

**LA INCIDENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE
ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN ALGUNOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DE LOS MENORES**

**FIDEL GUSTAVO GUERRERO ARIAS
MARÍA ADELAIDA MESA SEPÚLVEDA**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2015**

**LA INCIDENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE
ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN ALGUNOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DE LOS MENORES**

**FIDEL GUSTAVO GUERRERO ARIAS
MARÍA ADELAIDA MESA SEPÚLVEDA**

Monografía para optar por el título de Abogado

**Asesora: Ana Silvia Gallo Vélez
Doctora en Derecho de Familia y de la Persona
Universidad de Zaragoza - España**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2015**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, Noviembre de 2015

AGRADECIMIENTOS

A nuestras familias por su inmensa paciencia y a nuestra asesora Ana Silvia Gallo Vélez por su inigualable dedicación, responsabilidad y entrega con el presente trabajo.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	6
1. GENERALIDADES DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	9
1.1 DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	9
1.2 FINES DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	13
1.3 EFECTOS.....	14
1.4 CARACTERÍSTICAS.....	19
2. VALIDEZ DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA	23
2.1 EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.....	23
2.2 EN EL ÁMBITO NACIONAL	23
3. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA	31
3.1 UNA BREVE MIRADA AL ÁMBITO INTERNACIONAL	31
3.2 ANÁLISIS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.....	35
4. RELACIÓN DE ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES QUE SE VEN AFECTADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE	40
4.1 DESCRIPCIÓN GENERAL DE ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES.....	41
4.1.1 Ámbito Internacional.....	41
4.1.2 Ámbito Nacional	44
4.2 DOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES AFECTADOS EN VIRTUD DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES SURGIDAS EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE.....	49
4.2.1 Derecho fundamental de los menores a la salud	50
4.2.2 Derecho fundamental de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella	54
5. PROPUESTA DE NORMATIVIDAD	69
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE O MATERNIDAD SUBROGADA.....	69
6. CONCLUSIONES	72
BIBLIOGRAFÍA.....	75

INTRODUCCIÓN

Las técnicas de reproducción humana asistida, han sido una de las varias respuestas, con un alto grado de efectividad y seguridad, que la ciencia biomédica ha dado frente a las necesidades de una sociedad cambiante; respuesta, en este caso, dirigida principalmente al gran objetivo de la conformación de familias y la reproducción humana dentro de las mismas.

La Maternidad Subrogada, Sustituta o “alquiler de vientre”, se puede llevar a cabo a través de alguna de las diversas técnicas de reproducción humana asistida. Surgió como posible solución frente a algunos problemas de infertilidad asociados a la gestación. Persigue fines tan importantes como son la procreación y la consecuente construcción de familias nucleares. Por eso es inquietante conocer que no haya sido regulada en el ordenamiento jurídico colombiano y que algunos derechos fundamentales, tanto de las personas que participan en el contrato de maternidad subrogada como de los hijos fruto de ella, sean dejados a la deriva y condicionados al cumplimiento del principio de la autonomía de la voluntad.

Los vacíos legales que deja este particular uso de las técnicas de reproducción humana asistida han generado ciertos planteamientos en la doctrina¹; entre otros: ¿Cuáles son las principales obligaciones que surgen entre las partes implicadas en el contrato de “alquiler de vientre”?, ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas del incumplimiento de dicho contrato?, ¿Cómo se protegen los derechos del menor fruto de la maternidad subrogada frente a ese incumplimiento?

Teniendo en consideración dicha inexistencia de regulación normativa, teniendo en cuenta lo vedado que resulta el tema porque afecta la intimidad tanto personal como de pareja y, a su vez, pretendiendo un análisis integral de este trabajo, para

¹ En este sentido: MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. El arrendamiento de vientre en Colombia. Medellín: Universidad de Medellín. 2005. pp. 179 – 180.

su desarrollo se tuvieron en cuenta la legislación, jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera.

En cuanto al sustento, y en concreto, en lo relacionado a la fuente jurisprudencial nacional, es preciso advertir, se analizaron principalmente las providencias proferidas por la Corte Constitucional ya que en una preliminar investigación jurisprudencial fue en esta Corporación donde se encontraron más providencias relacionadas con los derechos fundamentales de los menores. Ahora bien, desde el punto de vista temporal el estudio se enmarcó entre los años 1992 a 2015.

Toda vez que el eje central de este trabajo se enfocó en examinar la afectación de algunos derechos fundamentales, de los menores, frente al incumplimiento de las obligaciones que surgen a las partes en el contrato de arrendamiento de vientre, en Colombia, se estructuró el escrito en cuatro capítulos, así:

En el primer capítulo se desarrolló la definición del contrato de Maternidad Subrogada y su relación con las técnicas de reproducción humana asistida, además, se expusieron los fines, efectos y características del citado contrato.

En el segundo capítulo, se estudió la posibilidad de pactar válidamente el contrato de Maternidad Subrogada en Colombia, para determinar posteriormente ¿Qué pasa si se pacta, en Colombia, y el contrato no es válido?

En el tercer capítulo, se analizó el incumplimiento del contrato de Maternidad Sustituta, inicialmente realizando una breve mirada al ámbito internacional para posteriormente examinar de acuerdo al ordenamiento jurídico colombiano las formas de incumplimiento de las obligaciones presentes en el contrato objeto de estudio.

Finalmente, en el cuarto y último capítulo se hizo un estudio de la afectación de dos derechos fundamentales de los menores frente al incumplimiento de las

obligaciones estipuladas en el acuerdo de Maternidad Subrogada; derechos que, por intuición, se consideraron en mayor riesgo de vulneración: el derecho a la salud y el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

A lo largo de este trabajo y, en forma permanente se examinó la necesidad de una regulación del contrato de Maternidad Sustituta, concretamente, en torno al incumplimiento de este contrato.

1. GENERALIDADES DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

Sea lo primero en la presente monografía comenzar analizando las generalidades del contrato de Maternidad Subrogada de manera separada como sigue a continuación:

1.1 DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

El artículo 1.495 del Código Civil colombiano define el contrato de la siguiente manera: *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”*².

En otras palabras, el contrato también puede definirse como *“(…) el acuerdo de dos o más sujetos (las partes del contrato) por el que se comprometen entre sí a una determinada conducta (prestación) encaminada a proporcionar algún beneficio o ventaja, cuya consecución persigan (…)”*³.

La Maternidad Subrogada es considerada un contrato ya que es un acuerdo *“mediante el cual una mujer, previamente seleccionada, consciente, a cambio de una contraprestación o sin ella, permite que se le implante un óvulo fecundado de otra mujer o un embrión y se compromete a entregar la criatura después de su nacimiento”*⁴.

² COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Ley 75 de 1887. Artículo 1495 [En línea]. [Citado el 9, julio, 2015]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>

³ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo Bercovitz (director). Tratado de contratos. Tomo 1. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2009. p. 102.

⁴ VERA MUÑOZ, Erika Natalia. Responsabilidad civil en conflictos materno-fetales en madres delegadas o por encargo. Trabajo de grado (Abogado). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana. Facultad de Derecho. 2003

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana, mediante la Sentencia T-968 de 2009 definió la Maternidad Subrogada, así:

El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como **“el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste”**. En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto (Negrilla y subrayado extra-texto)⁵.

De las anteriores definiciones, se puede colegir que la Maternidad Sustituta no es en sí una técnica de reproducción humana asistida, sino una particular aplicación de algunas de las técnicas (se hace uso de las técnicas de reproducción asistida pero no se está frente a una técnica diferente). Lo anterior significa que *“mediante alguna de las técnicas mencionadas o una combinación de ellas se logra fecundar un óvulo el cual es introducido en una mujer capaz de portar el embarazo y que se compromete a entregar al recién nacido a la mujer o la pareja que encargó el tratamiento”*⁶.

De todas las definiciones y conceptos se debe precisar que el fin último perseguido no es solo la entrega de la criatura recién nacida sino la posibilidad de convertir a la persona no gestante en madre⁷.

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-968 de 2009 [En línea]. [Citado el 19, junio, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>.

⁶ ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. Maternidad Subrogada y Filiación a la Luz del Ordenamiento Jurídico Colombiano [En línea]. Trabajo de grado para optar por el título de Abogado. Santiago de Cali: Universidad de San Buenaventura. Facultad de Derecho. 2012. p. 13. [Citado el 25, febrero, 2015]. Disponible en http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/jspui/bitstream/10819/1147/3/Maternidad_Luz_Ordenamiento_Alvarez_2012.pdf.

⁷ Se pueden consultar más definiciones y referencias a la maternidad subrogada, sustituta o alquiler de vientres en:

Es posible afirmar que en el contrato objeto de estudio existen dos partes: la mujer gestante y, la parte no gestante quien pretende adquirir la calidad de madre o padre o ambas; esta última parte puede ser una pareja del mismo o diferente sexo o una sola persona.

Resulta importante señalar que la Maternidad Subrogada, como ya se dijo, no es en sí misma una técnica de reproducción humana asistida, pero aquella se vale de un *“conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana (...)”*⁸.

