

Límites, aplicabilidad y las transformaciones en el Derecho de Familia: Contrato de alquiler de  
vientre en Colombia

José Rafael Aguillón Lombana

Facultad de Derecho  
Universidad Antonio Nariño, Bogotá

Tesis presentada para obtener el Título de  
Magíster en Derecho de Familia

Director de Tesis: Dr. Albyn Fabián León Baquero

22 de abril de 2022

**Tabla de contenido**

Resumen.....4

Abstract.....6

Capítulo I. El contrato de alquiler de vientre es un acuerdo de voluntades el cual se forma con el objetivo de satisfacer la necesidad de conformar familia .....8

El contrato de alquiler de vientre es un contrato atípico producto de la noción de maternidad subrogada.....9

El contrato de alquiler de vientre se forma basado en el derecho jurisprudencial y la aplicación supletoria y analógica de las normas.....11

El contrato de alquiler de vientre es atípico, bilateral, gratuito, conmutativo, principal, consensual, de ejecución sucesiva, de libre discusión entre otras.....14

Capítulo II. El contrato de alquiler de vientre al nacer de la necesidad de conformar familia está inmerso en el artículo 42 de la Constitución política.....21

La regulación aplicable al contrato de alquiler de vientre de manera supletoria y analógica es la del Código Civil y la jurisprudencia.....23

Es viable la aplicación del contrato de alquiler de vientre en Colombia debido a la voluntad contractual de las partes.....28

Si un colombiano (a) o pareja colombiana contrata a una mujer ubicada en un país que permite el contrato de alquiler de vientre y trae los niños a Colombia este tendrá derecho a la nacionalidad

colombiana si es identificado como hijo por el ius sanguinis.....32

Capítulo III. El contrato de alquiler de vientre es sinalagmático ya que se basa en la reciprocidad y equilibrio de las prestaciones, en aras de cumplir con el derecho fundamental a la autonomía privada derivado de los valores impuestos por el Estado Social de Derecho.....35

El contrato de alquiler de vientre está limitado a la aplicación constitucional y la ley.....36

La aplicabilidad del contrato de alquiler de vientre se permite como respuesta a la necesidad de conformar una familia cuando por medios naturales no se puede concebir.....46

Las transformaciones generadas por el contrato alquiler de vientre afectan el derecho de familia y el derecho contractual civil.....50

Conclusiones.....52

Bibliografía.....62

## Resumen

En la presente investigación se realizó un análisis sobre las limitaciones aplicables en la celebración y ejecución del contrato de alquiler de vientre en Colombia, de acuerdo con el derecho civil vigente al momento de la presente investigación.

Lo anterior se lleva a cabo empleando la supletoriedad y analogía normativa aplicable, ya que dicho mecanismo es interpretativo de las normas y la jurisprudencia, tal y como lo indica la Sentencia C-401/05 (2005): “son fuente principal y son aplicables directamente para resolver las controversias.”.

Ahora bien, teniendo en cuenta que dicho contrato no se encuentra tipificado en la normatividad civil colombiana, lo que impide que tenga una identidad propia, pues de estar regulado simplemente se aplicarían las normas imperativas para los contratantes sin la posibilidad de acudir a otros cuerpos normativos independientemente del querer de las partes, pero como no existen estas reglas establecidas, por ello se debe recurrir a “las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas.”. (Sentencia T-597/95, 1995).

Dentro de la misma investigación se analizó la aplicación dada en otras legislaciones y la reglamentación de dicho contrato, igualmente cual son esos límites impuestos.

Equivalentemente se revisó si existe jurisprudencia en Colombia referente al contrato en cuestión y doctrinariamente cuales han sido las tendencias de los tratadistas en contra o a favor del pacto jurídico - comercial materia de la investigación.

De lo anterior se pretende hallar si dentro de la celebración y ejecución del contrato del alquiler de vientre o gestión subrogada existen límites aplicables que deban ser parte del denominado contrato a efectos de que la relación contractual resultante se lleve a cabo dentro de términos justos y de sano entendimiento para las partes.

Palabras clave: Derecho de familia, Tipicidad contractual, Alquiler de vientre, Familia.

### **Abstract**

In the present investigation, an analysis is carried out on the limitations applicable in the celebration and execution of the womb rental contract in Colombia, in accordance with the civil law in force at the time of this investigation.

The foregoing is carried out using the supplementary nature and applicable normative analogy, since said mechanism is interpretive of the norms and jurisprudence, as indicated in Judgment C-401/05 (2005): "they are the main source and are directly applicable to resolve controversies."

However, taking into account that said contract is not typified in Colombian civil regulations, which prevents it from having its own identity, since if it were regulated, the mandatory norms for the contracting parties would simply apply without the possibility of resorting to other regulatory bodies. regardless of the will of the parties, but since these established rules do not exist, it is therefore necessary to resort to "the optional ones, that is, those that allow individuals to choose, according to their desire and convenience, between two or more possibilities regulated by the same law regarding the effects of the enshrined options." (Sentence T-597/95, 1995).

Within the same investigation, the application given in other legislations and the regulation of said contract was analyzed, as well as what are those imposed limits.

Equivalently, it was reviewed if there is jurisprudence in Colombia regarding the contract in question and, doctrinally, what have been the tendencies of the treatise writers against or in favor of the legal-business pact subject of the investigation.

From the foregoing, it is intended to find out if, within the execution and execution of the surrogacy contract or surrogate management, there are applicable limits that must be part of the so-called contract in order for the resulting contractual relationship to be carried out within fair terms and healthy understanding for the parties.

Keywords: Family law, Contractual typicity, Surrogacy, Family.

**Capítulo I. El contrato de alquiler de vientre es un acuerdo de voluntades el cual se forma con el objetivo de satisfacer la necesidad de conformar familia**

La importancia de esta investigación radica en la necesidad de determinar si existen limitaciones aplicables al contrato de alquiler de vientre en Colombia de conformidad con la normatividad vigente.

Teniendo en cuenta que dicho contrato es atípico se realizó una investigación aplicando el sistema supletivo y analógico del derecho civil con el fin de poder establecer si esas reglas o normas aplicables a otros contratos civiles, se pueden aplicar a este contrato y cuáles serían, con el fin de determinar si el mencionado acuerdo jurídico – comercial brinda unas condiciones de seguridad para los contratantes.

Lo anterior debido a la necesidad que tienen las personas de constituir o conformar una familia, pero no lo logran bien sea por infertilidad o por otra causa que afecta a uno de los integrantes de la pareja o a ambos, o porque la pareja es del mismo sexo o sencillamente porque no quieren por razones estéticas llevar a cabo embarazos de forma natural.

Por ende, el ejercicio investigativo se centra en resolver el siguiente interrogante:

¿Cuáles son los límites, la aplicabilidad y las transformaciones en el derecho de familia, al realizarse contratos de alquiler de vientre en Colombia?

**El contrato de alquiler de vientre es un contrato atípico producto de la noción de maternidad subrogada**

Inicialmente, se debe comprender la noción de contrato que no es otra cosa más que el acuerdo de voluntad de las partes, con el fin de crear obligaciones entre los contratantes, en el mismo sentido son bilaterales o sinalagmáticos cuando los contratantes se obligan recíprocamente, donde las prestaciones de cada contratante o parte, resultan ser equivalentes en el interés de las mismas. (Alessandri, 1976, pp. 5-6)

Para Alessandri (1976), los contratos típicos son aquellos cuya regulación se encuentra expresa y clara en la ley; los nominados son aquellos que se encuentran mencionados en la ley pero sin regulación; los innominados o atípicos son aquellos que la ley no menciona, menos regula, sin embargo, las personas para satisfacer sus necesidades celebran y ejecutan este tipo de negocios jurídicos que son totalmente validos desde que cumpla con las previsiones y principios legales y de derecho exigidos y que una vez aceptado es ley para las partes, (p. 9)

Dentro de este análisis, la Sentencia C-934 de 2013 indica:

(...) la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas

reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad pública, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel.

Ahora bien, en cuanto a la noción de maternidad subrogada o alquiler de vientre como también es denominada, según el doctrinante Parra Benítez (2008), puede ser definida como:

Madres de remplazo, maternidad sustitutiva, subrogación simplemente o contrato de subrogación, es una situación jurídica en que una mujer presta o arrienda su vientre, durante el periodo de gestación, para procrear un hijo y entregarlo posteriormente a una pareja o a la persona que hizo el encargo respectivo. (pp. 78 -79)

El tratadista Monroy Cabra en su obra Derecho de Familia y Adolescencia ofrece la siguiente definición:

La maternidad subrogada (“subrogated mother hood”) es aquella en que una mujer se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena. Se trata de una mujer fértil que acuerda mediante contrato ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Una vez que el hijo ha nacido, la madre cede la custodia a

favor del padre y, además, renuncia a sus derechos materno-filiales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo. (2007, pp. 123-124)

Si se analiza el Código Civil, vale la pena revisar el artículo 1973 donde define lo que es el arrendamiento; un contrato en que las dos partes se obligan con cargas similares, una de ellas tiene la obligación de dar el goce de la cosa, ejecutar una obra o prestar un servicio y la otra deberá pagar por ello.

Frente a lo establecido por la norma civil, sería preciso determinar si el cuerpo humano puede arrendarse, igualmente si dicho arrendamiento puede generar una utilidad económica a la arrendadora y una contraprestación al arrendatario, o si este arrendamiento debe ser meramente gratuito, sin embargo, vale la pena aclarar que la legislación no hace alusión al contrato de alquiler de vientre de forma específica, por lo que se puede deducir que no está reglado.

