo que efectivamente se cumple debido al fallo del juez décimo de Cali quién autoriza dichos hechos, aduciendo que la condición económica del padre era más favorable para los menores que el de la madre debido a las condiciones en las que vivía había generado que uno de los gemelos enfermara.

Posteriormente la madre interpone una acción de tutela para recuperar la custodia de los menores argumentando que es quién aporta el material genético por medio de la fertilización in vitro junto con el material genético del padre biológico, además, no generó la entrega prevista de los menores debido a que el padre biológico no proveía los alimentos ni se presentó para su nacimiento. Sin embargo, en la lectura del mencionado fallo demuestran la recopilación de las pruebas que evidencian cómo el padre si tuvo la iniciativa de asistir al parto, pero fue la madre quien por medio de inconsistencias se opuso a la presencia del padre dicho día, de igual manera, el padre biológico asumió los gastos médicos, pagó por el servicio del alquiler de vientre prestado.

Finalmente, la Corte resuelve la tutela a favor de la madre biológica otorgándole la custodia y cuidado de los menores ya que no puede ser discriminada por su condición económica, aduce que el vínculo materno filial prevalece sobre lo económico. Es preciso señalar cómo en el presente caso no existe una normatividad clara y eficaz a la cual pudo haber acudido el padre de los menores luego de que se presentase el incumplimiento.

Ahora bien, luego del breve análisis casuístico en Colombia, se continuará con la descripción del contrato de alquiler de vientre que ha sido denominado también como “Un contrato mediante el cual una mujer acepta gestar un niño, utilizando técnicas de reproducción asistida, con la obligación de entregar ese niño a la otra parte contratante, denominados padres de intención, una vez dé a luz” (Díaz Solís, 2018, p. 1).

Es posible inferir de las definiciones realizadas por la Corte Constitucional y Díaz Solís respecto del contrato de alquiler de vientre o maternidad subrogada se ve inmersa una contraprestación la cual recae sobre una obligación. La obligación en el ordenamiento jurídico, es definida como “Un vínculo de derecho entre dos o más personas en virtud del cual una de las partes, el acreedor, puede constreñir a la otra, el deudor, a realizar una prestación (dar, hacer o no hacer)” (Enciclopedia Jurídica, 2020, p. 1). Sin embargo, debemos tener en cuenta que la naturaleza jurídica del presente contrato impide que se denominen a las partes como “acreedor” y “deudor”, por el contrario, se les denomina según la doctrina como “madre subrogante “(quien lleva a cabo una gestación para posterior al nacimiento hacer la entrega del menor al comitente renunciando a sus derechos) y “comitente” (quien encarga a la madre subrogante llevar a cabo un embarazo).

Con base en el concepto previamente mencionado del término “obligación” se señalará la clasificación de las obligaciones en el contrato de alquiler de vientre tanto de la madre subrogante como la del comitente. Este tipo de obligación se conoce como obligación de hacer y es definida de la siguiente manera:

"En las obligaciones de hacer, el acreedor puede exigir que esa prestación se realice en forma específica (acción de cumplimiento), siendo esta obligación de cumplir la primera y directa consecuencia del incumplimiento imputable, que en ocasiones puede conseguirse coactivamente aun contra la voluntad del deudor; así el artículo 1098 del Código Civil dispone que: si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación, la prestación primitiva se transforma en la de indemnizar"(Wolters Kluwer, 2020, p. 1).

Sin embargo, es válido cuestionar ¿cuál es la razón para mencionar las obligaciones de hacer en el contrato de alquiler de vientre?, pues bien, se mencionan porque este contrato implica una obligación en la cual, se encarga a la madre gestante a que entregue al menor al o los futuros padres o padre o madre, esto involucra que la madre gestante realizará iniciará un procedimiento que es la gestación del menor y dicho procedimiento será concebido como una obligación de hacer. De igual manera, los padres o padre o madre del nasciturus deben velar por el cuidado pre y postnatal de la madre gestante. Pero esta obligación de hacer no se limita allí, gracias a que goza de una categoría subsidiaria a la cual se le denominará una “obligación de medio” definida de la siguiente manera:

En ciertos contratos el deudor sólo se obliga a poner al servicio del acreedor los medios de los cuales dispone; de hacer toda diligencia para ejecutar el contrato. El contenido de la obligación

de medio no es exactamente un hecho; es el esfuerzo del hombre, un esfuerzo constante, perseverante, tendente a la adopción de una actitud frente a sus propias cualidades para aproximarse a una finalidad deseada. Si el deudor no se compromete a alcanzar una meta determinada, se compromete por lo menos a tratar de alcanzarla. Si un evento de fuerza mayor impide al deudor alcanzar la finalidad prevista, habrá ejecutado su obligación, puesto que por hipótesis su obligación es un comportamiento” (Becerra Salazar, 2020, p. 1).

Es decir, la obligación de hacer implícita en el contrato de alquiler de vientre tiene por su naturaleza una clasificación secundaria, conocida como obligación de medio, pero ¿cómo se desarrolla este tipo de obligación en el alquiler de vientre? pues bien, la obligación de medio se justifica en el desarrollo del procedimiento de gestación por parte de la madre quien debe velar por el cumplimiento de sus deberes y ser diligente en lo que se encuentre a su disposición para llevar cabo el embarazo de manera satisfactoria, es por ello que la madre gestante debe cuidar de salud, alimentación, no desarrollar conductas que puedan perjudicar el proceso de gestación. Entonces resulta ser una obligación de medio en donde no hay una garantía absoluta frente al resultado de la obligación, pero es el deudor en este caso la madre gestante quien debe ser diligente para alcanzar tal fin, en el presente caso dar a luz a un menor.

Luego de contemplar el tipo de obligaciones que se generan en el contrato de alquiler de vientre es necesario analizar los requisitos de existencia y validez.