Dependiendo de donde provenga el material genético, estas técnicas de reproducción humana asistida pueden calificarse como homólogas o heterólogas, veamos:

TRA Homólogas: Se entiende por técnica homóloga aquella en la que tanto el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete a la técnica correspondiente.

TRA Heterólogas: Se entiende por técnica heteróloga aquella en la que ya sea uno de los gametos (óvulo o espermatozoide) o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja⁹.

GALLO VÉLEZ, Ana Silvia. La Filiación. Un análisis comparado en la legislación colombiana y el derecho común español. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2015. p. 202.

VILAR GONZÁLEZ, Silvia. Situación actual de la Gestación por Sustitución. En: Revista de Derecho UNED [En línea]. 2014, no. 14. [Citado el 23, junio, 2015]. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/13293/12164>.

BEORLEGUI LOPERENA, Ana. Maternidad Subrogada en España. Trabajo fin de máster de acceso a la abogacía [En línea]. 2014. p. 4. [Citado el 23, junio, 2015]. Disponible en: <http://academicae.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1>

VERA MUÑOZ, Erika Natalia. Responsabilidad civil en conflictos materno-fetales en madres delegadas o por encargo. Trabajo de grado para optar por el título de Abogado. Medellín: Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. 2003. p. 26.

⁸ SANTAMARÍA SOLÍS, Luis. Técnicas de reproducción asistida: Aspectos bioéticos [En línea]. [Citado el 25, febrero, 2015]. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>.

⁹ *Ibíd.*

Hay distintas clases de técnicas de reproducción humana asistida, como son: Inseminación artificial, Inseminación intrauterina directa, Inseminación intraperitoneal, TIPEO: Transferencia intraperitoneal de espermatozoides y ovocitos, GIFT: Transferencia intratubárica de gametos, FIVET: Fecundación In-Vitro con transferencia de embriones, SUZI: Inserción subzonal de espermatozoides (Sub Zonal Insemination), ICSI: Inyección intracitoplásmica de espermatozoides.

Pese a que existen diversas técnicas de reproducción humana asistida, el presente trabajo se centró en explicar, brevemente y de manera general, la inseminación artificial y la fecundación in vitro ya que son éstas las que más se utilizan para lograr la procreación que persigue la Maternidad Subrogada.

La Inseminación Artificial se define como: *“un procedimiento de fertilidad en el que se colocan artificialmente espermatozoides en el cuello del útero (Inseminación intracervical) o el útero (Inseminación intrauterina) de una mujer”*¹⁰.

Distinguiéndose de la técnica anterior, la Fecundación In Vitro *“es la unión del óvulo de una mujer y el espermatozoide de un hombre en un plato de laboratorio. Esta técnica de reproducción asistida tiene principalmente cinco pasos: estimulación, también llamada súper ovulación, retiro del óvulo, inseminación y fecundación, cultivo del embrión, transferencia del embrión”*¹¹.

El contrato de Maternidad Subrogada, llevado a cabo a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede tener origen, según Marín Vélez¹², en alguna de las siguientes situaciones:

¹⁰ Inseminación Artificial [En línea]. [Citado el 12, junio, 2015]. Disponible en: <http://www.lainseminacionartificial.com/inseminacionartificial1.html>.

¹¹ Fecundación In Vitro [En línea]. [Citado el 19, junio, 2015]. Disponible en: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/007279.htm>.

¹² MARÍN, Op. Cit. pp. 106 – 107.

- La madre no gestante, pese a que tiene ovarios, presenta dificultades en el útero. La mujer contratada no tiene la necesidad de aportar material genético, sólo le bastará la implantación del óvulo ya fecundado.
- Puede ocurrir, por otro lado, que tanto el hombre como la mujer que pretenden ser padres sean estériles, en consecuencia deberá buscarse el espermatozoide y el óvulo.
- Otra situación puede ocurrir cuando uno de los que querían ser padres fallece pero previo al deceso los padres habían congelado un óvulo, ya fecundado, a través del procedimiento denominado vitrificación de ovocitos¹³.

1.2 FINES DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

Luego de haber definido el contrato de Maternidad Subrogada, es pertinente señalar que el mismo persigue los siguientes fines:

1. El principal fin perseguido en el contrato de arrendamiento de vientre o maternidad subrogada es que la persona o personas no gestantes adquieran la calidad de madre, padre o ambas, una vez se produzca el nacimiento del menor; de esta finalidad del contrato deviene el llamado de subrogación en relación a la maternidad pero extendible, también, a la paternidad.
2. Además del anterior fin, puede afirmarse que el contrato de maternidad subrogada busca como finalidad garantizar la libertad de reproducción y en consecuencia el derecho fundamental a la salud, entendido este en un

¹³ La vitrificación de óvulos [En línea]. [Citado el 23, octubre, 2015]. Disponible en: <http://www.institutomarques.com/vitrificacion-ovulos.html>

sentido amplio como: “*completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”.¹⁴

1.3 EFECTOS.

Con el objetivo de determinar claramente los efectos que se producen a partir de la celebración del contrato de Maternidad Sustituta, consideramos conveniente dividir el desarrollo del mismo en tres etapas fundamentales. Así entonces, una primera etapa se denomina “etapa previa a la gestación”; la segunda etapa se llama de “gestación” y, por último, la llamada “etapa del nacimiento, entrega del nacido y registro”.

1. Etapa previa a la gestación: durante esta primera fase, la parte no gestante se compromete en primer lugar a aportar o facilitar todos los recursos, ya sean económicos y/o médicos, que permitan realizar un estudio sobre la viabilidad de la gestación en la mujer seleccionada. Una vez costeados estos recursos, y en un segundo momento, la parte no gestante deberá sufragar los gastos que se requieran para lograr la procreación mediante la introducción del material genético en el útero de la madre sustituta quién, en contraposición, deberá permitir la intervención quirúrgica adecuada.

En conclusión las obligaciones y los derechos de las partes contratantes durante esta etapa son los siguientes:

¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 597 de 1993 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-597-93.htm>
Puede consultarse sobre este tema: VÉLEZ ARANGO, Alba Lucía. Nuevas dimensiones del concepto de salud: el derecho a la salud en el estado social de derecho [En línea]. [Citado el 19, junio, 2015]. Disponible en: http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/downloads/Revista%2012_6.pdf.

Obligaciones para la parte no gestante.	Derechos para la mujer gestante.
<ol style="list-style-type: none"> 1. Sufragar estudios previos para determinar la viabilidad de la gestación. 2. Sufragar la intervención quirúrgica (técnica de reproducción asistida) necesaria. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Derecho a que la parte no gestante cubra los gastos necesarios para la realización de los estudios previos. 2. Derecho a que la parte no gestante sufrague totalmente la intervención quirúrgica (técnica de reproducción asistida) necesaria.

Obligaciones para la mujer gestante	Derechos para la parte no gestante
<ol style="list-style-type: none"> 1. Permitir la realización de los estudios médicos de viabilidad de la gestación. 2. Permitir la intervención quirúrgica (técnica de reproducción asistida) necesaria. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Derecho a que la mujer gestante se someta a los estudios médicos pertinentes. 2. Derecho a que la mujer gestante se someta a la intervención quirúrgica (técnica de reproducción asistida) necesaria.

2. Etapa de la gestación: luego de la procreación asistida, la mujer gestante deberá cuidar de su salud y, de igual forma, de la salud del feto. La parte no gestante deberá asistir a la mujer en las necesidades que surjan a raíz del contrato, como por ejemplo: transporte, alimentación y medicamentos¹⁵.

Además a lo anterior, siguiendo el caso presentado en la ya referida Sentencia T – 968 de 2009 de la Corte Constitucional colombiana, en el cual se presentaron diferencias en las partes que decidieron llevar a cabo el acuerdo de Maternidad Subrogada, en relación al tema del seguimiento del proceso del embarazo se podría establecer como obligación para la parte no gestante brindar el acompañamiento a la mujer gestante durante la gestación y ésta, en contraposición, debe permitir dicho acompañamiento.

En síntesis, las obligaciones y derechos adquiridos en esta segunda etapa son los siguientes:

Obligaciones para la parte no gestante	Derechos para la mujer gestante
1. Cubrir las necesidades económicas que puedan surgir a la mujer gestante que se hayan relacionado previa y directamente en el contrato de Maternidad Subrogada.	1. Derecho al cubrimiento de las necesidades económicas que se hayan relacionado, previa y directamente, en el contrato de Maternidad Subrogada

¹⁵ La obligación de asistir a la mujer gestante en sus necesidades básicas tiene como fuente la visita realizada al Consultorio CEFES ubicado en el municipio de Medellín, realizada el día 28 de marzo de 2015, donde se recogieron datos importantes en torno a la práctica de la maternidad subrogada en Colombia.

2. Acompañamiento a la mujer gestante.	2. Derecho al acompañamiento durante la gestación por la parte no gestante.
--	---

Obligaciones para la mujer gestante	Derechos para la parte no gestante
1. Cuidar de su salud y de la salud del no nacido.	1. Derecho a que la mujer gestante cuide de su salud y de la salud del no nacido.
2. Permitir que la parte no gestante realice las visitas programadas para el acompañamiento.	2. Derecho a que la mujer gestante permita la realización de las visitas programadas para el acompañamiento.