### **El contrato de alquiler de vientre se forma basado en el derecho jurisprudencial y la aplicación supletoria y analógica de las normas**

Ahora bien, si el contrato de alquiler de vientre no existe dentro del derecho legislado, es entonces la doctrina y la jurisprudencia quienes se han esmerado por definirlo y establecer, tal vez, una forma de celebrarlo:

El arrendamiento de vientre implica el establecimiento de un régimen contractual el cual radica en la negociación entre una madre sustituta, la cual se obliga a ceder el goce de su

vientre a una pareja que por dificultades genéticas naturales no pueden concebir una criatura por sí misma. En consecuencia, hay que precisar que en la referida negociación se produce la comercialización de un componente anatómico, y no uno cualquiera, sino uno de los pocos que permite el nacimiento de un ser humano; esto evidencia que de permitirse dicha negociación el objeto de comercialización es una parte del cuerpo humano que permite, a su vez, dar vida. (Moadie, 2012, p. 123)

Al respecto la Corte Constitucional ha manifestado en la Sentencia T-968/09 (2009), que este tipo de contrato se forma para suplir la necesidad de la procreación, cuando esta no se logra materializar por diversas razones:

La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, 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.

Y aclara lo siguiente:

Dentro de este contexto se ha evidenciado la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones” como los siguientes: (i) que la

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

De lo anteriormente visto, es posible concluir que el contrato de alquiler de vientre en Colombia no cuenta con normas que lo regulen, por lo tanto, su desarrollo ha sido realizado de forma consuetudinal, dejando así a la voluntad de las partes sin un sustento jurídico o soporte documental como un contrato.

Dicho negocio jurídico en realidad es, entre prestación de servicios y arrendamiento un híbrido, que por no estar legislado permite abusos y posibles controversias entre las partes, que igualmente estarían revestidas de dificultad para el operador jurídico al no tener una luz sobre lo que en realidad las partes pactaron o cual era su intención real de contratar bajo esta figura.

**El contrato de alquiler de vientre es atípico, bilateral, gratuito, conmutativo, principal, consensual, de ejecución sucesiva, de libre discusión entre otras**

Si bien es cierto que existe la atipicidad contractual, que es la celebración de contratos que no se encuentran regulados por norma alguna, también es cierto que este tipo de acuerdos jurídicos – negociales no se encuentren en un limbo jurídico; pues a los mismos se les aplican entre otras normas las del libro cuarto del Código Civil, que regulan lo relacionado en la materia de obligaciones y contratos.

Entonces se puede colegir que el contrato atípico: “es aquel que no tiene una base normativa clara, que permita conocer su nacimiento, desarrollo y finalización, pero que si se rige por los principios generales de los contratos en cuanto a su creación” (Alvarez y Reyes, 2018)

En esta situación se encuentra el contrato de alquiler de vientre, maternidad subrogada o arrendamiento de vientre, frente al cual la Corte Constitucional ha manifestado:

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él,

adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.” La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, 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-968/09, 2009)

Para Monroy (2007), “El contrato de alquiler de vientre es nulo por objeto ilícito, hay acuerdo en la doctrina en que los servicios de incubación en úteros ajenos no son materia de contrato de lucro y serían nulos por objeto ilícito” (p. 124), lo que presume o argumenta el doctrinante es si se está frente al caso de una posible remuneración dentro del contrato de alquiler de vientre, pero esa aseveración es materia de ser probada y confirmada en juicio para poder entrar a determinar que hubo una ilicitud, de lo contrario sería completamente válida toda vez que la misma carta superior, la nómina y no existe una ley que regule y menos que prohíba dicho acuerdo jurídico – negocial.

Sin embargo, a la luz del derecho el contrato de maternidad subrogada puede estar inmerso en la siguiente tipología establecida en el código civil, en los siguientes artículos:

**Es bilateral:** de conformidad con lo establecido en el artículo 1496, que es cuando las partes tienen obligaciones recíprocas en el cumplimiento del contrato.

**Es gratuito:** de acuerdo con lo señalado en el artículo 1497 del Código Civil, cuando tiene por objeto la utilidad solo de una de las partes.

**Es conmutativo:** de acuerdo con el artículo 1498, el cual establece, cuando las partes se obligan a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente.

**Es principal:** pues así lo establece el artículo 1499, debido a que subsiste sin necesidad de otra convención.

**Es consensual:** de conformidad con lo establecido en el artículo 1500, se perfecciona con el solo consentimiento.

**Es atípico:** Pues este tipo contractual no se encuentra regulado en ningún cuerpo normativo vigente.

**Es de ejecución sucesiva:** Debido a que su ejecución es durante un plazo en principio no inferior a nueve meses.

**Es de libre discusión:** Si bien el pronunciamiento jurisprudencial establece una gratuidad en su ejecución, igualmente sus condiciones deben ser discutidas y acordadas por las partes.

Revisada la norma civil en cuanto a las características de los contratos, es preciso establecer que de acuerdo con las obligaciones y grado de gravamen de las partes en el mismo se clasifica el negocio jurídico y con ello se establecen las cargas que corresponde a cada parte, la Corte Constitucional ha manifestado frente a la bilateralidad contractual que:

En conclusión, es claro que en relaciones contractuales de obligaciones bilaterales la noción de justicia en la ejecución de las prestaciones implícita en el principio de buena fe es la que justifica en gran parte la existencia de mecanismos como la excepción de contrato no cumplido, actuando por intermedio de ésta deberes de lealtad, equilibrio y reciprocidad, y aportando a su través el sentido ético que se desprende del principio de buena fe en nuestro ordenamiento jurídico. (Sentencia T-537/09, 2009).

De lo visto se colige que mediante el contrato se busca alcanzar un fin – satisfacer una necesidad y la obligación es por medio de la cual se constriñe al obligado a que cumpla el contrato para llegar a ese fin.

Para Hineirosa (2015), el acto jurídico cumple una orientación social, de una forma práctica con la cual se caracteriza el tipo, dicha función es económico – social o práctico – social, debido a que la misma sociedad es la que de acuerdo a sus necesidades se obliga y cataloga la determinación del negocio jurídico, dicho acto es aceptado por la sociedad, debido a que no riñe con el ordenamiento jurídico, es así que la causa cubre al tipo contractual, y en algunos casos identificándose con él, y que las partes han deseado imprimirle al contrato. (p.36)

Lafont, manifiesta que:

“En efecto, dada la común autoinsuficiencia humana, esto es, la imposibilidad de obtener satisfacción absoluta por sí mismo con las cosas que se tienen a su disposición, y dada la posibilidad relativa (o escasa) de obtenerla de los servicios o cosas a disposición de otras personas o de la sociedad en general, resulta, entonces, explicable, que aquellos necesitados acudan a estos últimos, para lograr su respectiva satisfacción, lo que suele obtenerse, inicialmente, mediante convenios y ejecución directa, y, posteriormente, mediante la creación y cumplimiento de obligaciones a cargo de los primeros en favor de los segundos.” (2012, p.1)

De lo expuesto por el maestro Lafont, se observa como la celebración y ejecución del contrato de alquiler de vientre y su desarrollo corresponde a la necesidad de las personas de satisfacer el derecho a tener familia, también hace alusión a la autonomía de la voluntad de las partes, con la cual pueden celebrar y ejecutar el contrato que beneficia o afecta a los contratantes. (2012, p.277)

Así mismo, el contrato es generador o creador de obligaciones para las partes contratantes, también son ellas quienes asumen las consecuencias derivadas del contrato y de su ejecución, ya que el contrato es ley para las partes, por ello no puede ser alterado sino por mutuo acuerdo o mandato legal. En cuanto a la libertad contractual, pueden las partes realizar promesa, celebrar, modificar o extinguir las obligaciones derivadas del mismo, la consensualidad, mediante el cual cualquier forma de expresión de la voluntad es válida. (2012, p.277)

Igualmente, Mendoza, establece que *“De esta manera, no puede negarse que la obligación respectiva se contrae de manera autónoma. De no ser así, nos encontraríamos probablemente frente a uno de los vicios del consentimiento,”* (2020, p. 80).

En cuanto a la autonomía de la voluntad indica que tiene significados muy amplios, porque no solo es la posibilidad de celebrar negocios jurídicos sino también de actuar en la sociedad en ejercicio del derecho consagrado en la Constitución política, esto siempre y cuando no se traspase la barrera de los derechos de los demás y el orden jurídico existente. (Mendoza, 2020. p.82).

Así las cosas, a pesar de que el contrato de alquiler de vientre es atípico se le pueden aplicar características que lo definen y delimitan para su conformación y ejecución o desarrollo, esto para facilitar a las partes su entendimiento y mejor relación durante el plazo del mismo.

Entonces los contratos tienen diferentes etapas en las cuales se cumplen los pasos necesarios para su conformación, dentro de espacios y tiempo para poder conformar la unión jurídica – comercial, de tal forma que su contenido sea de incidencia social, de estas etapas la que marca una hoja de ruta o línea de entendimiento es la etapa precontractual- gestacional o formativa. (Laudo arbitral COMCEL SA y UNE EPM, 2015)

Por ello quien se encuentre al frente de la interpretación de un contrato debe tener el conocimiento y valoración de la situación jurídica, económica y social, igualmente de la situación de las partes al momento de su celebración, lo mismo que sus trabajos preparatorios, es

decir la verdadera situación e intención de las partes al momento de su acuerdo jurídico –  
negocial. (Diez-Picazo, 2007, p.502)

El derecho evoluciona, por ello el derecho contractual contemporáneo está signado por  
un nuevo paradigma, un nuevo orden contractual, con la exigencia que los principios y reglas  
rectoras tradicionales se complementen con las modernas, para lograr una cosmovisión del  
fenómeno contractual actual. (Jaramillo, 2016, pp.82-85)

## **Capítulo II. El contrato de alquiler de vientre al nacer de la necesidad de conformar familia está inmerso en el artículo 42 de la Constitución política**

Para determinar si el contrato estudiado se puede aplicar en Colombia, vale la pena indicar que este nace de la necesidad de crear familia, ahora bien, la norma superior en el artículo 42 consagra que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y se constituye por vínculos naturales o jurídicos, igualmente se refiere a la concepción de los hijos, procreados naturalmente o con asistencia científica.