### **Análisis de requisitos validez y existencia en el contrato**

El contrato según el código civil en su artículo 1502 debe cumplir con los siguientes requisitos para poder obligarse con otra persona, en una determinada prestación de dar, hacer o

no hacer. Los requisitos de validez son inherentes al negocio jurídico para que surja y no sufra ningún tipo de nulidad, encontramos los siguientes:

- a) Que sea legalmente capaz
- b) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio
- c) Que recaiga sobre un objeto lícito
- d) Que tenga una causa lícita

Es pertinente desarrollar cada uno de los requisitos en el contrato de alquiler de vientre para que goce efectivamente de validez en el ordenamiento jurídico colombiano, se debe tener en cuenta que la siguiente adecuación se da en el marco propositivo para la ejecución del mencionado contrato en el territorio.

1. Capacidad: hace referencia a la facultad que gozan las personas de adquirir derechos y contraer obligaciones autónomamente sin la intervención de un tercero.
2. Consentimiento: implica que el sujeto de derecho consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicios como error fuerza o dolo
3. Objeto lícito: “es aquel que cumple con todas las exigencias legales contenidas en el artículo 1461 del código civil, es decir, realidad, comerciabilidad y determinación, si se trata de un hecho” (Castro Barros, 2017, p. 1).
4. Causa lícita: “Es aquella que está conforme a la ley, las buenas costumbres y el orden público” (Castro Barros, 2017, p. 1).

Luego de analizar estos requisitos de validez del acto jurídico, es pertinente señalar los requisitos de existencia de los cuales son capacidad, causa lícita y objeto lícito

que gozan de las mismas características previamente expuestas. Además, encontramos un cuarto requisito, la solemnidad, la cual hace referencia a los “requisitos exigidos legalmente para que determinados actos jurídicos tengan validez o sean eficaces” (Enciclopedia Jurídica, 2020).

Ahora bien, teniendo en cuenta la connotación de los requisitos de validez y existencia es necesario corroborar cómo se aplicarían en el contrato de alquiler de vientre, por ello se realizará el correspondiente análisis sobre la capacidad y el consentimiento, debido a que el objeto lícito y causa lícita serán objeto de estudio en la siguiente sección.

1. Capacidad: las personas que suscriban este tipo de acuerdos deben ser mayores de edad por la madurez negocial
2. Consentimiento: en este caso, es la mujer gestante quien debe conocer los deberes y derechos que implica llevar a cabo la práctica de la gestación subrogada. Dicha aceptación debe ser libre de vicios como el error, la fuerza o dolo por parte de los futuros padres o padre /madre.

De cualquier forma, es necesario señalar que este tipo de contratos debe ser llevado a cabo por sujetos de derechos como las personas naturales que gocen de una salud reproductiva estable, la cual implica un estado físico y mental acorde a este tipo de procedimientos ya que la finalidad del contrato es el nacimiento de un menor que debe refugiarse en los amparos normativos nacionales e internacionales reflejando dicha acción en los derechos de los niños, esta condicionalidad debe ser garantizada por las entidades prestadoras de salud y el Instituto de Bienestar Familiar por medio de los procedimientos previamente estipulados que garanticen el desarrollo armónico del menor en el núcleo familiar.

El contrato tiene de igual manera el siguiente señalamiento en su elemento de validez el cual se refleja en el código civil art 1602 “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” es decir, que las partes podrán hacer acuerdos contemplando el ordenamiento jurídico.

### **Análisis del incumplimiento del contrato de alquiler de vientre respecto de los requisitos de validez y existencia del acto jurídico (objeto lícito y causa lícita)**

En la presente sección, se hará el correspondiente análisis respecto del objeto y causa del contrato de alquiler de vientre en Colombia para conocer su viabilidad respecto de la aplicación y adicional como por regla general se han ejecutado los contratos atípicos teniendo en cuenta la normatividad.

Respecto de su ejecución, es necesario conocer las reglas señaladas respecto de la licitud del objeto contractual en la normatividad vigente, lo que deduce el siguiente interrogante ¿Podría ejecutarse un contrato atípico que no supla los requisitos de existencia y validez de un contrato típico? Pues bien, este interrogante será materia de estudio en el presente acápite.

Inicialmente, se debe mencionar que el contrato de alquiler de vientre tiene por objeto dar el nacimiento de un menor por parte de una madre subrogada quien lleva a cabo dicho procedimiento y se compromete a renunciar a sus derechos como madre biológica para ceder el derecho de filiación al comitente (padres, padre o madre de familia) que es quién genera la solicitud de dicho procedimiento a título oneroso o gratuito (esta síntesis del objeto contractual se encuentra desarrollada de manera amplia en los anteriores capítulos).

Si bien se ha mencionado que este tipo de contratos se han formado por los avances en áreas como la tecnología, ciencia, cultura dando el nacimiento a nuevas necesidades en la

sociedad, sin embargo, si existe un índice alto de la práctica de este tipo de contratos, es válido cuestionarse ¿teniendo en cuenta la normatividad colombiana, si es posible aplicar en el futuro este tipo de contratos atípicos? ¿Efectivamente el objeto del contrato sería considerado o no como lícito? Para resolver dichos interrogantes, se debe analizar en primera instancia cómo se da la validez de los contratos atípicos en Colombia.