3. Etapa de nacimiento, entrega del nacido y registro: En la última etapa, específicamente cuando la criatura nace, surgen quizás las obligaciones y los derechos determinantes del contrato de maternidad subrogada: por un lado porque quien figuraba como mujer gestante tendrá como obligación primordial entregar al recién nacido; y, por otro lado, la contraparte deberá recibirlo y efectuar el correspondiente registro para establecer la filiación entre la parte no gestante y el recién nacido.

Las obligaciones y los derechos que se desprenden de esta tercera y última etapa, en síntesis, son las siguientes:

Obligaciones para la parte no gestante	Derechos para la mujer gestante
<ol style="list-style-type: none"> 1. Recibir al recién nacido. 2. Pagar la remuneración, si se pactó dentro de las cláusulas del acuerdo. 3. Registrar al recién nacido para establecer la filiación. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Derecho a que le reciban al recién nacido. 2. Derecho a recibir el pago acordado, si se pactó. 3. Derecho a que la parte no gestante registre al recién nacido y así efectuarse la cesión de los derechos sobre el mismo.

Obligaciones para la mujer gestante	Derechos para la parte no gestante
<ol style="list-style-type: none"> 1. Entregar al recién nacido. 2. No realizar el registro del recién nacido y permitir que la parte no 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Derecho a que le entreguen al recién nacido. 2. Derecho a que la mujer gestante no realice el registro sobre el menor y

gestante lo realice como se pactó.	por consecuente no obstaculice la realización del mismo.
------------------------------------	--

1.4 CARACTERISTICAS.

Siguiendo las ideas de Gustavo Marín y conforme a la teoría del acto jurídico, este contrato reviste, de manera general, las siguientes características: es consensual o solemne, bilateral, gratuito u oneroso, principal, típico o atípico, de tracto sucesivo¹⁶.

Las características antes relacionadas se definen así:

1. Consensual. Los contratos consensuales *“son aquellos que se forman válidamente y se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes, sin necesidad de formalidad alguna, ya que basta con el acuerdo de voluntades”*¹⁷.

2. Solemne. Los contratos solemnes *“son aquellos que exigen para su perfeccionamiento y eficacia – además del acuerdo de voluntades – una formalidad o solemnidad especial. Solemnidad que consiste generalmente en un escrito, bien sea público o privado”*¹⁸.

En el caso de la maternidad subrogada, dependiendo de los ordenamientos jurídicos, el contrato puede ser consensual o solemne. En Colombia hoy en día no

¹⁶ MARÍN, Op. Cit. p. 32.

¹⁷ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones: Teoría del acto jurídico y otras fuentes. Santa Fe de Bogotá. Temis. 1997. Quinta Edición. p. 79.

¹⁸ Ibíd, p. 80.

se exige ninguna formalidad para su celebración por lo cual, el contrato se perfecciona cuando las partes acuerden las cláusulas que regirán el mismo¹⁹.

3. Bilateral. El artículo 1496 del Código Civil colombiano, establece: *“El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.”*²⁰

Otra manera de definirlo es: *“el contrato bilateral es aquel que crea obligaciones a cargo de ambas partes contratantes. Cada una de ellas es acreedora y deudora al mismo tiempo. Cada uno de los contratantes asume obligaciones frente al otro, razón por la cual existe reciprocidad de obligaciones”*²¹.

En la Maternidad Sustituta, desde el momento en que el contrato está llamado a producir efectos surgen obligaciones para ambas partes intervinientes. Dichas obligaciones están desarrolladas dentro del presente capítulo. (Ver supra).

4. Gratuito. El contrato gratuito *“es aquel por medio del cual una de las partes procura a la otra una nueva ventaja patrimonial o un servicio, sin recibir nada a cambio”*²².

5. Oneroso. El contrato oneroso es aquel *“por medio del cual cada parte se obliga con el fin de obtener de la otra una contraprestación”*²³.

¹⁹ VERA, Op. Cit. p. 26.

²⁰ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Ley 75 de 1887. Artículo 1496 [En línea]. [Citado el 9, julio, 2015]. en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>

²¹ TAMAYO, Op cit. p. 86.

²² Ibíd, p. 89.

²³ Ibíd.

En el contrato de Maternidad Subrogada, serán las partes las que pactarán si al terminar el periodo de gestación o durante el mismo, la parte contratante pagará a la mujer gestante algún tipo de remuneración²⁴.

6. Principal. *“El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”*²⁵.

El contrato de Maternidad Sustituta se debe considerar un contrato principal ya que no necesita de otro contrato para subsistir y mucho menos tiene como finalidad asegurar otro contrato²⁶.

7. Típico. Son contratos típicos *“los que cuentan con una regulación sustancial en las leyes. No basta con que sean mencionados incidentalmente en alguna ley, o para establecer alguna consecuencia jurídica”*²⁷.

8. Atípico. Son contratos atípicos *“los que no cuentan con una regulación sustancial en las leyes”*²⁸.

Dependiendo de los ordenamientos jurídicos, el contrato de Maternidad Sustituta o alquiler de vientre puede ser regulado o no regulado. En el ordenamiento jurídico colombiano, este contrato no se encuentra regulado, expresamente y de manera sustancial, por lo cual es considerado atípico.

²⁴ La disyuntiva expuesta en relación a esta característica se sustenta en dos posiciones opuestas: Por un lado la Corte Constitucional colombiana, en sentencia T - 968 de 2009, refiere que la maternidad subrogada debía ser siempre con un fin altruista y, por otro lado, para doctrinantes como Marín Vélez esta figura puede perseguir un fin oneroso.

²⁵ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Ley 75 de 1887. Artículo 1499 [En línea]. [Citado el 9, julio, 2015]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>

²⁶ MARÍN, Op cit. p. 32.

²⁷ RODRIGUEZ, Op. Cit. p. 108

²⁸ Ibíd, p. 102.

9. De tracto sucesivo. Contrato sucesivo es *“aquel que tiene por objeto una serie de prestaciones repetidas y sucesivas que no se cumplen en un solo instante, sino que requieren para su ejecución un cierto periodo”*²⁹.

En el contrato de arrendamiento de vientre es materialmente imposible que todas las prestaciones se cumplan en un solo momento, por lo cual, las partes deben diferir el cumplimiento de algunas de sus obligaciones en un cierto periodo de tiempo.

La aludida característica es predicable para ambas partes, pues de acuerdo con el análisis de los efectos del contrato de Maternidad Subrogada (ver supra), se logra colegir que las siguientes obligaciones no pueden cumplirse en un solo momento:

- Obligación correspondiente a la parte no gestante que no puede cumplirse en un solo momento: cumplir con el acompañamiento a la mujer gestante.
- Obligaciones correspondientes a la mujer gestante que no pueden cumplirse en un solo momento: cuidar de su salud y de la salud del no nacido, mantener el anonimato en relación al contrato y permitir que la parte no gestante realice las visitas programadas.

²⁹ TAMAYO, Op cit. p. 93.

2. VALIDEZ DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA

Resulta imperioso comenzar indicando en este capítulo que aunque el contrato de Maternidad Sustituta no se encuentra expresamente señalado en la ley colombiana, sí tiene sustento y referencia jurídica implícita en diferentes normas que tienen plena vigencia y aplicación dentro del territorio colombiano; veamos:

2.1 En el ámbito internacional

2.1.1 Pacto Internacional de los derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 15: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

(...)

b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;(....)
(Negrilla y subrayado extra-texto)³⁰.

Es de aclarar que este pacto fue aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

2.2 En el ámbito nacional

2.2.1 Constitución Política de Colombia

Artículo 42: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

³⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966. Artículo 15 [En línea]. [Citado el 28, julio, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/PACTO%20INTERNACIONAL%20DE%20DERECHOS%20ECONOMICOS,%20SOCIALES%20Y%20CULTURALES.php>

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. (...) (Negrilla y subrayado extra-texto)³¹.

Artículo 48: La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. **Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud** (...) (Negrilla y subrayado extra-texto)³².

2.2.2 Legislación

a) Ley 599 de 2000

Artículo 134: FECUNDACIÓN Y TRÁFICO DE EMBRIONES HUMANOS. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> **El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación,** incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. (...) (Negrilla y subrayado extra-texto)³³.

Artículo 187: INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas

³¹ COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 42. [en línea]. [Citado el 28, julio, 2015]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

³² COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 48. [en línea]. [Citado el 28, julio, 2015]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

³³ COLOMBIA. Ley 599 de 2000. Artículo 134 [En línea]. [Citado el 28, julio, 2015]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

aumentadas es el siguiente:> **Quien insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento**, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses. (...) (Negrilla y subrayado extra-texto)³⁴.

b) Ley 23 de 1981:

Artículo 54: El médico se atenderá a las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial, con relación a los siguientes temas:

(...)

7. Inseminación Artificial

8. Esterilización humana y cambio de sexo.

9. Los demás temas de que se ocupen las disposiciones legales vigentes sobre la materia o las recomendaciones de las Asambleas de la Asociación Médica Mundial. (...)” (Negrilla y subrayado extra-texto)³⁵.