Igualmente, la Ley 294 de 1996, que desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar, en el artículo 3, literal a, establece la primacía de los derechos fundamentales y el reconocimiento de la familia como institución básica de la sociedad.

Quiroz, (2014) señala que existe: “la coexistencia de nuevos modelos de familia que pugnan con los modelos tradicionales, como un fenómeno sociológico de aculturación,” (p. 4)

La Corte Constitucional en algunos pronunciamientos como en las Sentencias C-271 de 2003, la C-577 de 2011, la T- 070 de 2015, y la T- 074 de 2016, ha definido la familia como “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos” (Aramburo, 2019, p. 14)

El doctrinante Monroy analiza que, “existen distintos tipos de familia como las familias incompletas o monoparentales, de uniones sucesivas, ensambladas o reconstituidas uniones maritales de hecho, uniones homosexuales o transexuales, etc.”, el autor menciona también a la familia nuclear, integrada por padre, madre e hijos sin emancipar, e indica:

Desde la perspectiva jurídica en sentido amplio la familia está formada por personas unidas por vínculos jurídicos familiares que tienen su origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. Pero, también hoy el concepto de familia deriva de la mera unión intersexual que forma la familia natural o de hecho llamada anteriormente concubinato. (2007, p.1)

En este sentido según el doctrinante la familia tiene un sentido amplio, otro restringido y otro intermedio, también manifiesta el jurista que “La familia del futuro va a estar influenciada por los avances de la genética especialmente por los avances de las técnicas de reproducción humana asistida” y complementa indicando: “Existen nuevas formas como la de considerar la familia basada no en los lazos de consanguinidad, sino en los lazos de la convivencia cotidiana en el hogar común.” (2007, p. 3).

Es así, como la carta magna, la normatividad y la doctrina abren la puerta para que dentro de esa asistencia científica se pueda incluir el alquiler de vientre como una forma de crear familia con ayuda médica, sin embargo, de manera inespecífica queda pendiente, a través de qué modelo jurídico se puede lograr y cuáles son sus alcances.

## **La regulación aplicable al contrato de alquiler de vientre de manera supletoria y analógica es la del Código Civil y la jurisprudencia**

El contrato es entonces para la norma colombiana lo que indica al respecto Ortiz Monsalve: “Es la confluencia de por lo menos dos declaraciones de voluntad, provenientes de dos o más personas, en un solo consentimiento mediante el cual se crean obligaciones.” (2013, p.41)

Para el doctrinante, puede existir una función económica donde “lo concibe como un instrumento esencial para el intercambio de bienes y servicios con miras a la satisfacción de las necesidades individuales, lo cual presupone la libertad contractual de los agentes intervinientes.” (Ortiz, 2013, p.41)

Dentro de este análisis, el contrato es una manifestación de la autonomía que permite a las personas:

- i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no

son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel.” (Sentencia C-934 de 2013).

En el mismo sentido, como lo establece el artículo 1618 del Código civil se debe tener en cuenta la primacía de la intención de las partes, es decir, la realidad sobre las formalidades, que se hayan establecido en los acuerdos jurídicos – negociales, pues su fin es satisfacer las necesidades de los contratantes y es en ese sentido que se debe leer lo expresado por la voluntad de estas.

Se entiende entonces que en la celebración y ejecución de un contrato las partes realizan la entrega libre de energía física o intelectual, con independencia de su voluntad, y en contraprestación por su bilateralidad se recibe un beneficio proporcional y recíproco con el fin de llevar a cabo un propósito y con su prestación efectiva genera derechos y obligaciones para las partes contratantes. (Barona, 2015, pp. 224 - 225)

Se podría pensar que al contrato de alquiler de vientre se puede aplicar la normatividad vigente para las obligaciones como lo establece el Código Civil en el artículo 1494: “nacem, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones;...”

Dicha norma igualmente define el contrato como “... convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.” (Código Civil, artículo 1495)

Analizando lo establecido por la norma civil, se observa que:

Serán por ende sujetos de la obligación quienes pueden ser sujetos de derecho y estén dotados de aptitud suficiente para ejecutar los actos de hacer, o no hacer en qué consisten las prestaciones que la obligación impone. En otros términos, para ser sujeto de una obligación se requiere poder actuar jurídicamente... (De la Vega, 1986, p. 3.).

Es así como, la definición de obligación se determina como: “Vínculo jurídico en cuya virtud una persona, llamada acreedor, puede exigir a otra llamada deudor, la realización de una conducta, denominada prestación, consistente en dar, hacer o no hacer.” (Ortiz, 2013, p. 1).

En lo que respecta al objeto del contrato, el artículo 1517 del Código Civil Colombiano, establece: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trate de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.”

Ahora bien, los artículos 1527, 1602 y 1603, señalan que las obligaciones son civiles cuando dan derecho para exigir las y todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, por último:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Sin embargo, no hay una normatividad específica que hable de la regulación del alquiler de vientre y mucho menos de un posible contrato, por ende, en caso de una controversia a nivel contractual se tendría que utilizar las normas de carácter general aplicable a los contratos.

Ahora bien, de conformidad con la Constitución Política, se permite la conformación de la familia por cualquiera de las formas o posibilidades existentes utilizando los medios y recursos tecnológicos y jurídicos, y que la misma norma establece la sumisión al desarrollo legal; el cual no prohíbe la celebración y ejecución del contrato de alquiler de vientre o maternidad subrogada, es posible establecer que en Colombia el contrato de alquiler de vientre es permitido y su regulación se rige aplicando las normas con carácter analógico y supletivo.

Ello se debe a:

La interpretación jurídica es evolutiva y como tal se adapta a los contextos que plantea la realidad. Una interpretación sistemática basada en el “derecho viviente”, y en procura de los derechos de las minorías, la democracia no puede entenderse, exclusivamente, como el conjunto de reglas que adoptan los representantes mayoritarios del pueblo en el Congreso de la República, por cuanto esta visión podría excluir el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas de las minorías sin representación política. El sistema democrático constitucional impone límites en el ejercicio del poder público a las mayorías, con el fin de asegurar derechos inherentes a la dignidad humana, que actúan como “precondiciones” de aquél. La competencia de este Tribunal Constitucional se

funda en el principio de protección de los derechos fundamentales de grupos minoritarios” (Sentencia SU - 214 de 2016).

Así mismo, la Corte constitucional se refiere a la familia dentro de la Sentencia T-070 de 2015 como:

(...) aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos.

De ello se concluye que se puede conformar familia utilizando los medios tecnológicos y jurídicos existentes con fundamento en la voluntad de las personas y entendiendo que no existe prohibición alguna de celebrar un contrato de alquiler de vientre para así concebir un hijo y conformar una familia.

Es así que se entiende que el derecho fundamental o sustancial prima sobre el derecho procesal, por ello la Corte Constitucional ha manifestado:

(...) en ciertos eventos, resulta incompatible con la igualdad, la primacía de los derechos fundamentales y la prevalencia del derecho sustancial. Y precisamente por esa razón es que la Corte Constitucional se ha visto forzada a elaborar una doctrina constitucional sobre el significado de la casación en un Estado social de derecho, fundado en la igualdad

material, y en la primacía de los derechos de la persona y en la prevalencia del derecho sustancial sobre las ritualidades procesales, que sea compatible con los principios y valores de un Estado social de derecho, fundado en la primacía de los derechos de la persona y en la prevalencia del derecho sustancial sobre las ritualidades procesales. (Sentencia T-1306 de 2001).

### **Es viable la aplicación del contrato de alquiler de vientre en Colombia debido a la voluntad contractual de las partes**

Inicialmente se puede indicar que sí, a pesar de que no está normado, ya que surge de un acuerdo de voluntades en el ejercicio de un derecho de libertades, al respecto la Sentencia T-240/93 (1993), menciona:

Sin embargo, los límites a la libertad de contratación, en la medida que ella se encuentra íntimamente conectada con diversos derechos constitucionales, puede no sólo vulnerar el valor mismo de la libertad, la personalidad y la dignidad del sujeto que se reflejan decisivamente bajo la óptica del contrato, sino el ámbito de tales derechos si aquéllos no se conforman a los fines constitucionalmente permitidos y se socava su contenido esencial. La libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad y la

necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expoliación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal.

La misma jurisprudencia indica:

Sobre las libertades económicas baste recordar aquí que la jurisprudencia constitucional ha señalado que (i) se encuentran reconocidas y garantizadas por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social; (ii) la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia; (iii) la libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada;...

De otra parte, es importante tener en cuenta la autonomía de la voluntad consagrada desde la Constitución Política en su artículo 333, que resulta ser la posibilidad que se le brinda a los particulares para crear, celebrar y ejecutar actos jurídicos y obligarse, los cuales gozan de eficacia jurídica dentro de los límites legales.

Por lo cual se advierte que el principio de la voluntad jurídica ha nacido de la necesidad del libre cambio, aplicable a las relaciones jurídicas, principalmente a las contractuales, como

consecuencia de ello el contrato adquiere una importante connotación como fuente de las obligaciones. (De la Vega, 1986, p. 26.)