La validez en el territorio colombiano para esta tipología de relaciones contractuales señala que “los elementos esenciales de los contratos atípicos en lo relativo a los de existencia y validez del acto para su ejecución no existen requisitos especiales regulados para estos negocios. En ese sentido, el panorama jurídico lleva a sugerir que para la existencia de un contrato atípico basta con que se cumpla con los requisitos generales de existencia y validez de los actos, consagrados en el artículo 1502 del Código Civil” (Sánchez Trujillo, 2018, p. 10)

Sánchez Trujillo expresa una claridad sobre cómo se deben ceñir los contratos atípicos en el ordenamiento jurídico colombiano. Ahora bien, es necesario señalar que otra pieza fundamental es la libertad contractual o autonomía privada de la voluntad como también es conocida en materia mercantil la cual permite a los interesados hacer un acuerdo y estructurar el contrato con base en sus necesidades, también lo es que deben ser explícitos en su redacción, para evitar confusiones en su interpretación y ejecución contemplando en sus cláusulas los requisitos de validez, existencia, consecuencias frente al incumplimiento entre otros (Idc Online, 2015, p. 1). Sin embargo, este tipo de estipulaciones deben evitar la inserción de cláusulas que transgredan las disposiciones legales.

Para poder desarrollar el primer interrogante planteado, se debe mencionar que el contrato atípico de alquiler de vientre no puede ser contrario a la normatividad existente y su

objeto debe cumplir las exigencias del artículo 1461 del código civil, es decir, comerciabilidad, realidad y determinación (Ley 57, 1887, art. 1495). En conexión a esta afirmación se plantearán dos posturas respecto a la licitud del objeto contractual, respecto de la modalidad en que se practique el contrato ya que puede ser onerosa o gratuita, para ello, la primera postura se referirá cuando es por medio de la modalidad onerosa, mientras que la segunda postura señalará cuando el contrato se otorga de manera gratuita.

Ahora bien, la primera postura se basa en que el objeto del contrato de alquiler de vientre se fundamenta en gestar a un menor para entregarlo a otras personas quienes serán sus padres por haber aportado su propio material genético o el de un donante, sin embargo, en caso de realizarse por medio de una modalidad onerosa es necesario plantear si este acuerdo gozaría de validez jurídica. Pues bien, este contrato podría ser un contrato atípico no aplicable por su carácter oneroso debido a que incurriría en el delito de trata de personas mencionado en el código penal colombiano en su artículo 188-A. Trata de personas:

El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación. El consentimiento dado por la víctima a

cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal (Ley 599, 2000, art.188 A).

La razón de dicho señalamiento es fundamentar cuando en el acuerdo contractual media el ánimo lucrativo refleja la venta de un ser humano, lo cual se encuentra expresamente prohibido y tiene medida privativa de la libertad claramente estipulada por ser concebida dicha acción como un delito tipificado. Se debe tener en cuenta que la definición de venta de niños consta de tres elementos: a) “remuneración o cualquier otra retribución” (pago); b) el traslado del niño (traslado); y c) el intercambio de “a)” por “b)” (pago por el traslado). (Naciones Unidas, 2018, p. 12)

De igual manera ha orientado su postura la Corte Constitucional quién realiza el pedimento de regular el alquiler de vientre para con ello conseguir evitar los siguientes sucesos: “La mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas” (Sentencia T -968, 2009).

Sin embargo, no ha sido la Corte Constitucional quien exclusivamente se haya pronunciado frente al ánimo lucrativo debido a que ha sido comentado por varias organizaciones nacionales e internacionales, así como por diversos autores, por generar controversia en su aplicación. Frente a ello la organización de las Naciones Unidas ha emitido un informe al cual denominaron ” Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños”, en dicho informe hacen referencia a la definición de

gestación por sustitución de carácter comercial, ello implica que sea entendido como una modalidad lucrativa o remunerada es mencionada como “La relación contractual y transaccional, entre el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler quien acuerda en prestar servicios de gestación y/o en trasladar jurídica y físicamente al niño a cambio de una remuneración o una retribución de otro tipo” (Naciones Unidas, 2018, p. 12), respecto de la mencionada definición es viable observar cómo en este tipo de acuerdos se realiza y tiene por objeto el ánimo lucrativo ya que la madre no recibe exclusivamente el pago de los gastos prenatales por parte de los futuros padres, sino que además de ello, recibe un pago adicional por hacer la prestación del servicio de alquiler de vientre.

A pesar de realizar la aclaración sobre este tipo de contrato en su modalidad onerosa, es necesario describir quienes pueden ser clasificados como ”intermediarios” de este tipo de contratos, por ello menciona la Organización de Naciones Unidas los intermediarios son ”las personas u organizaciones o instituciones, que ponen en contacto a los aspirantes a progenitor y las madres de alquiler o median en el contrato de maternidad subrogada vigente, entre ellas los dispensarios, los profesionales de la salud, los abogados, las agencias de gestación por sustitución” (Naciones Unidas, 2018, p. 12). Es allí en donde esta práctica tiene mayor riesgo en razón de la falta de regulación puede generar que los precios que se soliciten a los futuros progenitores sean exorbitantes y abusivos. En otras legislaciones donde dicha práctica es permitida, las clínicas intermediarias de fertilidad tienen estándares básicos de precios y un exceso del mismo acarrearía sanciones.

Los intermediarios son los receptores de mayores beneficios por crear mercados y redes nacionales e internacionales Adicional a ello se afirma que este tipo de prácticas constituyen

“venta de niños conforme a la definición prevista en el derecho internacional de los derechos humanos” (Naciones Unidas, 2018, p. 12), este mercado o redes como lo afirma la mencionada organización se observa en mujeres de escasos recursos algunas veces quienes por su condición económica acceden a este tipo de prácticas. Esta es una razón adicional por la cual se sugiere la prohibición de este tipo de prácticas.

Existe una industria pujante y poderosa dedicada a la gestación por sustitución y si se aprueba en su carácter comercial generaría un menoscabo en los derechos humanos fundamentales por dar la posibilidad de hacerse como una práctica abusiva (Naciones Unidas, 2018, p. 8).