2.2.3 Jurisprudencia

Además de las normas citadas que, de una u otra manera, hacen referencia a la posibilidad de celebrar el contrato Maternidad Subrogada, la Corte Constitucional colombiana fijó en la Sentencia T-968 de 2009, una serie de requisitos que deben ser tenidos en cuenta tanto por el Congreso, al momento en que decida legislar sobre el tema, como por los contratantes cuando opten por celebrar el contrato, además de los generales de todo contrato. Los requisitos son:

Que la parte no gestante, interesada en ser madre o padre, tenga problemas fisiológicos para concebir.

Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre);

Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas;

³⁴COLOMBIA. Ley 599 de 2000. Artículo 187 [En línea]. [Citado el 28, julio, 2015]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

³⁵ COLOMBIA. Ley 23 de 1981. Artículo 54 [En línea]. [Citado el 28, julio, 2015]. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Normatividad/LEY%200023%20DE%201981.pdf>

Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, entre otros.

Que se preserve la identidad de las partes.

Que el consentimiento este precedido por una explicación medico-jurídica (cometimiento informado)³⁶

La Corte resaltó en dicha Sentencia algunas obligaciones que deber asumir las partes, entre ellas:

- La mujer gestante debe someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas;
- La mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado e implantado el material reproductor o gametos, no puede retractarse de la entrega del menor;
- La mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica
- La parte no gestante tiene el deber de recibir al neonato sin excusa alguna³⁷.

De toda la normatividad anterior, se puede colegir que el contrato de Maternidad Subrogada puede ser celebrado en Colombia, pero para que pueda predicarse que el mismo es válido, se necesita la concurrencia de los requisitos relacionados en el artículo 1502 del Código Civil³⁸ y los mencionados por la Corte Constitucional en la Sentencia citada previamente.

³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-968 de 2009 [En línea]. [Citado el 28, julio, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.html>

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Ley 75 de 1887. Artículo 1502 [En línea]. [Citado el 31, octubre, 2015]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>

De los requisitos exigidos, el que presenta más objeciones o dudas es el objeto lícito, pues de la bibliografía consultada, se logra colegir que en torno al mismo se presentan posiciones adversas que denotan lo polémico del asunto³⁹.

Por ejemplo, para algunos autores *“recurrir a la práctica de “alquilar un vientre o útero” y posteriormente entregar el hijo que se ha dado a luz, ambas cosas a cambio de una contraprestación económica, son actos que parecen revelarse como moralmente imposibles, que atentan contra las buenas costumbres y el orden público”*⁴⁰.

En la misma línea de pensamiento, la autora Hilda María Cano sostiene:

En el contrato de maternidad subrogada el objeto es el bebé producto de la inseminación artificial o fecundación in vitro: desde que nuestra Carta Política en su artículo 22 consideró que no habría esclavos en Colombia, se dejó de tomar a los seres humanos como objeto de comercio. Un contrato para que sea lícito, debe tener por objeto cosas que estén en el comercio. Esto no sucede con una persona. El contrato tema de este trabajo tiene por objeto un ser humano, por esta razón es absolutamente nulo, además repugna a las buenas costumbres el ponerle precio a un bebé; va en contra de todo principio religioso y moral⁴¹.

Para otros autores, el objeto del contrato de arrendamiento de vientre, no va en contravía de los artículos 1519 y 1521 del Código Civil colombiano, como tampoco atenta contra la moral, las buenas costumbres ni el orden público. Esta última postura, la cual compartimos, la asume el autor Marín Vélez, quien manifiesta:

Respecto al objeto mismo del contrato, asumiendo esta prestación como la carga u obligación principal de la madre sustituta, expresada en su permisión a la implantación en su cuerpo del óvulo fecundado y su obligación de asumir los deberes físicos derivados del proceso gestacional, tampoco se observa

³⁹ MARÍN, Op. Cit., p. 139 ss.

⁴⁰ ÁLVAREZ y BURBANO, Op. Cit., p. 13. [Citado el 25, febrero, 2015]. Disponible en: http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/jspui/bitstream/10819/1147/3/Maternidad_Luz_Ordenamiento_Alvarez_2012.pdf.

⁴¹ CANO FERNANDEZ, Hilda María. La maternidad subrogada en el derecho colombiano. Trabajo de grado (Abogada). Medellín: Universidad de Medellín. Facultad de Derecho. 2001

causa o razón de ilicitud que pudiera eventualmente afectar la validez de dicho acto jurídico.

El objeto ilícito podría derivarse del hecho de que el vínculo contractual en sí mismo implica una contravención del orden público y la nación, de la enajenación ilícita de bienes o de la condición de ser un contrato prohibido por las leyes (artículo 1517, 1518, 1519, 1521 y 1523 del Código Civil). Consideramos que con la modalidad contractual estudiada no se vulneran dichos postulados normativos⁴².

A pesar de que las anteriores diferencias de pensamiento que atañen a convicciones personales y jurídicas distintas⁴³, no son propiamente el análisis de nuestro trabajo, sí se hace necesario resaltarlas, pues demuestran las discusiones que surgen de la ausencia de regulación de la Maternidad Subrogada en Colombia.

Abordados entonces los requisitos que deben concurrir para que el contrato objeto de nuestro estudio sea válido en el ordenamiento jurídico colombiano, es pertinente preguntarse ¿Qué pasa cuando el contrato de arrendamiento de vientre no es válido por no haberse cumplido alguno o algunos de los requisitos propios de la validez?

Pues bien, para respondernos la pregunta planteada, es necesario analizar los siguientes supuestos:

1. Cuando no se cumplieron los requisitos de validez y no existió declaratoria de nulidad: En el presente supuesto, puesto que el Juez no ha declarado la

⁴² MARÍN, Op. Cit, p. 147.

⁴³ Se pueden consultar más posiciones a favor o en contra de la maternidad subrogada en: BAFFONE, Cristiana. La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México. En: Boletín mexicano de derecho comparado [En línea] 2013, Mayo – Agosto, Vol. 46, No 137. [Citado el 11, julio, 2015]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/137/art/art1.pdf>
RUIZ MARTÍNEZ, Rocío. Maternidad Subrogada “Revisión Bibliográfica” [En línea]. Trabajo de grado. Cantabria, 2013, pp. 27 – 31. Universidad de Cantabria. Departamento de Enfermería. [Citado el 28, julio, 2015]. Disponible en: <http://bucserver01.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR.pdf?sequence=1>

nulidad del contrato de Maternidad Subrogada, el mismo está llamado a producir efectos y en consecuencia, las contraprestaciones que surgen a partir de su celebración son exigibles.

2. Cuando no se cumplieron los requisitos de validez y el contrato ha sido declarado nulo: Frente a la declaración de nulidad de los contratos, el doctrinante TAMAYO LOMBANA prevé:

“La declaración de nulidad absoluta o de rescisión destruye retroactivamente el acto jurídico. Lo priva de todo efecto pasado y futuro, con base en el principio quod nullum est nullum producit effectum [lo que es nulo no puede producir sino efectos nulos]. Conforme dice VON TUHR, los negocios nulos no engendran efectos de ninguna clase.

Por eso dice la Corte que la sentencia que declara nulo un actor no hace sino verificar una nulidad que ha existido siempre, “el contrato nulo no se ha perfeccionado nunca y no ha producido jamás”. Por lo tanto “hay que restaurar las cosas al estado en que se hallarían si dicho acto o contrato no se hubiera celebrado.

De lo cual se sigue que el acto dejará de producir efectos futuros y, además, se considera que no los produjo nunca. Toda ha de ocurrir como si el acto jurídico no se hubiera celebrado jamás. Las cosas deben volver al statu quo ante; las partes quedan colocadas en el estado anterior al contrato. Si el contrato se destruye desde su origen, todas las obligaciones que en él estaban contenidas corren, en principio, la misma suerte.

Los efectos retroactivos de la nulidad van a operar plenamente cuando las prestaciones estipulada en el contrato nulo habían sido ya ejecutadas. Porque si los contratantes quedan colocados en el estado anterior a la celebración del contrato, estas deben restituirse. Los contratantes que hubieran ejecutado sus respectivas prestaciones o el contratante que hubiere ejecutado la suya, quedan legitimados para exigir la restitución de ellas. O para “repetir” las prestaciones, hablando en términos jurídicos.”⁴⁴

En este orden de ideas, si un contrato es declarado nulo, su consecuencia será la privación de sus efectos y será necesario devolver las cosas al estado en que se hallarían si dicho acto o contrato no se hubiera celebrado.

⁴⁴ TAMAYO, Op cit. p. 240.

Descendiendo al caso bajo examen, es imposible devolver las cosas en el estado en el que se encontraban, pues como se analizó en el primer capítulo de la monografía, el contrato de Maternidad Subrogada tiene como característica ser un contrato de tracto sucesivo. Al respecto, nos permitimos citar nuevamente al doctrinante TAMAYO LOMBANA que sostiene:

“Es principio general que en los contratos de tracto sucesivo la nulidad obra sin retroactividad. La naturaleza de estos contratos impone tal solución. Como se sabe, son contratos que tienen por objeto no una sola prestación que se ejecute inmediatamente (como ocurre en el contrato instantáneo), sino una serie de prestaciones que se cumplen en forma escalonada y sucesiva.