Al respecto el Código Civil señala especificidades sobre los actos y las declaraciones de voluntad:

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz. 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.” (Código Civil, artículo 1502).

Con respecto al consentimiento se tiene que es esa expresión de voluntad de las partes, mediante la cual se acepta un acto o pacto, que cuenta con unas condiciones o requisitos para su conformación, tales como: “la necesidad, la oferta o propuesta (con requisitos de información, publicidad y efectos de responsabilidad), la aceptación y luego la formación del contrato querido o del preparatorio de este. Se fundamenta en declaraciones recepticias o dirigidas de voluntad.” (Ortiz, 2013, p. 77).

Para Bonivento (2008), el consentimiento es la expresión de la voluntad por las partes, de acuerdo con el objeto y precio que se pretende contratar, este consentimiento no debe adolecer de

ninguno de los vicios enunciados en el artículo 1508 del Código Civil, es decir error, fuerza y dolo. (p.31)

Al respecto Tamayo (2004) indica: El consentimiento es un elemento de formación del contrato, una de las condiciones para la eficacia de este. (p.131)

Y el doctrinante complementa:

Como se parte de los postulados de la igualdad de todas las personas y de la voluntad como fuente de todos los derechos, se concibe sin dificultades que las personas puedan obligarse como a bien lo tengan y que para hacerlo baste su consentimiento sin necesidad de formalidades puesto que están vendrían a restringir la absoluta libertad del ser humano. (p.131)

Según lo anterior, el consentimiento está formado por la voluntad de las partes la cual debe estar libre de todo vicio como el error, fuerza o dolo, cumpliendo con estos presupuestos las partes expresan su consentimiento para celebrar los actos jurídicos – negociales bajo la autonomía libre y espontánea.

Analizando elementos tales como el consentimiento, por medio del cual se manifiesta la voluntad de las partes, el contrato de alquiler de vientre es totalmente valido de celebrar, sin embargo, quedan condiciones pendientes a estipular, por ejemplo, si este pudiera recibir una

remuneración económica que sufrague los gastos de la alquilante, sin embargo, este análisis se realizará en el próximo capítulo.

**Si un colombiano (a) o pareja colombiana contrata a una mujer ubicada en un país que permite el contrato de alquiler de vientre y trae los niños a Colombia este tendrá derecho a la nacionalidad colombiana si es identificado como hijo por el ius sanguinis**

Es importante resaltar lo que al respecto indica la Sentencia SU- 696/15 (2015), donde puntualmente una pareja de colombianos del mismo sexo, realiza en el año 2013 un procedimiento médico de fecundación in vitro en San Diego, California; se fecundan los óvulos de una mujer donante, para posteriormente ser implantados en un vientre de alquiler, lo cual dio como origen a un embarazo gemelar.

En el momento del nacimiento de los gemelos, fueron inscritos ante la Agencia de servicios de Salud de San Diego y allí se reconoce la paternidad de los padres y su nacionalidad y el gobierno de los Estados Unidos expide el pasaporte de los dos niños.

Desde ese momento los padres inician una batalla legal contra los diferentes estamentos colombianos, todo con el fin de poder registrar los niños con nacionalidad colombiana, ya que, para la época de la sentencia, el estado colombiano no reconocía dentro del registro civil a dos padres o dos madres y mucho menos la adopción de parejas del mismo sexo, por lo que siempre recibieron evasivas y negativas para formular dicha inscripción.

La corte desglosa un argumento de vital importancia:

Igualmente, y como se advirtió en la relación de hechos donde se describe la técnica de reproducción asistida utilizada por Antonio y Bassanio, la única manera de comprobar la relación en este tipo de familias sería acudir a una prueba genética. Sin duda, concluir que el procedimiento a seguir en caso de niños concebidos por medio de reproducción asistida de una pareja homosexual siempre sería el de exigir una prueba genética, reafirmaría la discriminación de los niños por origen familiar, ya que en los casos de familias heterosexuales solo es necesario acudir a presunciones legales existentes, pues la carga se invierte cuando se trata de impugnar la paternidad y la maternidad legítima. Por lo tanto, la Sala Plena considera que en aras de preservar el derecho a la igualdad de los niños que forman parte de familias diversas, por analogía, se deben extender dichas presunciones cuando se trata del reconocimiento de la paternidad, la nacionalidad y, sobre todo, la personalidad jurídica de los menores de edad.

Ahora bien, si se analiza el tema de fondo la mayor controversia no se origina de acceder a la maternidad subrogada en otro país donde si se permite abiertamente, si no de lograr identificar plenamente la filiación de un niño, niña o adolescente a través del registro civil, sin embargo, se podría deducir que desde que el menor de edad sea identificado como hijo de un nacional colombiano este tendrá derecho a la nacionalidad por el ius sanguinis.

Cabe resaltar que la libertad procreacional debe estar expresada en no coartar la voluntad de las parejas de formar una familia, es decir, que puedan tener hijos, y que por causas de

orden biológico como la esterilidad o la infertilidad no lo pueden conseguir. Por el contrario, el Estado está en la obligación de garantizar el derecho que toda persona tiene de formar su propia Familia en favor de la descendencia, haciendo uso de los medios tecnológicos que el mismo ser humano ha creado a través del desarrollo de la ciencia como son las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y que ha puesto a disposición para solucionar las dificultades de las parejas que adolecen de esta cualidad biológica. (López y Coy, 2013, p. 60)

Para concluir es el Estado Colombiano quien debe dar seguridad jurídica a sus connacionales permitiendo la libertad de conformar familia, aplicando los principios dispuestos para tal fin, sobre todo, los del Artículo 42 de la Constitución Política, donde sin importar si la relación familiar es biológica o filial todos los menores de edad tienen iguales derechos.

**Capítulo III. El contrato de alquiler de vientre es sinalagmático ya que se basa en la reciprocidad y equilibrio de las prestaciones, en aras de cumplir con el derecho fundamental a la autonomía privada derivado de los valores impuestos por el Estado Social de Derecho**

Teniendo en cuenta que los contratos imponen a las partes cargas u obligaciones reciprocas, es preciso establecer dentro del contrato de alquiler de vientre cuáles serían esas obligaciones o condiciones aplicables a dicho negocio jurídico.

Es importante señalar tal y como lo indica los doctrinantes Neme y Chinchilla, los cambios sociales implican una evolución jurídica en el entendido que el contrato debe ser sinalagmático, ya que el mismo se basa en la reciprocidad, en el equilibrio, en aras de cumplir con el derecho fundamental a la autonomía privada derivado de los valores impuestos por el Estado Social de Derecho, generando así, una valoración importante en el comportamiento de las partes y del contenido y función del negocio lo que da proporcionalidad de las prestaciones, y lo explican de la siguiente forma:

La tutela de estos elementos se realiza no solo en la formación y celebración del contrato, sino que está presente en todo el devenir de la relación obligatoria. Es justamente esta reciprocidad —y la necesidad de preservar un equilibrio en la relación contractual— lo que explica que la buena fe deba poseer una dirección bilateral y, en consecuencia, pueda operar no solo respecto a los derechos y obligaciones de ambas partes en el contrato, sino en el sentido de ampliar ya sea las obligaciones asumidas mediante el contrato, o limitar

dichas obligaciones contractuales, en los casos en que hacerlas valer según su tenor literal contrastaría precisamente con el propio principio de buena fe. (2018, pp. 20-21)

### **El contrato de alquiler de vientre está limitado a la aplicación a la constitución y la ley**

El Código Civil en su artículo 1494 indica que las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales tienen limitaciones, sus derechos no son absolutos, pues la limitación al ejercicio permite que las demás personas puedan también ejercer sus derechos para satisfacer sus necesidades, ya que las mismas nacen de esa voluntad real de obligarse; en el artículo 1495 aclara que los contratos constituyen ese mecanismo jurídico que permite a las personas intercambiar productos o servicios, dar, hacer o no hacer una o varias cosas. Con la norma anterior se observa la exigencia de unas condiciones que una vez cumplidas por las partes se pueden obligar mediante la celebración y ejecución de un contrato.

De la Vega (1986), asimila la norma y define el contrato como:

...un acto jurídico bilateral generador de obligaciones, que puede definirse en toda su amplia comprensión conceptual como el acto jurídico que celebran dos o más personas capaces mediante el concurso de sus voluntades para el cumplimiento de una prestación lícita por parte de la persona o personas que se obligan justamente.” (p. 20)

Siguiendo a Neme y Chinchilla, es preciso determinar que el desarrollo del contrato resulta más apropiado si se pondera desde el sinalagma y no desde la voluntad de las partes; pues desde este precepto es posible realizar un adecuado desarrollo y cumplimiento contractual.

Ahora bien, para revisar el desarrollo de la autonomía de la voluntad partimos de su concepción como facultad otorgada por el ordenamiento jurídico a las personas para que puedan de manera autónoma responder a intereses con efecto vinculante los cuales a su vez generaran derechos y obligaciones, con los límites del orden público y las buenas costumbres dentro del intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación, facultad que se concreta con la celebración de contratos. (Reyes, 2011, pp. 265 -266)

Dentro de esos derechos y obligaciones y la celebración de contratos, están inmersas las necesidades de las personas por tener núcleos sociales como la familia, que han hecho que se reinventen las teorías clásicas de conformar ese núcleo básico y dados los avances tanto científicos como jurídicos se dan las posibilidades de crear familia mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida, dentro las cuales se encuentra la que es objeto de la presente investigación: el contrato de alquiler de vientre, arrendamiento de vientre o maternidad subrogada.