Un ejemplo significativo frente a dicha afirmación se refleja en el continente asiático en donde el alquiler de vientre se convirtió en un negocio transfronterizo en razón de que los extranjeros acuden a Camboya, especialmente a la comunidad de “Takeo” en donde se encuentran mujeres de escasos recursos que acceden a realizar la práctica de alquiler de vientre (Wilson, 2020)

Es allí en donde se refleja la gravedad de esta práctica en una modalidad onerosa debido a que genera un gran riesgo de convertirse en una red ilegal de venta de seres humanos. Esa ilegalidad genera que se puedan otorgar cláusulas abusivas en medio de la contratación por no encontrarse regulada y es allí en donde influyen los antes mencionados “intermediarios” quienes terminan gozando de un ánimo lucrativo por hacer que interfieran mujeres de escasos recursos como sucede en el país de Camboya.

Inclusive se ha desarrollado dicha conducta como delito por el organismo internacional de la Organización de Naciones Unidas quien en el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño se afirma que “Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. Cabe destacar la expresión “para cualquier fin o en cualquier forma”; la gestación por sustitución no supone una excepción a lo que prohíbe el artículo. No debe constituirse una familia mediante “el secuestro, la venta o la trata de niños” (Naciones Unidas, 1989, p. 1)

Ahora bien, ¿Si el contrato de maternidad subrogada se ejecuta por medio de una modalidad onerosa incurriría en el delito de “trata de personas” señalado en el artículo 188 A del código penal colombiano?, Pues bien, mediante la interpretación jurídica se podría deducir de ello bajo la explicación previamente otorgada que efectivamente podría incurrirse en un delito si se en la contraprestación de esta calidad es onerosa. Esta afirmación se encuentra en la “Propuesta para la regulación en la maternidad subrogada en la cual se menciona su correspondiente tratamiento.

Sin embargo, en caso de que se celebre dicha relación contractual y se presentara un incumplimiento, ¿Qué podría suceder? Pues bien, este cuestionamiento será resuelto por medio de la propuesta que se verá reflejada en la siguiente sección.

En segundo lugar, se abordará la postura frente al objeto contractual si resulta lícito o no, cuando el contrato se celebre en la modalidad altruista. Según este planteamiento debemos recopilar lo mencionado por la Corte Constitucional quien otorga una plena validez a la naturaleza jurídica del contrato, ¿cuál es la razón?, constitucionalmente se ha declarado legítimo

este contrato debido a que encuentra su amparo mediante el artículo 42-6 por permitir la procreación por medio de la asistencia científica, menciona “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”. Es decir, si la práctica se realiza por medio de una modalidad gratuita no incurre en un objeto ilícito como sí sucede cuando se da de manera onerosa ya que se incurre en un delito.

Además de ello se debe tener en cuenta que el contrato de alquiler de vientre en Colombia debería ser permitido a todas las personas sin ningún tipo de discriminación para poder gozar de los derechos sexuales y reproductivos sin perjuicio alguno.

Es en esta modalidad altruista se puede observar un reconocimiento respecto del otro, ya que por medio de esta acción una madre gestante es solidaria y ayuda a otros, otro u otra persona a cumplir un deseo de procrear y dar nacimiento a una unidad familiar.

Ahora bien, la gestación por sustitución en modalidad altruista ha sido definida por las Organizaciones Unidas como aquella que “no constituye venta de niños, pues se entiende como acto gratuito, a menudo entre familiares o amigos que tenían una relación previa, sin que a menudo participen intermediarios” (Naciones Unidas, 2019, p. 19).

Sin embargo, puede que el desarrollo de sistemas organizados de gestación por sustitución calificados de “altruistas”, que a menudo reportan considerables reembolsos a las madres de alquiler y cuantiosos pagos a los intermediarios, desdibuje la distinción entre la gestación por sustitución de carácter comercial y la de carácter altruista. Cabe considerar que los pagos a intermediarios con ánimo de lucro o sin él son indicio de gestación por sustitución de carácter comercial, por lo que deben ser razonables y estar

detallados. El riesgo es especialmente alto cuando se efectúan reembolsos o pagos considerables. (Naciones Unidas, 2019, p. 19).

Finalmente, podemos inferir respecto de la licitud del objeto cuando la práctica de la maternidad subrogada se desarrolla de manera altruista es aceptada por varios Estados, incluso por Colombia, en donde es acorde con las disposiciones constitucionales estipuladas en favor de la creación de los menores por medio de asistencia científica, sin embargo, esta práctica pese a no recibir ningún tipo de remuneración económica como contraprestación, no excluye al comitente, de hacerse cargo de los gastos médicos en fases prenatales y postnatales siempre con la finalidad de garantizar el bienestar físico y mental de la madres subrogante y el menor por nacer.

Por otra parte, luego de mencionar las posturas frente a la licitud del objeto del presente contrato, es necesario mencionar a la filiación la cual es definida como “el lazo jurídico que une al hijo con su padre y con su madre y del cual, una vez establecido, se derivan los derechos y obligaciones paterno-filiales” (Serrano, 2017, p. 105). La filiación juega un papel sumamente imprescindible en el proceso de la procreación respecto de que genera derechos y deberes de los padres con los menores para su correcto desarrollo el cual se encuentra amparado en Colombia por el Instituto de Bienestar Familiar.

Finalmente, se desarrollará la siguiente propuesta jurídica para dar solución respecto del incumplimiento contractual que ampara dos situaciones: la primera cuando el contrato se ejecute por medio de una modalidad onerosa o comercial y la segunda, cuando el contrato se realice por medio de una modalidad altruista o gratuita, para con ello, esclarecer la viabilidad a esa controversia.

Este planteamiento tendrá en cuenta el desarrollo legislativo del Estado de California por tener previamente establecida una ruta de desarrollo jurídico ante este tipo de situaciones por el motivo que para poder ejecutar un acuerdo sobre maternidad subrogada o alquiler de vientre se debe tramitar la correspondiente solicitud ante el tribunal para que se establezca la relación de filiación entre padres e hijo. De igual forma cuando se desee revocar el contrato se debe acudir ante el tribunal.