Cada prestación periódica que se ejecuta crea “hechos cumplidos”, los que no podrían desaparecer por el decreto de nulidad. En ellos los efectos de la nulidad obran para el futuro, ex nunc, dejando con plena validez las relaciones jurídicas anteriores. Supóngase que se anula un contrato de arrendamiento o de trabajo. Los efectos de la nulidad solo se extenderán al futuro, esto es, el respectivo contrato será destruido a partir del decreto de nulidad, porque resultaría imposible restituir las mutas prestaciones que ya se ejecutaron en forma definitiva en cada período de desarrollo del contrato.”⁴⁵

Así, la declaratoria de nulidad del contrato de Maternidad Subrogada producirá efectos únicamente hacia el futuro, lo que implicaría:

1. Que Las prestaciones que se cumplieron antes de la declaratoria de nulidad quedarían incólumes y
2. Que se imposibilitaría la consecución del principal fin de dicho contrato (adquisición de la calidad de madre, padre o ambas).

⁴⁵ TAMAYO, Op cit. p. 242

3. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

De la bibliografía consultada no se encontraron mayores discusiones en torno al incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de Maternidad Subrogada o Sustituta, ni en la legislación, ni jurisprudencia, ni tampoco en la doctrina colombiana. Por tal razón, para comenzar el presente capítulo se acudió a ciertos sectores en la doctrina internacional con el fin de ilustrar algunas formas de incumplimiento, veamos:

3.1 Una breve mirada al ámbito internacional

Parafraseando a Cristiana Baffone, el Código Civil mexicano en su legislación no contiene ninguna prohibición directa en referencia a la maternidad subrogada, a pesar de que se hayan presentado varios proyectos de ley al respecto. La práctica de sustitución en México está regulada por los códigos civiles y penales, los cuales varían dependiendo de cada estado de la república.

Al parecer, las únicas entidades federales de México en donde se puede encontrar información explícita sobre la práctica mencionada son el Distrito Federal, Tabasco y Chihuahua⁴⁶.

En torno a las obligaciones del contrato de maternidad subrogada, la autora referida en líneas anteriores en su artículo *“La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México”* indica:

Reconocer la posibilidad del no cumplimiento de los acuerdos de maternidad gestacional implica que los contratos no tienen una validez jurídica.

⁴⁶ BAFFONE, Op. Cit.

Por lo tanto, los sujetos que están involucrados en esta práctica, no recibirán la tutela. Esta posición parte del suponer que ningún Estado debería reconocer acuerdos que violen los derechos individuales, más aún en los casos en que, por ejemplo, una pareja solicitante se niegue a recibir al niño de la madre gestacional, no obstante la existencia de acuerdos precedentes.

Otro problema que puede presentarse es que la madre gestacional se negara a ceder al niño después de que éste haya nacido. En el momento en que se llegara a verificar un incumplimiento en el contrato de sustitución, el orden jurídico puede intervenir adoptando diferentes parámetros para que el caso sea resuelto.

Antes que nada, la intervención deberá de adoptar un criterio que beneficie el “interés del menor”, el cual puede ser, por ejemplo, el test de custodia utilizado en los casos de divorcio, el cual es capaz de determinar quién o quiénes, si la madre gestacional o la pareja solicitante, están en mejores condiciones para ocuparse del niño⁴⁷.

Por otra parte, en la legislación Española, la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida establece en su artículo 10: *“El contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o tercero es nulo de pleno derecho.”*⁴⁸

Pese a lo anterior es importante tener en cuenta el siguiente comentario de la Asociación para la Gestación Subrogada en España:

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y el Notariado ha dejado sin contenido efectivo la prohibición de la gestación subrogada al contemplar la inscripción en el Registro Civil de niños frutos de esta técnica siempre que el procedimiento se haya llevado a cabo en un país en el que dicha técnica esté regulada, que uno de los padres sea español y que exista una resolución judicial que garantice, entre otros aspectos, los derechos de la mujer gestante. En la anotación que se haga en nuestros registros no figurará el nombre de esta mujer⁴⁹.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ ESPAÑA. LEY 14/2006. Artículo 10. [En línea]. [Citado el 1, octubre, 2015]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/21.pdf>

⁴⁹ ASOCIACIÓN PARA LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA. Sobre la gestación subrogada [En línea]. [Citado el 10, agosto, 2015]. Disponible en: <http://xn-gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/sobre-la-gestacion-subrogada/que-es-y-cual-es-su-situacion-en-espana>

La española, Ana Beorlegui se refiere al tema del incumplimiento de la maternidad subrogada al exponer en su trabajo final de Máster lo siguiente:

7.3. Efectos del incumplimiento del convenio de gestación por sustitución.

7.3.1 Causas imputables a la mujer gestante.

A) Supuesto en el que la mujer gestante decida llevar a cabo la interrupción del embarazo. Como ya se comentó en otro de los apartados de este epígrafe, la mujer gestante tendrá derecho a una indemnización razonable por los gastos de embarazo y parto que no sean cubiertos por la Seguridad Social, aunque la gestación no culmine por causas no imputables a ella. Indemnización, reiteramos, no supone convertir la maternidad subrogada en una profesión o en un medio de obtener ingresos permanentemente como, sino sólo una compensación económica para proporcionar a la mujer gestante (sobre todo si es una persona extraña a la comitente/es) las condiciones más favorables durante el período de gestación y el post-parto, y, obviamente, para favorecer la existencia de personas interesadas en la realización de estos especiales convenios. Es obvio que la compensación de los gastos producidos y la obligación de satisfacer la “indemnización razonable” deberá subsistir si la gestación no culmina por causas no imputables a la mujer gestante, esto es, por aborto espontáneo o inducido por circunstancia sobrevenida respecto de ella o del concebido “grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada”, “riesgo de graves anomalías en el feto”, “anomalías fetales incompatibles con la vida” o que “se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable” (artículo 15 LO 2/2010). (...)

B) Falta de entrega del nacido de manera voluntaria por parte de la mujer gestante. Los padres o madres contratantes tienen derecho a hacerse cargo del niño desde el momento mismo de su nacimiento, eso sí, esperando al tiempo de adquisición de su personalidad jurídica (nacer “con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno” (nuevo artículo 30 CC)). No obstante, podría establecerse como alternativa el momento de alta médica del nacido, de manera que no habría incumplimiento del convenio ni podrían exigirse responsabilidades mientras el niño estuviera bajo tratamiento médico, pero entendiendo que la virtualidad del vínculo de filiación desde el momento del nacimiento conlleva inmediatos derechos y deberes para los verdaderos padres, por lo que serán éstos los que hayan de tomar las decisiones oportunas sobre la actuación médica a realizar sobre el nacido (consentimiento o intervención quirúrgica o a tratamiento alternativo, etc.) y quienes decidan qué hacer para su mejor cuidado (traslado a otro hospital, consulta a otros especialistas, etc.). La única excepción a todo lo anterior sería que el nacido tuviera que estar a cargo de la mujer gestante, sin opción distinta posible, por prescripción médica. (...)

7.3.2 Causas imputables a los padres o madres contratantes:

A) Impago de la compensación razonable fijada a la madre gestante: La indemnización razonable fijada en el indicado convenio deberá abonarse con anterioridad a dicha entrega, pero una vez producido el alumbramiento, y ello debido al carácter irrevocable del consentimiento prestado por las partes. La cuestión problemática que podría plantearse aquí es la de que ocurriría si los padres o madres contratantes quieren encargarse realmente del niño (como era el objetivo) pero, por haber empeorado de fortuna o resultar insolventes, no pueden hacer frente a la prestación económica acordada. Desde el punto de vista del Derecho contractual puro (artículo 1124 CC), la mujer que ha dado a luz podría exigir el cumplimiento de la obligación (incluso con un anejo derecho de retención) hasta que se le abonen las cantidades debidas, más intereses legales, daños y perjuicios; es más, también desde esta órbita contractual la mujer afectada podría optar por la resolución del contrato, quedándose con el niño, con idéntico derecho al resarcimiento de daños y abono de intereses pertinentes. Pero, teniendo en cuenta la singularidad y finalidad del interés público de este negocio jurídico especial de Derecho de Familia, la solución que parece ser más justa y pertinente sería la de imponer a la mujer afectada la obligación de poner al nacido a disposición de los Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma correspondiente

B) Falta de recepción del nacido por los comitentes o contratantes. Al tratarse de un convenio de eficacia obligatoria inmediata, los padres o madre contratantes están obligados a cumplirlo, debiendo hacerse cargo de su hijo nacido, con independencia de su estado, es decir, aunque naciere con alguna discapacidad física o psíquica, cláusula que, no se olvide, deberá constar expresamente en el contrato. Y en el caso de que los comitentes o comitente no cumplieren su deber de hacerse cargo del mismo (artículo 154 CC, que establece que los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres y que esta potestad comprende el deber de velar por ellos y tenerlos en su compañía), se procederá, en principio, a su guardia y acogimiento conforme a lo dispuesto en el Capítulo V De la adopción y otras formas de protección de menores, Sección Primera De la guardia y acogimiento de menores, artículos 172 y siguientes del Código Civil. Así, la mujer que dio a luz, o en su caso, los responsables del hospital o centro médico donde tuvo lugar el alumbramiento, deberá poner los hechos en conocimiento de la “entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, (que) cuando constate que un menor se encuentre en situación de desamparo, tiene por ministerio de ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda (...)”⁵⁰.