Ello se debe a que:

Lo anterior refleja, de manera ostensible, que la ciencia y la tecnología han irrumpido en el derecho, ubicándolo en la labor de cuestionar algunas situaciones reales, que son de

avanzada y no reguladas, creando un estado de inseguridad jurídica por la ausencia de normas que establezcan parámetros claros sobre las consecuencias jurídicas que estos problemas generan.” (Moadie, 2011, p.11)

De lo anterior referido por Moadie, se deduce que esa interrupción o incursión de la ciencia y la tecnología en el derecho privado, ha repercutido en el Derecho de Familia, pues los avances de las técnicas de reproducción humana asistida y los mecanismos jurídicos permiten a las personas conformar su grupo familiar desde una realización diferente a la fecundación in vivo, se observa como el derecho ha dado paso a la conformación del núcleo familiar mediante la adopción, la familia de crianza y el contrato de alquiler de vientre.

Visto lo anterior, es preciso establecer cómo la flexibilidad interpretativa de las leyes permite a las personas satisfacer sus necesidades realizando actos tendientes a encontrar una familia, de tal manera que puedan utilizar los medios y recursos suficientes siempre y cuando no adolezcan de alguna de las causales establecidas en el Código Civil, en el artículo 1502, las cuales son que haya un objeto lícito y una causa lícita e igualmente que los contratantes sean capaces.

Con el fin de llegar a una conclusión sobre la limitación o condiciones que se aplicarían al contrato de alquiler de vientre, se entiende que es un contrato atípico, por ello se recurre a la supletoriedad y analogía normativa. Frente a ello la corte constitucional ha dicho:

El primero de los artículos citados no deja lugar a dudas acerca de que es la ley la norma que en primer término debe aplicarse cuando el caso controvertido puede ser subsumido en ella. Y el segundo, a la vez que corrobora el mandato anterior, designa a la costumbre, cuando satisface ciertas condiciones, como norma jurídica supletoria, "a falta de legislación positiva". Es la que se conoce en doctrina como costumbre *praeter legem*, llamada a integrar el ordenamiento, en subsidio de la norma principal, cuando ésta no contempla la situación sub *judice* y aquélla sí lo hace. (Sentencia C-083 de 1995)

Lo anterior tomado por el cuerpo colegiado haciendo referencia a la ley 153 de 1887, en su artículo 8, el cual establece “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.”, seguidamente el artículo 13 de la misma norma, establece que “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva.”

La supletoriedad normativa es esa aplicación de una norma a un caso concreto no regulado en otra norma, entonces vía de analogía se suple ese vacío, es decir es una:

...relación que existe entre una situación prevista en una norma y otra que no se encuentra comprendida en aquella, pero que, por la similitud entre las dos, permite el mismo trato jurídico, sin agravio para la justicia. La aplicación de la analogía tiene diferente valor según se trate de normatividades de derecho público o de derecho privado, pues su aplicación en el primero es bastante restringida. (Sierra, 2003, p. 28).

La Corte Constitucional señaló que:

La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general. La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución. (Sentencia C-083/95, 1995)

Para los doctrinantes Valencia Zea y Ortiz Monsalve:

Mediante la analogía se trata de elaborar una norma jurídica para regular un caso imprevisto en la ley, pero con fundamento en la misma ley. La analogía representa, pues, una extensión de la ley a otros casos de los expresamente previstos. (2004, p.168)

También los autores hacen referencia sobre la analogía legis y la analogía juris; la primera es la aplicación de la norma jurídica a un caso semejante y la segunda es la aplicación de reglas o principios.

Y seguidamente exponen los autores, que:

Con razón dicen los autores que la investigación de una solución jurídica mediante la analogía encuentra su fundamento en un sentimiento profundo de la igualdad jurídica, que debe presidir las relaciones sociales. (2004, p.169)

Sin embargo, la Corte Constitucional se ha manifestado indicando unas condiciones y límites al mencionado contrato, en un intento por normarlo en la Sentencia T-968/09 (2009), donde manifestó que:

Dentro de este contexto se ha evidenciado la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones” como los siguientes: (i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las

partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.”

Frente al pronunciamiento de la Corte Constitucional es preciso tener en cuenta que se imponen unos límites, los cuales serían del orden de la esencia del contrato, igualmente se aplicarían reglas vía supletiva o analógica que serían los elementos de la naturaleza y a ellos se agregarían otros elementos que serían accidentales, es decir las condiciones específicas del acto jurídico – comercial pactadas por las partes.

A continuación, se explican de manera más detallada esos requisitos exigidos en la Sentencia T-968/09 (2009):

“(i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir”, este límite se predica o exige sobre la mujer de intención, porque la mujer que presta o alquila su vientre debe estar en óptimas condiciones de salud.

“(ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre)” este límite funda su razón en que la mujer que alquila su vientre no tenga ningún vínculo biológico con el feto que se procreara dentro de su vientre, de lo

contrario sería ella la madre biológica y tendría prevalencia a reclamar dichos derechos maternos.

“(iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas”, es decir que el alquiler vientre busca un fin altruista, y no generar un negocio económico, sin embargo, es de aclarar que si bien no debe perseguir un fin lucrativo tampoco se debe descartar la existencia de una remuneración que cubra los gastos derivados del embarazo los cuales deben ser sufragados por los padres de intención.

“(iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.”, esta exigencia es necesaria debido a que con ello se demuestra que la mujer gestante es jurídicamente capaz, que su estado de salud le permite tener las condiciones ideales para soportar el embarazo y haber tenido la experiencia como madre y así ofrecer unas mejores garantías para el proceso de gestación.

“(v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas”, este requisito es sencillamente lógico, pues con dichos exámenes se establece la idoneidad, capacidad y estado de salud de la futura gestante, y si bien es un requisito dejado en el entramado esencial del contrato también se puede estipular o ampliar en las condiciones accidentales del contrato.

“(vi) que se preserve la identidad de las partes”, este fin persigue la protección de las partes involucradas en la celebración y ejecución del contrato de alquiler de vientre.

“(viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia”, esta condición o límite, se aplica con el fin de evitar que se desfigure el objeto del contrato, la limitación impone la obligación a los encargantes o intencionales a aceptar el niño nacido como resultado del alquiler del vientre, pero se debe aclarar que en caso de presentarse una negativa esta carga no puede ser impuesta a la madre de alquiler.

“(ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor”, esta limitación, condición o exigencia tiene por objeto prever una posible situación de fuerza mayor, con el fin de evitar la desprotección tanto de la mujer gestante por encargo como del niño resultante del mismo encargo.

“(x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros”, aquí con este límite quedan varias situaciones a desarrollar o tener en cuenta dentro del proceso de gestación por alquiler de vientre; ejemplo ¿qué pasaría en el caso que los padres o el padre intencional tenga la necesidad de desistir del alquiler de vientre por una situación ajena a su voluntad? ¿Se podría aplicar la autorización para abortar establecida en la Sentencia C-055 de 2022?, téngase en cuenta que este pronunciamiento de la Corte Constitucional es posterior a la Sentencia T-968/09 (2009).

Además, la Sentencia T-968/09 (2009), deja una avenida de posibilidades al mencionar “entre otros”, lo que permitiría el desarrollo de los elementos accidentales aplicables al contrato de alquiler de vientre. Dentro de los cuales se puede estipular los siguientes:

A partir de cuándo y hasta cuándo se debe tener en cuenta el **plazo** aplicable al contrato, pues dentro del mismo se debe establecer el tiempo suficiente para la preparación previa a iniciar la gestación, igualmente si se requiere plazo posterior al parto.

En cuanto a la **remuneración**, si bien es un contrato al que la misma jurisprudencia le establece una prohibición lucrativa, no es menos cierto que hay costos que deben satisfacer los gastos necesarios del proceso de gestación y sus posibles complicaciones, los cuales deben ser asumidos por los padres intencionales, que si bien no conducen a generar riqueza deben cubrir gastos que la mujer gestante no tiene por qué asumir.

El **perfeccionamiento** se realizaría cuando hay acuerdo de las voluntades entre los padres intencionales o encargantes y la madre gestante.

En cuanto a la **forma de pago** de los costos considerados necesarios para sufragar los gastos de la mujer gestante, se debe establecer un monto y un modo de pago que permita suplirlos.

En cuanto al **lugar** donde deba realizarse el tratamiento incluyendo si se requiere el traslado de la mujer gestante a un lugar diferente al de su residencia, este debe quedar estipulado dentro del clausulado contractual.

Las únicas prohibiciones existentes son las establecidas en el artículo 134 del Código Penal. Fecundación y tráfico de embriones humanos:

El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tenga una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título.

Para el artículo en referencia solo se prohíbe la fecundación siempre y cuando se desarrolle con objeto distinto al de la procreación humana. Con lo anterior se puede determinar que el Código Penal no prohíbe la práctica de la maternidad subrogada solo la inadecuada manipulación de las técnicas de reproducción asistida. (López y Coy, 2013, p.57)

Así mismo, el artículo 187 del Código Penal Colombiano, para la “Inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas” establece: “Quien insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento incurrirá en prisión...”, tema que no corresponde a lo pertinente al contrato de alquiler de vientre debido que en el mismo prima la voluntad de las partes.

**La aplicabilidad del contrato de alquiler de vientre se permite como respuesta a la necesidad de conformar una familia cuando por medios naturales no se puede concebir**

La aplicabilidad del contrato de alquiler de vientre en Colombia es permitida como solución a los problemas terapéuticos cuando existe esterilidad irreversible, o cuando ni siquiera por medios médicos o quirúrgicos la pareja logra la posibilidad de concebir sus propios hijos, entonces es cuando por medio del contrato de alquiler de vientre se puede tratar dicha deficiencia concibiendo hijos en un vientre alquilado con material genético de la pareja. (Sanz, 2002, p. 45).