## **Propuesta frente al incumplimiento contractual**

### **PROPUESTA PARA LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA**

#### **Artículo 1 “Definición del contrato de maternidad subrogada”**

El contrato de maternidad subrogada es un acuerdo bilateral en el cual una madre gestante se compromete con el o los progenitores futuros a entregar al menor renunciando a la patria potestad del menor. Esta modalidad implica que se desarrolle de manera altruista, es decir que no se genera ningún tipo de pago económico.

#### **Artículo 2 “Definición del contrato de alquiler de vientre”**

El contrato de maternidad subrogada es un acuerdo bilateral en el cual una madre gestante se compromete con el o los progenitores futuros a entregar al menor renunciando a la patria potestad del menor a cambio de un pago económico por alquiler su vientre.

#### **Artículo 3 “Requisitos”**

Para el presente contrato se deben cumplir con los requisitos de existencia y validez previstos en la ley 153 de 1887, por ello la futura madre gestante debe:

- a) Ser mayor de 18 años
- b) Ser capaz
- c) Celebrar la relación contractual de carácter altruista

- d) Se debe realizar porque los futuros progenitores se encuentren en la imposibilidad de procrear por problemas de infertilidad y genéticos

Parágrafo: Se debe tener en cuenta que al proceso de maternidad subrogada podrán acudir exclusivamente las personas que gocen de los mencionados requisitos sin ser discriminados por su sexo, estirpe o raza.

Parágrafo: Si se presentare la inexistencia de tan solo un requisito se declarará nulo el contrato.

#### **Artículo 4 “Obligaciones de la madre subrogante y del comitente”**

Las obligaciones de **la madre subrogante** se fundamentan en:

1. Velar por el cuidado de su salud física y mental propia y del menor previamente a la gestación, durante, en etapa final y posterior a la misma en contribución con los aportes realizados por el comitente.
2. Estipular un régimen de visitas con el comitente para verificar el estado de salud físico acudiendo a la entidad de salud en donde los profesionales deberán emitir dictámenes que corroboren su estado, al igual, que con su bienestar emocional y salud mental.
2. Pactar la renuncia de sus derechos de filiación sobre el menor habiendo o no aportado el material genético para la gestación del menor.
3. Acordar lugar y fecha de entrega del menor hasta que se subsista sin la presencia de la madre subrogante, según un dictamen médico por parte de un especialista en pediatría.

Las obligaciones del **comitente** serán:

1. Velar por la salud física y mental de la madre subrogante y del menor haciendo aportes en dinero.

2. Acordar un régimen de visitas con la madre subrogante para verificar el estado de salud físico acudiendo a la entidad de salud en donde los profesionales deberán emitir dictámenes que corroboren su estado, al igual, que con su bienestar emocional y salud mental.

3. Pactar la renuncia de los derechos de filiación de la madre subrogante sobre el menor y atribuirse los mismos acudiendo ante la Registraduría nacional del estado civil para hacer el reconocimiento de la paternidad o maternidad respecto del menor.

3. Acordar lugar y fecha de entrega del menor con la condición de que subsista sin la presencia de la madre subrogante según un dictamen médico por parte de un especialista en pediatría.

Parágrafo: en caso de presentarse un aborto por causas ajenas a la madre subrogante no se podrá imputar ningún tipo de responsabilidad y será el comitente responsable de garantizar la salud de la madre gestante posterior al procedimiento.

### **Artículo 5 “Solemnidad”**

El contrato de maternidad subrogada deberá desarrollarse de forma escrita y no verbal.

### **Artículo 6 “Modalidad Altruista”**

El contrato de maternidad subrogada se realizará en modalidad altruista o gratuita. Los progenitores deberán resguardar los gastos médicos (prenatales y post natales) de la madre subrogada velando constantemente por el estado físico y mental en el proceso de gestación y posteriormente a ella.

Luego de realizarse el registro del menor ante la Registraduría Nacional del Estado Civil deberá ejercer el comitente el derecho de patria potestad.

### **Artículo 5 “Incumplimiento del contrato”**

En caso de presentarse un incumplimiento contractual por parte de la madre subrogante en su obligación primaria de entregar al menor a los futuros progenitores en la fase post parto, podrán iniciar un proceso de impugnación de paternidad o maternidad señalado en la Ley 1564 de 2012 en su artículo 386 “Investigación o impugnación de la paternidad o la maternidad” por medio de la prueba de ADN y acudir ante el Juez de Familia para determinar la relación de filiación del menor con los verdaderos padres.

En caso de que el material genético pertenezca a la madre subrogante deberá el comitente exhibir el contrato celebrado en donde expresamente habría renunciado a sus derechos de filiación sobre el menor

Si el incumplimiento se presentara por parte del o los futuros progenitores respecto de no llevar a cabo el pago de los gastos médicos y del cuidado de la madre gestante, podrá ella acudir ante el Instituto de Bienestar Familiar quien deberá velar por el cumplimiento de los derechos y garantías del menor desprotegido. De igual manera, serán los progenitores quienes deberán indemnizar bajo la cuantía que estipule el Juez de Familia a la madre subrogante por los perjuicios causados en la falta de cuidado del menor.

### **Artículo 6 “Excepciones”**

El amparo del Artículo 5 “Incumplimiento del contrato” aplicara exclusivamente para el contrato de maternidad subrogada en modalidad altruista, si se realizara por medio de la modalidad onerosa, no tuviese ninguna garantía jurídica por incurrir en el delito de trata de personas.

### **Conclusión**

En la presente investigación, se planteó inicialmente que el contrato de maternidad subrogada o también conocida como alquiler de vientre es una modalidad de técnicas de reproducción asistida que no se estipula en el ordenamiento jurídico colombiano.