⁵⁰ BEORLEGUI, Ana. La maternidad subrogada en España. 2014 [En línea]. [Citado el 11, julio, 2015]. Disponible en: <http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Pese a que de las citas anteriores se puede afirmar que las obligaciones que principalmente pueden ser incumplidas en el contrato de Maternidad Subrogada son: por un lado, la falta de entrega del nacido por parte de la mujer gestante y, por otro lado, la falta de recepción del nacido por la parte no gestante, lo cierto es que según lo señalado en el primer capítulo de esta monografía son muchas más las que pueden ser incumplidas y que las consecuencias jurídicas desprendidas del incumplimiento del contrato objeto de estudio pueden variar según el ordenamiento jurídico en que se presente, generando consecuencias que pueden envolver violación de algunos derechos fundamentales de los menores o consecuencias que podrán ser de carácter civil, penal, entre otras.

3.2 Análisis del Incumplimiento de las obligaciones.

Con el ánimo entonces de efectuar un análisis más completo, resulta importante determinar si las obligaciones inmersas en el cuadro contentivo de las obligaciones (remitirse al primer capítulo de la monografía) son de resultado o de medio; calificación que tendrá una influencia directa en el incumplimiento de las mismas.

Previo a realizar esta calificación y siguiendo al doctrinante Alberto Tamayo Lombana, es menester conceptualizar la diferencia entre las obligaciones de medio y las de resultado de la siguiente manera:

La obligación de medio, conocida también como obligación de prudencia y diligencia, es aquella que impone al deudor el deber de emplear al servicio del acreedor los medios de que dispone, y de observar especial cuidado y diligencia con miras a alcanzar un fin; pero sin garantizar en ningún momento ese fin buscado, sin asegurar un resultado.

Por el contrario la obligación de resultado es de naturaleza bien distinta: el deudor se compromete a producir un resultado a favor del acreedor. En estos

casos, el resultado obtenido indica cumplimiento; la ausencia de resultado inejecución de la obligación⁵¹.

La profesora española Lourdes Blanco Pérez, en su escrito denominado *“Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?”* señala:

La idea fundamental a la que responde esta distinción consiste en examinar aquella prestación que ha prometido el deudor, y que el acreedor puede razonablemente esperar. En unos casos que se denominan convencional al acreedor un resultado preciso. En otros, por el contrario, que se denominan obligaciones de medios (o de arrendamiento de servicios), el deudor se compromete únicamente a emplear los medios apropiados en la realización de una tarea de modo que el acreedor pueda conseguir el resultado deseado que le llevó a contratar. Pero ese resultado no está garantizado por el deudor⁵².

Conforme con esta clasificación se examinó cada una de las obligaciones surgidas del acuerdo de Maternidad Sustituta con el fin de realizar la calificación antedicha en aras a establecer el posible incumplimiento que puede llegar a presentarse con base en cada una de ellas.

1. En torno a las obligaciones que se ubican dentro de la primera etapa, al comprometerse ambas partes a desplegar conductas tendientes a producir un resultado específico, es dable concluir que todas esas obligaciones pertenecen a la categoría “de resultado”.

De tal manera, en esta primera etapa, las situaciones que se enmarcarían dentro del posible incumplimiento serían los siguientes:

- Cuando la parte no gestante no sufraga cabalmente los estudios previos que determinan la viabilidad de la gestación.

⁵¹ TAMAYO, Op. Cit., p. 67

⁵² BLANCO PÉREZ, Lourdes. *Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?* Universidad Carlos III de Madrid, España. p. 52.

- Cuando la parte no gestante no sufraga totalmente la práctica de la técnica de reproducción asistida necesaria.
- Cuando la mujer que va a gestar no permite la realización efectiva de los estudios previos.
- Cuando la mujer que va a gestar no admite la práctica de la técnica de reproducción asistida necesaria.

2. En la etapa de “gestación”, las obligaciones son de resultado exceptuando la obligación de la mujer gestante consistente en cuidar de su salud y de la salud del no nacido. Esto significa que en los demás compromisos ambas partes se obligan a un determinado resultado, en tanto que en la obligación de cuidado la mujer gestante se obliga exclusivamente a desplegar una conducta responsable para intentar cuidar su salud propia y la del que está por nacer. En otras palabras, la mujer gestante no puede garantizar el estado de su salud toda vez que la misma no depende enteramente de su voluntad.

Ahora bien, las posibilidades de incumplimiento en las obligaciones que se desprenden de la etapa de gestación, se concretan en las siguientes conductas:

- Que la parte no gestante no sufrague los gastos que pueden llegar a generarse en cabeza de la mujer gestante con fundamento en el despliegue del embarazo, que en la práctica, se asimila a una cuota alimentaria⁵³.
- Cuando la parte no gestante no cumple con el acompañamiento a la mujer gestante.
- Cuando la mujer gestante no sea diligente al momento de cuidar su salud y la salud de la criatura que se encuentra dentro de su vientre.
- Que la mujer gestante decida no permitir el acompañamiento de la parte no gestante.

⁵³ Conducta identificada en la entrevista realizada en el consultorio CEFES de la ciudad de Medellín.

3. En la última etapa, surgen para ambas partes obligaciones de resultado porque tanto en la entrega de la criatura como en el correlativo acogimiento del menor, las partes se obligan al resultado, lo cual se extiende a que se permita y se realice el registro del menor para establecer la filiación en cabeza de la parte no gestante y al pago de la remuneración donde fuera sido posible y pactada en el contrato.

En esta etapa, se tendrán por incumplidas las obligaciones cuando se desplieguen algunas de las siguientes actuaciones:

- Cuando la mujer gestante se niegue a entregar al menor.
- En el supuesto en que la parte no gestante se niegue a recibir al menor
- En el evento en que la parte no gestante no cumpla con el pago completo de la remuneración.
- Cuando la mujer gestante no permita el registro del menor.
- Cuando la parte no gestante no registre debidamente al menor.

Analizadas las formas de incumplimiento de las obligaciones del contrato Maternidad Subrogada, es oportuno preguntarse: ¿podrán exigirse las prestaciones del contrato de Maternidad Sustituta en Colombia en caso de un posible incumplimiento?

Pues bien, al respecto es menester nuevamente examinar dos supuestos:

1. ¿Qué se puede hacer si se da un incumplimiento de las obligaciones y el contrato no ha sido declarado nulo?

Si el contrato de alquiler de vientre es plenamente válido y una de las partes incumple con las obligaciones pactadas en el acuerdo, la contraparte, por tratarse de una obligación de hacer, podrá escoger cualquiera de las acciones contenidas

en el artículo 1610 del Código Civil colombiano para exigir su cumplimiento.

Artículo que prevé:

1a.) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.

2a.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.

3a.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato⁵⁴.

2. ¿Qué se puede hacer si se da un incumplimiento de las obligaciones pero el contrato ya había sido declarado nulo?

En dicho supuesto, es necesario reiterar que cuando el contrato ha sido declarado nulo, éste no producirá los efectos acordados entre las partes y en consecuencia, el incumplimiento será irrelevante pues no podrán exigir las prestaciones.

⁵⁴ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Ley 75 de 1887. Artículo 1610 [En línea]. [Citado el 31, octubre, 2015]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>

4. RELACIÓN DE ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES QUE SE VEN AFECTADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE

En el contrato de Maternidad Subrogada confluyen derechos encaminados a satisfacer necesidades no sólo de la parte no gestante y la mujer gestante, sino también y, con mayor importancia, derechos de los menores⁵⁵ fruto de la Maternidad Sustituta.

Tomando como punto de partida el objetivo general del presente escrito dirigido a determinar *“La incidencia del incumplimiento del contrato de arrendamiento de vientre en los derechos fundamentales de los menores”*, en este capítulo inicialmente se hace una referencia general, en forma ilustrativa, de la regulación de algunos derechos fundamentales de los menores contenida en normas internacionales y nacionales con plena vigencia dentro del ordenamiento jurídico colombiano para, posteriormente y desde allí, examinar, en concreto, dos derechos fundamentales afectados con el contrato de Maternidad Subrogada.

⁵⁵ Véase: SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo II: Filiación: Régimen de los incapaces. Bogotá: Editorial Temis S.A. Cuarta Edición. p. 5:

“El artículo 34 del Código Civil dispone que se denomina infante o niño todo el que no ha cumplido los siete años; la Ley 12 de 1991, aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, entiende por niño a “todo ser humano, menor de dieciocho años de edad”. No obstante nuestra propia Constitución en el artículo 45 prescribe que el adolescente tiene derecho a la protección y formación integral, con lo que evidentemente distingue entre niño y adolescente, aunque reconociéndoles derechos semejantes en algunos aspectos.

Por último, el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 3º, establece: se entiende por un niño o niña las personas entre 0 y los 12 años, y por adolescentes las personas entre 12 y 18 años de edad”.