Cabe resaltar que el legislativo ha sido inoperante al respecto de regular dicho contrato, pues en los casos que se han presentado proyectos de ley no han pasado a aprobación como es el caso del año 2003, donde se presentó el proyecto No. 046 ante el Senado de la República, buscando regular el contrato sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en lo referente a los centros autorizados por el Ministerio de Protección Social que desarrollen estas técnicas y a las personas que los requieran.

Llama la atención el anterior proyecto de ley, que en su capítulo III, denominado Contrato de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, consigna lo siguiente:

Artículo 9°. Concepto. Es un contrato en el que las dos partes se obligan recíprocamente, la una que se denominará Centro Autorizado para la realización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, a realizar una actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación, a través de donantes de gametos y preembriones, y la otra que se denominará usuarios a pagar por este servicio.

PARAGRAFO: El contrato de alquiler de útero es nulo de pleno derecho”.

Al respecto López y Coy indican:

Si bien es cierto, se intentó con este proyecto de ley, regular el contrato sobre las Técnicas ya mencionadas, también se puede observar que de forma expresa rechaza la posibilidad de entrar a regular sobre la Maternidad Subrogada y a la vez resulta muy interesante que para esta fecha en Colombia ya se mencione el tema de la Maternidad Subrogada, así sea para su prohibición, es decir que ha sido un tema, no ajeno al interés social y que por tal razón ha estado en discusión al interior del Congreso.” (2013, pp. 48-49)

Igualmente, para el año 2018, se presentó el proyecto de ley estatutaria No. 70, por medio de la cual se “prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos”, el mismo proyecto argumentaba que:

En nuestro país, esta práctica despierta gran inquietud debido a la falta de información, carencia de legislación y la escasa jurisprudencia sobre el tema, que no permiten saber si está permitida, prohibida o cuáles son sus límites. Por ello, esta iniciativa legislativa (que ya hemos presentado en dos ocasiones anteriores y que ha sido aprobada hasta en tercer debate) se basa en un estudio técnico, jurídico, social y ético de la problemática y pretende prohibir la maternidad subrogada al considerarla ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos y regularla para parejas colombianas con problemas de infertilidad o de gestación. Esto, mediante la protección

de los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, y la protección del que está por nacer.

También pretendía que:

Todo acto jurídico en el que se pacte la obligación de subrogar o alquilar el vientre con fines de lucro, se entenderá nulo de pleno derecho.

Solamente se permitirá la maternidad subrogada con fines altruistas cuando:

1. Se realice entre nacionales colombianos;
2. Se presente certificado médico en el que se demuestre incapacidad física o biológica para concebir.
3. Se realice entre sujetos que gocen de plena capacidad que conste mediante declaración extrajudicial juramentada.

Adicionalmente, en el artículo 4, adicionaba un artículo, el 188E dentro del Código Penal, el cual tendría el siguiente texto:

188E: De la maternidad subrogada con fines de lucro: “El que promueva, financie, pague, colabore o constriña a una mujer a llevar a cabo un contrato de alquiler de vientres con fines de lucro incurrirá en prisión seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se concluye que la aplicabilidad del contrato de alquiler de vientre en Colombia corresponde a esa necesidad de conformar familia por parte de personas que por motivos de deficiencia en la salud reproductiva encuentra una vía jurídica contractual para que se procreen hijos con su material genético o de un donante en un vientre alquilado.

Igualmente, es preciso resaltar que dicho acto jurídico no es desconocido en Colombia, pues tanto el legislativo ha intentado regularlo, la jurisprudencia se ha pronunciado y los doctrinantes, aunque de forma muy corta han hecho algunos análisis del pacto de voluntades materia de la presente investigación.

### **Las transformaciones generadas por el contrato alquiler de vientre afectan el derecho de familia y el derecho contractual civil**

Las transformaciones generadas con el contrato de alquiler de vientre serian dos; la primera tiene que ver con la forma de conformar la familia, pues con este mecanismo o herramienta jurídica se permite a las personas crear familia cuando por motivos de salud reproductiva no les es posible gestar de forma natural o in vivo, así que resulta una oportunidad para compensar ese vacío emocional que significa la infertilidad.

La segunda se presenta cuando por medio de este se demuestra la posibilidad de que las personas celebren contratos o actos jurídicos que a pesar de no estar regulados en la ley se pueden pactar o celebrar y ejecutar de manera que permiten la libre expresión de la voluntad humana, siempre y cuando no vulneren la Constitución, las leyes y el orden público.

Con el impacto generado con la celebración y ejecución de este tipo contractual, se demuestra la evolución jurídica de acuerdo con el momento socio – histórico en el que avanza la sociedad, es por eso que:

A medida que el tiempo transcurre, las leyes se modifican y se ajustan a las necesidades de la sociedad, simple y llanamente porque el Derecho, que se expresa a través de un conjunto de normas, es el reflejo de la intención de un grupo humano de ordenar la vida en sociedad, desde el punto de vista de la justicia; un intento por regular sus actuaciones y las de la administración y una lucha constante porque estas, a su vez, se encuentren codificadas en el texto legal, garantizando con ello el control necesario para propender por el bien común y el respeto de los derechos de las personas.” (De La Espriella, 2011)

El nacimiento a la vida jurídica y publica del contrato de alquiler de vientre genera un avance social, pues dicho acto jurídico ha estado mitificado y satanizado, pues los medios de comunicación han generado información sobre su ilegalidad y punibilidad lo que ha hecho que las personas prefieran mantener dicho contrato a la sombra del conocimiento, cuando en realidad no está prohibido y se puede realizar utilizando la supletoriedad y analogía normativa.

De esta forma invita a la sociedad a desarrollar sus derechos expresados mediante la voluntad, con contratos atípicos que pueden ser desarrollados aplicando la supletoriedad y analogía normativa y de esta forma dar vida jurídica a actos contractuales conformados por la aplicación de normas propias de otros contratos, esto en aplicación a la actualidad jurídica de un derecho vivo de acuerdo con el momento y necesidad de la sociedad.

### **Conclusión**

Una vez revisadas las normas civiles en Colombia, se determina que estas permiten la celebración de los contratos y sus obligaciones, dentro de los cuales se analizó la Constitución Política, frente al concepto de familia y a la libertad de la autonomía privada, es preciso determinar la existencia de unos límites a la celebración y ejecución de los contratos atípicos; específicamente el contrato de alquiler de vientre o maternidad subrogada el cual es fue materia de esta investigación.

Los límites entendidos como líneas, fronteras o barreras impuestos por la ley, marcan hasta dónde pueden llegar las actuaciones jurídicas de las partes bajo el amparo de la autonomía de la voluntad en la libertad contractual (Reyes, 2011, p. 265).

Existe un límite en cuanto a la “obligación de informar que surge como una exigencia impuesta por el principio de buena fe que debe estar presente en todo contrato”. (Maza, 2017, p.12)

Estos límites no pueden ni ir en contra de la voluntad de tal forma que los vulneren y su misión es poner barreras a los derechos de los contratantes cuando lesionen los derechos de la contraparte, esto debido:

“La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación. (Sentencia C-934/13, 2013).

Es preciso indicar que el contrato de alquiler de vientre en Colombia se celebra por medio de la voluntad de las partes, lo cual conlleva la formación del consentimiento y aplicando las normas de manera supletiva y analógica debido a que dicho contrato no se encuentra regulado por la ley.

Entendiendo como ya se ha dicho, que el contrato de alquiler de vientre es un acuerdo de voluntades mediante el cual una mujer denominada gestante es contratada por personas denominadas contratantes o padres con intención, con el fin de que en su vientre se geste un niño con material genético de los intencionales contratantes o de donantes y cuando nazca el niño sea entregado a los padres intencionales.

Esta aplicación supletiva o analógica de la norma tiene como principio evitar controversias entre las partes, que a su vez está guiada por un efecto de la voluntad que deriva en

el consentimiento y la buena fe; la cual es ese elemento subjetivo presumible de que no hay un fraude en la realización de un acto o adquisición de una cosa, es una convicción de estar actuando de manera o forma correcta sin generar un daño. (Velásquez, 2004, pp. 140 - 141)

Igualmente se predice de una disposición del cuerpo humano en la realización del contrato de alquiler de vientre, dicha disponibilidad se limita en cuanto a que no haya un interés patrimonial y que las partes inmersas en el negocio jurídico no resulten afectadas en su integridad en tales actos de disposición, la problemática radica en la necesidad de concebir una familia mediante dicho contrato el cual es una realidad, pues presta una función reproductiva. (Velásquez, 2004, pp. 6 – 7)

En Colombia es posible celebrar y ejecutar el contrato de alquiler de vientre, debido a que la normatividad no lo prohíbe, y el fin que con él se persigue que es la procreación de familia está permitida en la Constitución Política y la normatividad civil colombiana admite realizar la aplicación normativa por medio de la supletoriedad y la analogía jurídica.

Los contratos de alquiler de vientre se celebran en el exterior en países que permiten realizar estos procedimientos tanto científicos como jurídicos, en los cuales se cumplen los requisitos para la salida de ese país del niño o niña; ahora bien, en Colombia según pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia SU- 696/15 (2015) se debe tener en cuenta:

Por lo tanto, la Sala Plena considera que en aras de preservar el derecho a la igualdad de los niños que forman parte de familias diversas, por analogía, se deben extender dichas presunciones cuando se trata del reconocimiento de la paternidad, la nacionalidad y, sobre todo, la personalidad jurídica de los menores de edad.