Por ello, se planteó como problema jurídico ¿En caso de surgir un incumplimiento en el contrato de alquiler de vientre sería necesario acudir al ordenamiento jurídico colombiano teniendo en cuenta que no se encuentra expresamente regulado?, frente al mencionado cuestionamiento, es necesario mencionar que, en caso de presentarse un incumplimiento contractual, las partes podrán acudir ante el correspondiente juez de familia y solicitar el cumplimiento de las obligaciones exclusivamente cuando el contrato no se celebró de manera onerosa o comercial.

La razón por la cual no se amparan este tipo de relaciones contractuales en dicha modalidad es que incurre en el delito de “trata de personas” señalado en el código penal en su artículo 188 A, es por ello que recaería sobre un objeto ilícito en el cual las partes no podrían acudir ante la autoridad judicial para el cumplimiento de las obligaciones, ni restablecimiento de derechos.

Finalmente, se desarrolló una propuesta para la regulación del contrato de maternidad subrogada en la cual se sugiere una serie de obligaciones, solemnidades, prohibiciones y soluciones en caso de un incumplimiento contractual tanto por la madre subrogante como por el comitente que

otorgarían una seguridad jurídica para quienes celebren este tipo de relaciones contractuales en caso de que se regule dicha práctica en el ordenamiento jurídico colombiano.

### Referencias bibliográficas

- Alvarado Chacón, R. (2003). La persona en el derecho romano y su influencia en el sistema jurídico de la América Latina. *Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo*, 26, pp. 21-55.  
<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc25/25-1.pdf>
- Álvarez Díaz, J. (2007). *Historia contemporánea: las técnicas complejas de reproducción asistida*. Medigraphic. <https://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsmex/gom-2007/gom075i.pdf>
- Álvarez, N. & Trollice, M. (2019). *Gestación subrogada en Estados Unidos: precio, legislación y requisitos*. Babygest. <https://babygest.com/es/estados-unidos/>
- Araya, H. (2019). *¿Qué es la maternidad subrogada?* About español. <https://www.aboutespanol.com/que-es-la-maternidad-subrogada-1176895>
- Brasch, J. & Salgado, S. (2019). *Baby gest. ¿Se puede ser madre soltera por gestación subrogada?* Babygest. <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada-para-madre-soltera-espanola/#:~:text=Las%20mujeres%20solteras%2C%20cuando%20no,mujer%20gestar%C3%A1%20a%20su%20beb%C3%A9>
- Bembibre, C. (2012). Definición ABC. *Definición de Fertilidad*.  
<https://www.definicionabc.com/general/fertilidad.php>
- Becerra Salazar, A. (2020). *Obligaciones de medio y de resultado*. Tesauro.  
[http://www.thesauro.com.co/TIPOLOGIA/JMEDIRESULT\\_1.htm#:~:text=La%20obligaci%C3%B3n%20de%20resultado%20es%20a%20veces%20denominada%20obligaci%C3%B3n%20de%20resultado](http://www.thesauro.com.co/TIPOLOGIA/JMEDIRESULT_1.htm#:~:text=La%20obligaci%C3%B3n%20de%20resultado%20es%20a%20veces%20denominada%20obligaci%C3%B3n%20de%20resultado)

%B3n%20determinada.&text=Esta%20distinci%C3%B3n%20implica%20que%20cuand  
o,deber%C3%A1%20probar%20una%20causa%20extra%C3%B1a.

Bladilo, A., Torre, N & Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *Revista IUS*.11. (39).

<http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00002.pdf>

Buxareas, R & Coroleu, B. (2009). Inseminación Artificial Conyugal (IAC), en Bajo Arenas, J. M; *Fundamentos de Reproducción*, Segó, P, 211-211

Cabrera Valverde, J. (1997). *Ética y procreación humana el aborto en el código penal.*

*Propuesta de un proyecto de reforma en México. Cuadernos de Bioética 1997/4"*

Carbonnier, J (1961). *Derecho Civil, T. I Volumen II, Situaciones familiares y cuasi-familiares.* Editorial Bosch.

California Legislative Information. (2020). *Family code. Division 12. Parte 7.* Parent and Child Relation Ship.

[https://leginfo.ca.gov/faces/codes\\_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=7.&chapter=&article=](https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=7.&chapter=&article=)

Castro Barros, J. (2017). *Requisitos de existencia y validez del acto jurídico.* Inoponible.

<https://inoponible.cl/requisitos-de-existencia-y-validez-del-acto-juridico/#:~:text=Definici%C3%B3n%20de%20Requisitos%20de%20Existencia,a%20la%20vida%20del%20derecho.>

Constitución Política de Colombia, [C.P.], 1991. Secretaria del Senado.

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Corte Constitucional de Colombia. (enero 22 de 1998). Sentencia C-044 de 1998. [M.P. Dr.

Jorge Arango Mejía]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-004-98.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (octubre 17 de 2018). Sentencia SU- 096 de 2018. [M.P. Dr.

Reyes Cuartas, J.F y los magistrados Linares Cantillo, A y Bernal Pulido, C].

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU096-18.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (diciembre 18 de 2009). Sentencia T-968 de 2009. [M.P.

Calle Correa, M.V. y los magistrados VARGAS SILVA, L.E. y Mendoza Martelo, G.E.]

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

Díaz Solís. A. (2018). *El contrato de alquiler de vientre materno*. Diario de

Mallorca. <https://www.diariodemallorca.es/opinion/2018/02/16/contrato-alquiler-vientre-materno-3264810.html>

Dexeus Mujer. (2020). *Inducción de la ovulación*. Dexeus mujer.

<https://www.dexeus.com/informacion-de-salud/enciclopedia-ginecologica/medicina-de-la-reproduccion/induccion-de-la-ovulacion>

Enciclopedia Jurídica. (2020a). *Obligación*. Enciclopedia Jurídica [http://www.encyclopedia-](http://www.encyclopedia-juridica.com/d/obligaci%C3%B3n/obligaci%C3%B3n.htm)

[juridica.com/d/obligaci%C3%B3n/obligaci%C3%B3n.htm](http://www.encyclopedia-juridica.com/d/obligaci%C3%B3n/obligaci%C3%B3n.htm).