4.1 DESCRIPCIÓN GENERAL DE ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES

4.1.1 Ámbito Internacional

4.1.1.1 Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924

En 1924, la Sociedad de Naciones (SDN) adoptó la Declaración de Ginebra (versión en francés) , un texto histórico que reconoce y afirma, por primera vez, la existencia de derechos específicos para los niños y las niñas, pero sobre todo la responsabilidad de los adultos hacia ellos (...).

(...) En un lenguaje sencillo (ya que la intención no era realmente formular derechos), la Declaración pone más énfasis en los deberes del adulto hacia los niños y niñas más que sobre los Derechos de la Niñez.

En cinco artículos son reconocidas las necesidades fundamentales de los niños y las niñas. El texto se centra en el bienestar del niño y reconoce su derecho al desarrollo, asistencia, socorro y a la protección.

Sin embargo, si bien este texto contiene ciertos derechos fundamentales del niño, no tiene fuerza vinculante para los Estados (...)⁵⁶.

4.1.1.2 Declaración de los Derechos de los Niños de las Naciones Unidas de 1959

Esta declaración consta de un preámbulo y diez principios que a su vez deben entenderse e interpretarse en concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Tiene como principales postulados los siguientes:

⁵⁶ Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, 1924 [En línea]. [Citado en 17, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.humanium.org/es/ginebra-1924/>

- El derecho a la igualdad, al señalar que estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia. (1° principio).
- La responsabilidad del Estado a la hora de desarrollar leyes u otros medios que protejan el interés superior de los niños (2° principio).
- El derecho al nombre y la nacionalidad (3° principio).
- La seguridad social y la salud, en etapa prenatal y postnatal, que implica cuidados especiales tanto para él como para su madre; además, el niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados. (4° principio).
- Protección especial a los niños con impedimentos físicos o mentales (5° principio).
- El derecho a tener una familia que lo cuide y le brinde afecto (6° principio).
- El derecho a la educación y a la recreación, a tener oportunidades y poder desarrollarse en la sociedad (7° principio).
- El derecho a ser tratado con primicia en circunstancias de emergencia (8° principio).
- El derecho a la protección contra toda forma de abandono, crueldad y explotación (9° principio).
- Los niños y niñas deben ser protegidos contra cualquier forma de discriminación (10° principio)⁵⁷.

⁵⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Declaración de los Derechos del Niño (1959) [En línea]. [Citado el 17, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/DECLARACION%20DELOS%20DERECHOS%20DEL%20NI%C3%91O.php>

4.1.1.3 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989

La citada Convención se define de la siguiente manera:

Es un Tratado Internacional de 54 artículos que profundiza los derechos del niño, reafirmando la necesidad de proporcionarles cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad, subraya de manera especial la responsabilidad primordial de la familia por lo que respecta a la protección y asistencia; la necesidad de protección jurídica y no jurídica del niño antes y después de su nacimiento; la importancia del respeto de los valores culturales de la comunidad del niño, y el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos del niño se hagan realidad⁵⁸.

De la presente Convención, aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991, también resultó oportuno referir que fue el primer instrumento que abordó toda la escala de derechos humanos internacionales de los niños, como son los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, así como como aspectos de la legislación humanitaria; los artículos de la presente Convención fueron agrupados en categorías de derechos y un conjunto de principios rectores, de la siguiente forma:

(...) **Principios rectores:** Los principios rectores de la Convención incluyen la no discriminación; la adhesión al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el derecho a la participación. Estos principios son la base para que todos y cada uno de los derechos se conviertan en realidad.

Derechos a la supervivencia y el desarrollo: Estos son derechos a los recursos, las aptitudes y las contribuciones necesarias para la supervivencia y el pleno desarrollo del niño. Incluyen derechos a recibir una alimentación adecuada, vivienda, agua potable, educación oficial, atención primaria de la salud, tiempo libre y recreación, actividades culturales e información sobre los derechos. Estos derechos exigen no solamente que existan los medios para lograr que se cumplan, sino también acceso a ellos. Una serie de artículos específicos abordan las necesidades de los niños y niñas refugiados, los niños y niñas con discapacidades y los niños y niñas de los grupos minoritarios o indígenas.

Derechos a la protección: Estos derechos incluyen la protección contra todo tipo de malos tratos, abandono, explotación y crueldad, e incluso el derecho a

⁵⁸ Convención sobre los Derechos del Niño [En línea]. [Citado el 17, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.margen.org/ninos/derecho8.html>

una protección especial en tiempos de guerra y protección contra los abusos del sistema de justicia criminal.

Derechos a la participación: Los niños y niñas tienen derecho a la libertad de expresión y a expresar su opinión sobre cuestiones que afecten su vida social, económica, religiosa, cultural y política. Los derechos a la participación incluyen el derecho a emitir sus opiniones y a que se les escuche, el derecho a la información y el derecho a la libertad de asociación. El disfrute de estos derechos en su proceso de crecimiento ayuda a los niños y niñas a promover la realización de todos sus derechos y les prepara para desempeñar una función activa en la sociedad.

La Convención señala la igualdad y la mutua relación que existe entre los derechos. Además de las obligaciones de los gobiernos, los niños, las niñas y sus progenitores tienen la responsabilidad de respetar los derechos de los demás, especialmente los de cada uno de ellos. La comprensión que tengan los niños y niñas de los derechos dependerá de su edad y los progenitores deben adaptar los temas que conversan con ellos, de la misma manera en que responden a sus preguntas o emplean métodos de disciplina adaptados a la edad y la madurez de cada niño⁵⁹.

Según lo dispuesto en toda la normatividad anterior, los derechos fundamentales de los niños y niñas son aquellas garantías esenciales sustentadas en la dignidad humana cuya realización resulta indispensable para el desarrollo integral de las personas.⁶⁰

4.1.2 Ámbito Nacional

4.1.2.1 Constitución Política de Colombia de 1991

ARTÍCULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en

⁵⁹ Derechos bajo la Convención sobre los Derechos del Niño [En línea]. [Citado el 17, agosto, 2015]. Disponible en: http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30177.html

⁶⁰ ONU. *¿Qué son los derechos humanos?* [en línea]. [Citado el 23, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.un.org/es/rights/overview/>.

la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás⁶¹.

Es importante mencionar que para que los derechos fundamentales, sean considerados como tal, deben cumplir con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional, requisitos que cumple cabalmente el artículo 44 de la Carta Política citado, y se concretan en lo siguiente:

1) Conexión directa con los principios

(...) Los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con estos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio.

2) Eficacia directa

Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del sólo texto constitucional. (...). Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales.

3). El contenido esencial

Existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas. El concepto de "contenido esencial" es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido

⁶¹ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 44. [en línea]. [Citado el 17, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan.

Según esto, quedan excluidos aquellos derechos que requieren de una delimitación en el mundo de las mayorías políticas. (...)”⁶².

4.1.2.2 Ley 1098 de 2006

Pese a que la lista de derechos fundamentales de los menores en nuestro ordenamiento jurídico no es taxativa, en el Código de la Infancia y la Adolescencia el legislador asumió la tarea de intentar compilarlos, así:

ARTÍCULO	DERECHO
17	Derecho a la vida, a la calidad de vida y a un ambiente sano.
18	Derecho a la integridad personal.
19	Derecho a la rehabilitación y a la resocialización.
20	Derecho de protección.
21	Derecho a la libertad y seguridad personal.
22	Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.
23	Custodia y cuidado personal.
24	Derecho a los alimentos.
25	Derecho a la identidad.
26	Derecho al debido proceso.
27	Derecho a la salud.
28	Derecho a la educación.
29	Derecho al desarrollo integral en la primera infancia.

⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T-406/92. [Citado el 23, agosto, 2015]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>.

30	Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y a las artes.
31	Derecho a la participación de los niños, las niñas y los adolescentes.
32	Derecho a la intimidad.
33	Derecho a la información.
34	Derecho a la protección laboral
35	Derecho de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad.

Ahora bien, el artículo 44 de la Carta Política de 1991 y a su vez el artículo 9° de la Ley 1098 de 2006, instituyen la prevalencia y especial protección de los derechos fundamentales de los menores.

Es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional confirma dicha primacía del interés superior del menor en diferentes providencias, entre otras:

Sentencia T – 260 de 2012:

Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la

especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales⁶³. (Negrilla y subrayado extra-texto).

Sentencia T – 036 de 2013:

La Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas son sujetos de especial protección, explicando que su condición de debilidad no es una razón para restringir la capacidad de ejercer sus derechos sino para protegerlos, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Por ello, la acción de tutela procede cuando se vislumbre su vulneración o amenaza y es deber del juez constitucional exigir su protección inmediata y prioritaria. Los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional⁶⁴. (Negrilla y subrayado extra-texto).