Los límites más claros aplicables son aquellos establecidos en la Sentencia T-968/09 (2009), entre otros que pueden ser de forma accidental pactados por las partes con el fin de darle claridad al contrato.

Su aplicabilidad depende de las condiciones y necesidades de las personas que por padecer deficiencias en la salud relacionadas con la procreación acuden a esta figura contractual.

En el derecho colombiano se permiten transformaciones en el sentido de aplicar la supletoriedad y analógica de las normas existentes, para regular las formas de manifestación de la voluntad jurídica de las personas.

Estas limitaciones son necesarias para evitar la oscuridad y el abuso en la celebración, ejecución y cumplimiento del contrato de alquiler de vientre, estas dificultades se pueden ver en algunos casos que han salido a la luz pública, como los siguientes:

**CASO 1.** Se origina en Cali, este caso concretamente no se dio como resultado de un contrato de alquiler de vientre, sino por una estrategia del demandante para alegar el derecho sobre los niños gestados y nacidos mediante un procedimiento de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en el cual había material genético de la madre gestante, lo más interesante de

este caso son las consideraciones de la Corte Constitucional respecto del contrato de alquiler de vientre en Colombia. (Sentencia T-968/09, 2009)

**CASO 2.** Este caso se presentó en San Diego Estados Unidos, como consecuencia del alquiler de vientre realizado por Jessica Allen, para una pareja de asiáticos, quien se inscribió para ser madre sustituta en abril de 2016, le implantaron a Allen el embrión de la pareja en su propio útero a través de la fertilización in vitro, ella siguió las instrucciones medicas indicadas, sin embargo a las seis semanas los médicos descubrieron que tenía un embarazo de dos embriones, debido a esto los contratantes realizaron un abono mayor en dinero, en diciembre de 2016 nacieron por cesárea a las 38 semanas los dos bebés, uno de los niños se veía con rasgos asiáticos el otro no, casi un año después la madre asiática envió a Allen una imagen y le manifestaba la duda que no eran de ella, luego los niños fueron sometidos a prueba de ADN, lo cual dio como resultado que los niños no eran gemelos, era el bebé biológico de Allen y su esposo, se inició una batalla jurídica para lograr que le entregaran el niño a ella. (Desirée, 2021)

**CASO 3.** Este caso ocurre en Reino Unido, donde Carole Horlock , quien ha gestado 13 partos por alquiler de vientre, tiene una complicación con su alquiler número 9, siempre los médicos le aconsejaron no tener relaciones sexuales, pero ella lo tomo como algo sin sentido, sin embargo, seis semanas después, Carole recibió una llamada en la que los padres de su hijo sustituto, molestos, le comentaron que el ADN mostró que el hijo no era de ellos. Allí descubrió que el pequeño era en realidad hijo de ella y de su esposo Paul. (El Tiempo, 2022)

**CASO 4.** Este caso sucede en Tailandia, donde una pareja homosexual contrató un alquiler de vientre con una mujer tailandesa, del cual resultó una niña que fue entregada a los padres contratantes, pero cuando supo que eran una pareja homosexual decidió no firmarles los documentos para que ellos pudieran realizar el trámite de salida hacia España aduciendo su condición. (Telemetro, 2016)

**CASO 5.** Este caso es de niños nacidos en Ucrania por alquiler de vientre y debido a la pandemia generada por el COVID 19 quedaron atrapados en el país por el cierre de las fronteras, allí se permite dicho contrato donde acuden personas de muchas partes del mundo inclusive de Latinoamérica, la empresa BioTexCom, es la empresa que tiene este problema, allí “El alquiler de vientres se autoriza a todo “matrimonio heterosexual que demuestre problemas de fertilidad, y es necesario que uno de los progenitores tenga vínculo genético con el bebé.”, “Los bebés tienen un certificado de nacimiento que dicta que son hijos de padres extranjeros”. (El Eco, 2020).

**CASO 6.** Este caso sucedió en Tailandia, donde una pareja de australianos realizó un contrato de alquiler de vientre con una mujer tailandesa el cual generó un embarazo gemelar, los contratantes tuvieron conocimiento de tal situación, igualmente que el niño padecería síndrome de Down, problemas pulmonares y una afección respiratoria, por lo que decidieron tan pronto nacieron los niños, tomar la niña y dejar al niño abandonado a cargo de la madre gestante. (El País, 2014).

Analizada la información compilada y aportada en el presente documento, se establece que el contrato de alquiler de vientre goza en Colombia de una ejecutabilidad vía supletoria y analógica de las normas jurídicas existentes y toda vez que no existe una prohibición legal.

También es preciso establecer que hay países que permiten la celebración de dicho acto jurídico, el caso de algunos estados de Estados Unidos, Ucrania y lo permitía también Tailandia, sin embargo, hay países donde no se permite, pero existen allí empresas cuya actividad o giro de sus negocios es en torno a realizar dichos contactos y tramites como el caso de España y Australia.

Se observa también que donde es permitido existen exigencias tales como que el material genético sea al menos de uno de los integrantes de la pareja contratante, interesada o intencional, otros exigen que sea entre nacionales como en México en los Estados de Tabasco y Sinaloa, donde se permite para parejas heterosexuales de forma altruista y cuando exista una incapacidad médica. (Álvarez, 2019)

Vale la pena también analizar algunas posturas del del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH, al respecto El tratadista Carlos Martínez en su artículo Maternidad Subrogada Internacional, extrae dos sentencias, que a continuación se exponen:

**Caso Mennesson versus Francia de junio de 2014:** En este caso el matrimonio de Dominique y Sylvie Mennesson decidieron recurrir a la maternidad subrogada en California, la cual está prohibida en Francia, el marido aportó el espermatozoide, sin embargo el ovulo era de

una donante, implantados en útero de la madre gestante lo cual dio gemelos, el Tribunal de California decretó como padres a los señores Mennesson, el Consulado francés en los Ángeles se rehusó a inscribir a los niños en el Registro civil como hijos de los Mennesson, luego de un largo proceso el Tribunal Supremo francés definitivamente rechazó dicha inscripción, esta sentencia fue recurrida ante el TEDH.

El TEDH analizó si hubo violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, llegando a la conclusión que a los niños se les vulneró el derecho a una vida privada, al impedir la relación de filiación con el padre biológico, sin embargo, en esta sentencia no se dio un espaldarazo a la maternidad subrogada, pues el TEDH no se concentró en dicha maternidad, sino en la relación biológica existente entre el padre y los gemelos, vínculo que fue impedido por las autoridades francesas.

Igualmente cita el doctrinante, el dictamen no vinculante del TEDH de abril de 2019, a petición de la Cour de Cassation francesa, en el cual el TEDH emite algunas afirmaciones como:

Que el niño tenga el derecho a que se le reconozca su relación jurídica paterno – filial con la madre comitente designada en el certificado de nacimiento legalmente expedido en el extranjero, como madre legal.

Que el derecho del niño a que se le respete su vida no requiere que dicho acto sea inscrito en el registro de nacimiento, pueden ser utilizados otros medios para tal fin, como la adopción, de tal forma que se aplique con prontitud y eficacia.

**Caso Paradiso y Campanelli versus Italia de junio de 2014:** En este caso el matrimonio conformado por Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, ante su infertilidad recurrieron a la maternidad subrogada en Rusia (prohibida en Italia), la esposa viajó llevando el líquido seminal de su marido, para un proceso de fecundación in vitro con ovulo de donante, del proceso resultó un niño en febrero de 2011, la madre gestante consintió que el niño se registrara en el certificado de nacimiento con los datos de los padres intencionales, la esposa regresó a Italia con el niño en abril de 2011, en mayo se iniciaron varios procedimientos legales contra el matrimonio por violación a las leyes italianas referentes a la adopción y a la reproducción asistida, en dicho trasegar se negó la inscripción del certificado de nacimiento emitido por Rusia, en agosto de 2011 se realiza examen de ADN por decisión de los tribunales italianos, lo que determinó que no había vínculo biológico entre el padre y el niño, en octubre de 2011 se dio orden de retirada del niño y abrió proceso de adopción y posteriormente fue adoptado por otra familia, los tribunales italianos rechazaron todas las pretensiones de recuperar el niño por parte de los esposos, por lo que ellos recurrieron al TEDH, el cual en primera decisión en enero de 2015, consideró que se había violado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el gobierno italiano recurrió tal decisión ante la Gran Sala, se destaca la inexistencia de vínculo biológico entre los padres intencionales y el niño, la corta convivencia entre la familia, que el niño no hacía parte del procedimiento por falta de legitimación de los padres para actuar en nombre del niño. La decisión de la Gran Sala fue determinar que no hubo violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Concluye el autor que la ruptura familiar no fue imputable directamente a los esposos pero si generaron inseguridad jurídica al estar contra el derecho italiano, ya que no había vínculo biológico y la corta duración de la convivencia entre los padres intencionales y el niño no generaron condiciones para pensar en vida familiar en el sentido del artículo 8 del CEDH. (2021, pp. 329 – 335).

Como tema final, surge la problemática o la duda de como sacan del país a los niños concebidos mediante el contrato de alquiler de vientre; no está en ninguna norma regulado, en Colombia es madre quien da a luz al niño o niña y padre el registral; es decir el hombre que aparece en el registro civil como padre, sea biológico o no, de esta forma la madre gestante autoriza la salida del país al padre registral.

Para solucionar el problema de filiación sería pertinente proceder a realizar la impugnación de la maternidad, con la cual se demuestra que la madre gestante no es la madre biológica y ella pierde ese derecho, con lo cual procedería la compañera del padre registral a realizar la adopción del niño o niña resultante de la celebración del contrato de alquiler de vientre.