Enciclopedia jurídica. (2020b). *Solemnidad* Enciclopedia Jurídica. [http://www.encyclopedia-](http://www.encyclopedia-juridica.com/d/solemnidad/solemnidad.htm)

[juridica.com/d/solemnidad/solemnidad.htm](http://www.encyclopedia-juridica.com/d/solemnidad/solemnidad.htm)

El Tiempo. (2019). *Así es el procedimiento que convirtió a James en padre por segunda vez*. El

Tiempo. <https://www.eltiempo.com/salud/james-rodriguez-tiene-su-segundo-hijo-a-traves-de-un-vientre-de-alquiler-428080>

Eustat. (2020). *Tipo de familia*.

Eustat.[https://www.eustat.eus/documentos/opt\\_0/tema\\_165/elem\\_1471/definicion.html](https://www.eustat.eus/documentos/opt_0/tema_165/elem_1471/definicion.html)

Galdós Silva, S. (2013). La conferencia de El Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y

reproductivos, como base para la salud sexual y reproductiva. *Rev Peru Med Exp Salud Pública*; 30(3):455-60. <http://salutsexual.sidastudi.org/resources/inmagic-img/DD19840.pdf>

Garzón Jiménez, R. (2007). Reproducción asistida. *Revista Mexicana de Derecho*. (9).

<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/mexder/cont/9/cnt/cnt6.pdf>

Gil, S. (2020). *Contrato*. Economipedia.<https://economipedia.com/definiciones/contrato.html>

González Cruz, C., & Morffi Collado, C. L. (2019). Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Propuesta de lege ferenda en el ordenamiento jurídico cubano. Clases de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. *Revista Academia & Derecho*, 10 (19), 233-260.<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/6015/5540>

González, B & López, C. (2015). *Maternidad Subrogada Realidad actual, problemas y posibles soluciones*. Universitas Miguel Hernández. Área de Derecho Civil.

Idc online. (2015). *Qué les da validez a los contratos atípicos*. Idc Online

<https://idconline.mx/juridico/2015/08/18/qu-le-da-validez-a-los-contratos-atpicos>

Imaginario, A. (2020). *Significado de familia*. Significados.

<https://www.significados.com/familia/>

Junquera de Estéfani, R. (2013). *La reproducción médica asistida un estudio desde el derecho y la moral*. Reproducción Medicamente Asistida, *¿Qué Es?* (Pág. 176). Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Lamm, E. (2013). *Gestación Por Sustitución Ni Maternidad Subrogada Ni Alquiler De Vientres*.

Publicacions I Edicions. P.72-

336.<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>

Las diferencias. (2019). *¿Qué es la gestación subrogada?* Las diferencias

<https://lasdiferencias.com/diferencia-ventre-alquiler-gestacion-subrogada/>

Ley 14 de 2006. *Sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Boe.

[Https://Archivos.Juridicas.Unam.Mx/Www/Bjv/Libros/5/2292/21.Pdf](https://Archivos.Juridicas.Unam.Mx/Www/Bjv/Libros/5/2292/21.Pdf)

Ley 19.167. *Técnicas de reproducción humana asistida regulación*. (2013). El Senado y la

Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay.

<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp5628210.htm#:~:text=%2D%20Proh%C3%ADbese%20la%20clonaci%C3%B3n%20de%20seres,asistida%20autorizadas%20por%20la%20ley.>

Ley 57 de 1887. *Còdigo civil. Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional*. Legis. 42 edición.

Ley 84 de 1873. *Código civil de los estados unidos de Colombia*. 31 de mayo de 1873. D.O. No. 2.867. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)

Ley 599 de 2000. *Código penal*. Artículo 188 A. [https://leyes.co/codigo\\_penal/188-A.htm](https://leyes.co/codigo_penal/188-A.htm)

López, B. (2014). *El concepto del hombre a través de la historia*. Slideshare.

<https://es.slideshare.net/blopca/2-el-concepto-del-hombre-a-traves-de-la-historia>

Macorra, B. (2020). *Gestación subrogada o vientre de alquiler: en qué consiste*. Ser padres

<https://www.serpadres.es/antes-del-embarazo/quedar-embarazada/articulo/gestacion-subrogada-o-ventre-de-alquiler-en-que-consiste-321441788492>

Mayo Clinic. (2020). *Esterilidad masculina*. Mayo Clinic. [https://www.mayoclinic.org/es-](https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/male-infertility/symptoms-causes/syc-20374773#:~:text=La%20infertilidad%20masculina%20se%20debe,la%20liberaci%C3%B3n%20de%20los%20espermatozoides)

[es/diseases-conditions/male-infertility/symptoms-causes/syc-](https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/male-infertility/symptoms-causes/syc-20374773#:~:text=La%20infertilidad%20masculina%20se%20debe,la%20liberaci%C3%B3n%20de%20los%20espermatozoides)

[20374773#:~:text=La%20infertilidad%20masculina%20se%20debe,la%20liberaci%C3%B3n%20de%20los%20espermatozoides](https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/male-infertility/symptoms-causes/syc-20374773#:~:text=La%20infertilidad%20masculina%20se%20debe,la%20liberaci%C3%B3n%20de%20los%20espermatozoides).

Medline Plus (2020). *Infertilidad*. Medline Plus Información de salud para usted.

<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001191.htm>

Monroy, J. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. *Clases de TRA y su aplicación*. Verba Iuris 30 • p. 135-150. P. 139

<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2162/1641>

Moreno Díaz, V. (2016). Maternidad subrogada perspectiva del Derecho canónico. *Criterios cuadernos de ciencias jurídicas y política internacional*. Universidad San Buenaventura.