Si el material genético es de la madre se debe demostrar que el material genético paterno es derivado de una donación, y sucede a la inversa cuando la situación es la misma frente a la madre y si el material genético de ambos padres intencionales es producto de donación, solo es demostrar tal situación. Esto con el fin de evitar cualquier controversia y se alegue como fundamento de la misma que los padres intencionales no son tal figura por ausencia de genética.

### **Bibliografía**

Alessandri, A. (1976). Derecho Civil. De los contratos. Editorial Zamorano y Caperan.

Álvarez, C. y Reyes, J. (2018). Contratos atípicos en la administración pública [Artículo de Especialización, Facultad de Derecho. Universidad Santo Tomas]. Repositorio institucional USTA. <https://repository.usta.edu.co>

Aramburo, J. (2019). Derecho de Familia. (2ª Ed.). Leyer.

Barona, R. (2015). *La Contratación de Profesionales y Trabajadores de la Salud, Protección del trabajo Digno*. Leyer.

Bonivento, J. (2008). *Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los contratos comerciales*. (10ª Ed.). Librería Ediciones del Profesional LTDA.

Cámara de comercio de Medellín. (2015). *Laudo arbitral Comunicaciones celular SA., COMCEL S.A., y UNE EPM Telecomunicaciones SA. (Arbitros Dr. Juan Carlos Cuesta, Dr. Alier Hernández y Dr. Carlos Ignacio Jaramillo)*

Congreso de la Republica. (1996, 22 de julio). *Ley 294 de 1996. Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar*. Diario Oficial núm. 42836.

Congreso de la Republica. (2000, 24 de julio). *Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial núm. 44097.

Constitución Política de Colombia, [Const.] (1991) Bogotá. Leyer.

Corte Constitucional. (1993, 23 de junio). Sentencia T-240/93. (Eduardo Cifuentes Muñoz M.P.).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-240-93.htm>

Corte Constitucional. (1995, 1 de marzo). Sentencia C-083/95. (Carlos Gaviria Díaz M.P.).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm>

Corte Constitucional. (1995, 7 de diciembre). Sentencia T-597/95. (José Gregorio Hernández Galindo, M.P.).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-597-95.htm#:~:text=Sustantivo%20del%20Trabajo.-,Se%20trata%20de%20una%20previsi%C3%B3n%20del%20legislador%20en%20cuya%20virtud,expresa%2C%20acogerse%20al%20nuevo%20r%C3%A9gimen>

Corte Constitucional. (2001, 6 de diciembre). Sentencia T-1306/01. (Marco Gerardo Monroy

Cabra M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/T-1306-01.htm>

Corte Constitucional. (2003, 1 de abril). Sentencia C-271/03. (Rodrigo Escobar Gil M.P.).

Corte Constitucional. (2005, 14 de abril). Sentencia C-401/05. (Manuel José Cepeda Espinosa,

M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-401-05.htm>

Corte Constitucional. (2009, 18 de diciembre). Sentencia T-968/09. (María Victoria Calle Correa

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

Corte Constitucional. (2009, 6 de agosto). Sentencia T-537/09. (Humberto Antonio Sierra Porto

M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-537-09.htm>

Corte Constitucional. (2011, 26 de julio). Sentencia C-577/11. (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>

Corte Constitucional. (2013, 11 de diciembre). Sentencia C-934/13. (Nilson Pinilla Pinilla, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-934-13.htm>

Corte Constitucional. (2015, 12 de noviembre). Sentencia SU- 696/15. (Gloria Stella Ortiz Delgado M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU696-15.htm>

Corte Constitucional. (2015, 18 de febrero). Sentencia T-070/15. (Martha Victoria Sáchica Méndez M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-070-15.htm>

Corte Constitucional. (2016, 22 de febrero). Sentencia T- 074/16. (Alberto Rojas Ríos M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-074-16.htm>

Corte Constitucional. (2016, 28 de abril). Sentencia SU-214/16. (Alberto Rojas Ríos M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>

Corte Constitucional. (2022, 21 de febrero). Comunicado Sentencia C-055/22. (Antonio Jose Lizarazo y Alberto Rojas Ríos M.S.)

De Aguirre, C. (2021). Maternidad Subrogada Internacional: una aproximación. En Blanco, J. y Tena, I. (Coor.). *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al profesor Gabriel García Cantero*. Tirant lo blach.

De La Espriella, A. (2011, 14 de marzo). La sociedad avanza, el Derecho evoluciona. *Ámbito Jurídico*.

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/la-sociedad-avanza-el-derecho-evolucion>

De la Maza, I. (2017). Derecho contemporáneo, Derecho de los contratos. En Oviedo, J. (Coord.) Astrea. Universidad Sergio Arboleda.

De la Vega. (1986). Derecho de Obligaciones. (4ª Ed.). Editorial Temis S.A.

Desirée. (2021, 15 de noviembre). Una madre sustituta cree que dará a luz a gemelos pero lo impensado ocurre. *The healthy mother*.

<https://thehealthy-mother.com/es/una-madre-sustituta-cree-que-dara-a-luz-a-gemelos-pero-lo-impensado-ocurre/12/>

Diez-Picazo. (2007). Fundamentos de derecho patrimonial. Introducción y teoría del contrato. Vol. I. Thomson Civitas.

El Eco. (2020, 15 de mayo). Niños nacidos de vientres en alquiler varados en Ucrania.

<https://elecodigital.com.uy/sociedad/ninos-nacidos-de-vientres-en-alquiler-varados-en-ucrania/>

El País. (2014, 4 de agosto). Bebé con Síndrome de Down abandonado en Tailandia recibe ayudas por Internet.

<https://www.elpais.com.co/mundo/bebe-con-sindrome-de-down-abandonado-en-tailandia-recibe-ayudas-por-internet.html>

El Tiempo. (2022, 27 de febrero). El drama que enfrenta una mujer que tuvo 13 bebés por vientre de alquiler.

<https://www.eltiempo.com/cultura/gente/mujer-dio-a-luz-a-13-hijos-sustitutos-y-hoy-en-dia-vive-un-drama-651695>

Guerra, M y Valencia, L. (2018). Proyecto de ley No, 070. Por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-271-03.htm>

Hinestrosa, F. (2015). Tratado de las Obligaciones II. Universidad Externado de Colombia.

Jaramillo, C. (2016). Principios Rectores y Reglas de Interpretación de los Contratos. *Colección Ensayos*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Grupo Editorial Ibáñez.

Lafont, P. (2012). Manual de Derecho Privado Contemporáneo. Tomo IV. Derecho de Obligaciones. Librería ediciones del profesional Ltda.

Ley 57 de 1887. Código Civil. Colombia. 1887.

López, S. y Coy, F. (2013). La ausencia de regulación jurídica en Colombia de la maternidad subrogada [Tesis de pregrado no publicada, Facultad de Derecho. Universidad Antonio Nariño].

Mendoza, A. (2020). Obligaciones. (9ª Ed.). Universidad de La Sabana. Editorial Temis.

Moadie Ortega, V. (2012). Principio de Dignidad Humana en el Arrendamiento de Vientre en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 4(7).  
<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.4-num.7-2012>

Moadie, V. (2011). Reflexion y critica sobre el fenómeno corporal en la legislación colombiana. En Blanco, J. (Com.). *Tendencias Actuales del Derecho Privado, Una mirada desde la investigación*. Asociación Colombiana de Facultades de Derecho. Universidad Antonio Nariño.

Monroy, M. (2007). Derecho de Familia y de Menores. (10ª ed.). Librería Ediciones del Profesional LTDA.

- Neme, M. y Chinchilla, C. (2018). El consentimiento informado del consumidor del sinalagma a las exigencias de información. Universidad Externado de Colombia. Recuperado de: [https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/handle/001/2484/MOA-spa-2018-El\\_consentimiento\\_informado\\_del\\_consumidor\\_del\\_sinalagma\\_a\\_las\\_exigencias\\_de\\_informacion?sequence=1&isAllowed=y](https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/handle/001/2484/MOA-spa-2018-El_consentimiento_informado_del_consumidor_del_sinalagma_a_las_exigencias_de_informacion?sequence=1&isAllowed=y)
- Ortiz, A. (2013). Manual de Obligaciones. (6ª Ed.) Editorial Temis S.A.
- Parra, J. (2008). La Filiación en Derecho de Familia, Leyer.
- Quiroz, A. (2014) Manual Civil. (3ª Ed.), Tomo V. Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
- Reyes, A. (2011). Límites de la autonomía de la voluntad del empresario contratista colaborador de la administración pública. En Blanco, J. (Com.). *Tendencias Actuales del Derecho Privado. Una mirada desde la investigación*. Asociación Colombiana de Facultades de Derecho. Universidad Antonio Nariño.
- Sanz, J. (2002). Fecundación asistida, ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Serrano, L. (2003). Proyecto de ley No, 046. Por la cual se regula el contrato de técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones.

Sierra, J. (2003). Diccionario Jurídico. (4ª Ed.). Librería jurídica Sánchez R.

Tamayo, A. (2004). Manual de obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes. (6ª Ed.).

Editorial Temis S.A.

Telemetro. (2016, 23 de marzo). Tailandia: Padres gays y madre sustituta luchan por custodia.

<https://www.telemetro.com/internacionales/2016/03/23/tailandia-padres-sustituta-luchan-custodia/1460458.html>

Valencia, A. y Ortiz, A. (2004) Derecho Civil Parte General y Personas. (15ª. Ed.), Tomo I.

Temis.

Velásquez, L. (2004). Bienes, (9ª Ed.) Novena Edición, Temis.