<https://mail.google.com/mail/u/0/?tab=rm&ogbl#search/vilmamoreno%40usantotomas.edu.co/FMfcgxwDrRShHGwZgLvbtLrdlPlpljx?projector=1&messagePartId=0.1>

Naciones Unidas. (1994). Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. *Derechos reproductivos y salud reproductiva*; p. 1-188.

[https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd\\_spa.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf)

Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Naciones Unidas

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Naciones Unidas. (2018). *Informe de la Relatora Especial sobre la venta, la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*. Naciones Unidas.

<http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2018/10/02/2018100220735.pdf>

Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Organización Mundial de la

Salud. [https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf](https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf)

Planned Parenthood. (2020). *Infertilidad*. Planned Parenthood.

<https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/embarazo/infertilidad>

Freepik Company. (19 de octubre 2020). *Pila de monedas y bolsa de dinero*. Freepik Company.

[https://www.freepik.es/vector-premium/pilas-monedas-bolsa-dinero\\_3511289.htm](https://www.freepik.es/vector-premium/pilas-monedas-bolsa-dinero_3511289.htm)

Profamilia. (2020). *Derechos sexuales y Derechos reproductivos*. Profamilia.

<https://Profamilia.Org.Co/Aprende/Cuerpo-Sexualidad/Derechos-Sexuales-Y-Derechos-Reproductivos/>

Rojas Pascual, J. (2017). *Ley sobre maternidad subrogada en Uruguay*. Maternidad

Subrogada. [https://maternidadsubrogada.uy/index.php/publicaciones/80-ley-sobre-maternidad-subrogada-en-](https://maternidadsubrogada.uy/index.php/publicaciones/80-ley-sobre-maternidad-subrogada-en-uruguay#:~:text=%2DLa%20maternidad%20subrogada%20est%C3%A1%20permitida,tipo%20de%20compensaci%C3%B3n%20ni%20retribuci%C3%B3n.)

[uruguay#:~:text=%2DLa%20maternidad%20subrogada%20est%C3%A1%20permitida,tipo%20de%20compensaci%C3%B3n%20ni%20retribuci%C3%B3n.](https://maternidadsubrogada.uy/index.php/publicaciones/80-ley-sobre-maternidad-subrogada-en-uruguay#:~:text=%2DLa%20maternidad%20subrogada%20est%C3%A1%20permitida,tipo%20de%20compensaci%C3%B3n%20ni%20retribuci%C3%B3n.)

Rubio Sanchis. M. (2012). *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*.

Referencias históricas. *Génesis*. pp. 18-

19. [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/118704/TFM\\_EstudiosInterdisciplinares\\_Genero\\_RubioSanchis\\_MJ.pdf;jsessionid=DF88D2701C85466A84D2A0EB2E1CD021?sequence=1](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/118704/TFM_EstudiosInterdisciplinares_Genero_RubioSanchis_MJ.pdf;jsessionid=DF88D2701C85466A84D2A0EB2E1CD021?sequence=1)

Ruiz Jiménez, I. (2017). *Así son las legislaciones sobre la maternidad subrogada en otros países del mundo*. El Mundo.

<https://www.elmundo.es/sociedad/2017/06/28/595279e9e5fdea501e8b467c.html>

Sánchez Trujillo, J. (2018). *Complejidad de la oferta del contrato atípico: elementos esenciales del contrato atípico como requisito de delimitación del objeto de la oferta mercantil*.

*Diálogos de Derecho y Política*. (19). 103-

118. <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/331285/20787468>

Santamaría, L. (2000). *Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos*. Universidad Autónoma de Madrid

Salgado, S. (2016). *Países que prohíben la gestación subrogada*. Babygest.

<https://babygest.com/es/paises-que-prohiben-la-gestacion-subrogada/#:~:text=Los%20pa%C3%ADses%20que%20en%20la,Turqu%C3%ADa%2C%20Arabia%20Saudita%20y%20Pakist%C3%A1n.>

Serrano Quintero, L. (2017). *La filiación. Una mirada al derecho de familia desde la psicología jurídica: personas, parejas, infancia y adolescencia*. (Primera edición) Ediciones Usta.

Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. (s.f.). *Técnicas de reproducción asistida*. Segoes P. 1. [https://sego.es/mujeres/Reproduccion\\_asistida.pdf](https://sego.es/mujeres/Reproduccion_asistida.pdf)

Solís, L. S. (2000). *Técnicas De Reproducción Asistida Aspectos Bioéticos. Cuadernos De Bioética*, 11.

Vita Medicina Productiva. (2020). *Diferencias entre infertilidad y esterilidad*. Vitafertilidad. <http://www.vitafertilidad.com/blog/causas-infertilidad/diferencias-infertilidad-esterilidad.html>

Vita Medicina Productiva. (2020). *¿En qué consiste la Reproducción Asistida?*. Vitafertilidad *El embriólogo*. <http://www.vitafertilidad.com/blog/tratamientos-tecnicas/consiste-reproduccion-asistida-embriologo.html>

Wilson. A. (2020). *Cómo las madres subrogadas de Asia se convirtieron en un negocio transfronterizo*. This week in Asia. South China Morning Post Publishers Ltd.

<https://www.scmp.com/week-asia/society/article/2096675/how-asias-surrogate-mothers-became-cross-border-business>

Wolters Kluwer. (2020). *Obligaciones de hacer*. Guías

juridicas..[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjYwtLtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAn-dp6jUAAAA=WKE#:~:text=La%20doctrina%20de%20la%20Sala,prestaci%C3%B3n%20se%20realice%20en%20forma](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjYwtLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAn-dp6jUAAAA=WKE#:~:text=La%20doctrina%20de%20la%20Sala,prestaci%C3%B3n%20se%20realice%20en%20forma)