De tal manera que, tal y como lo expresa la Ley 1098 de 2006 en su artículo 10°; la protección especial de los derechos fundamentales de los niños y niñas, no compete exclusivamente al Estado, sino también a los particulares, a la sociedad y a la familia. Al respecto la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-094/2013 resalta:

La jurisprudencia constitucional ha indicado que la corresponsabilidad de todos en la protección de este grupo, permite que cualquier persona pueda exigir de la autoridad competente, el cumplimiento y garantía de sus derechos, como expresamente lo consagra el precepto constitucional en cita. Por tanto, es deber de todo individuo en nuestra sociedad actuar como agente oficioso de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes ante la vulneración o amenaza de sus derechos. En este escenario es irrelevante si el menor de 18 años tiene o no un representante legal, porque la constitución impuso la corresponsabilidad del estado, la sociedad y la familia en la efectiva protección de sus derechos, lo que se traduce en que fue el mismo constituyente el que estableció la legitimación en la causa de cualquier persona para actuar en nombre de los niños, niñas o adolescentes que se

⁶³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 260 de 2012 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-260-12.HTM>

⁶⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 036 de 2013 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-036-13.htm>

encuentren en estado de riesgo o ante la posible vulneración de sus derechos⁶⁵.

Como corolario de todo lo anterior y ya desde el objeto de este estudio, las partes al momento de convenir las cláusulas que presidirán un determinado contrato de Maternidad Subrogada y, en especial, al momento de cumplir con las respectivas obligaciones que surgieron del mencionado contrato, deberán garantizar la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales y constitucionales de los niños y niñas.

4.2 DOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES AFECTADOS EN VIRTUD DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES SURGIDAS EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE

Con el fin de desarrollar el objetivo general planteado en este trabajo, se seleccionaron dos derechos fundamentales de los niños: el derecho a la salud y el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, pues se intuyó que estos podrían llegar a vulnerarse en caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de Maternidad Sustituta. Ambos derechos fueron analizados de manera separada.

Previo a comenzar este análisis propuesto, resultó importante resaltar que debido a que en Colombia la vulneración de los derechos fundamentales debe realizarse teniendo presente cada caso concreto, desde el tema central de esta investigación no es posible, a priori, realizar un análisis exacto de cómo se pueden vulnerar algunos derechos fundamentales de los menores. Por ello, al examinar la posible afectación de estos derechos a raíz del incumplimiento del contrato de arrendamiento de vientre en Colombia, el estudio se enfocó en exponer una serie

⁶⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 094 de 2013 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-094-13.htm>

de hipotéticas situaciones que implicaran una eventual afectación del derecho y sus potenciales consecuencias, como se explica a continuación.

4.2.1 Derecho fundamental de los menores a la salud

El derecho a la salud consagrado en la Constitución colombiana y en otras normas pertenecientes al ordenamiento jurídico, en concreto, en el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006, se define de la siguiente manera:

La facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. (...) La salud supone «un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades⁶⁶.

Por otro lado, la Organización Mundial de la Salud define el derecho a la salud como:

(...) un estado de completo bienestar físico, mental y social que consiste no solamente del acceso a la atención médica, sino también del acceso a todos los bienes y servicios que son esenciales para una vida saludable o que conducen a ella. Una vivienda segura, un medio ambiente limpio, una alimentación adecuada e información correcta sobre la prevención de enfermedades son las bases de una vida saludable. El derecho a la salud también implica que las personas tengan control sobre su cuerpo y su salud⁶⁷.

Antes de examinar el impacto que puede generar el incumplimiento de ciertas cláusulas del contrato de Maternidad Subrogada en el derecho fundamental a la salud, de los niños y las niñas, se advierte que el ordenamiento jurídico colombiano garantiza este derecho desde el momento de la concepción: el nasciturus es sujeto

⁶⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 597 de 1993 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-597-93.htm>

⁶⁷ RED INTERNACIONAL PARA LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. El derecho a la salud [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <https://www.escribnet.org/es/docs/i/427013>

de derechos tal y como lo confirma la Corte Constitucional mediante la Sentencia T- 223 de 1998, que expresa:

“La Constitución busca preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud, la integridad física, etc.”⁶⁸ (Negrilla y subraya extra texto).

Teniendo presente las consideraciones señaladas, fue oportuno comenzar este análisis recordando que son varias las obligaciones surgidas a partir de la celebración del contrato de Maternidad Subrogada en las que el derecho a la salud de los niños, niñas o no nacidos, adquiere especial importancia, teniendo en cuenta las diferentes etapas que envuelven estos contratos para, seguidamente, examinar la posible afectación de estos derechos fundamentales en el supuesto de un incumplimiento contractual.

- Etapa previa a la gestación

Toda vez que en esta etapa aún no se ha producido la gestación no es posible considerar que existen derechos fundamentales de un “menor” o del nasciturus que sean vulnerados por el incumplimiento de las obligaciones que surgen para las partes a partir de la celebración del contrato objeto de este estudio. En estos términos, no se hace necesario realizar el análisis pertinente.

- Etapa de gestación.

Una de las obligaciones correspondientes a la parte no gestante durante el desarrollo de esta segunda etapa, es el cubrimiento de las necesidades económicas, tal y como se señaló en el primer capítulo de esta monografía.

⁶⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 223 de 1998 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-223-98.htm>

El nasciturus necesita de un diligente control médico que permita determinar el estado de salud y desarrollo físico del mismo, por ello la parte no gestante se compromete a sufragar todos los gastos que conlleven a este fin.

Dado el caso en que la parte no gestante en relación a esta obligación previamente señalada, incumpla con lo pactado en el acuerdo, podría llegar a vulnerarse o afectarse el derecho a la salud del no nacido porque se le estaría perturbando su bienestar integral. Vale la pena aclarar en relación con este punto, que si la mujer gestante tiene la capacidad económica para sufragar aquellos gastos, no se estaría vulnerando el derecho analizado pues ella tendría el deber constitucional de velar por su salud y la salud de la criatura.

Si bien, el Estado tiene igualmente el deber constitucional de garantizar a la mujer gestante los recursos para su bienestar, esto, en la práctica, no se evidencia en Colombia; a contrario sensu: el cubrimiento de este derecho ha presentado serias dificultades para el Estado colombiano.⁶⁹

Por otro lado, la mujer gestante tiene como obligación el cuidado de su salud y de la salud del no nacido. En ambos supuestos, puede colegirse que en caso de incumplimiento de dichas obligaciones dicha mujer estaría vulnerando la salud del que está por nacer.

Actitudes tales como ingerir alcohol o fumar durante el transcurso del embarazo configuran una de las formas de afectación a la salud del nasciturus, así lo señala el proyecto de acuerdo No. 047 de 2011 del Concejo de Bogotá, que establece:

⁶⁹ ONU. Mortalidad Materna. Nota descriptiva N°348 - Mayo de 2014 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/>
LINARES GÓMEZ, Andrea. *Una madre gestante muere cada 14 horas en Colombia por complicaciones del embarazo y el parto*. En: Periódico El Tiempo. 8 de marzo de 2009 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015] Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4864860>

(...) uno de los factores en los que debe recaer la protección estatal es la situación de riesgo objetivo sobre la salud del que está por nacer, **causado por el consumo de alcohol, tabaco y demás sustancias psicoactivas de la madre durante el estado de embarazo**, que difícilmente puede justificarse desde una perspectiva basada únicamente en la libertad de la embarazada⁷⁰.
(Negrilla y subraya extra texto)

- Etapa del nacimiento, entrega del nacido y registro.

En relación con el derecho a la salud, le surge a la mujer gestante la obligación de entregar al recién nacido, lo cual no solo conlleva a la simple entrega pues durante el tiempo que tenga al nacido bajo su cuidado, debe procurar el bienestar físico y mental del niño. Si por el contrario, la mujer gestante omite el deber de velar por la salud del recién nacido mientras lo tiene bajo su protección, podría estar afectando el derecho fundamental a la salud del niño o la niña, debido a su estado de indefensión propio de la etapa inicial de vida en que se encuentra.

Puede la mujer gestante vulnerar el derecho fundamental a la salud del nacido cuando lo abandona de forma parcial o total. Lo anterior tiene asidero en la Sentencia T - 548 de 2011 en donde la Corte Constitucional señaló:

Gran parte de las enfermedades no se originan en una disfunción física o funcional sino son motivadas por presiones que provienen del medio ambiente social y producen estrés: **sentimientos de abandono**, baja autoestima, aislamiento, burlas, inconformidad con la propia imagen, depresión, agresividad. **Estas presiones comienzan a manifestarse desde la infancia más temprana y a partir de ese mismo momento es preciso reaccionar.** Sólo de esa forma se garantiza la faceta preventiva del derecho a la salud⁷¹.

⁷⁰ COLOMBIA. CONCEJO DE BOGOTÁ. Proyecto de acuerdo 047 de 2011 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015] Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41998>

⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 548 de 2011 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-548-11.htm>

Resta por decir que la protección del derecho a la salud del menor por parte de la mujer gestante termina cuando el recién nacido es entregado a la parte no gestante la cual, desde ese preciso momento, asume la protección.

4.2.2 Derecho fundamental de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella

Previo a conceptualizar y analizar este derecho fundamental se consideró oportuno advertir que el concepto de familia en el plano constitucional colombiano tiene una connotación especial, tal y como lo expresa la Corte Constitucional en Sentencia T – 572 de 2009, refiriéndose a la Jurisprudencia del Consejo de Estado como consta en la siguiente cita:

(...) conviene precisar que el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial.

En tal sentido, recientemente el Consejo de Estado, en sentencia del 2 de septiembre de 2009⁷², al momento de determinar la existencia de perjuicios morales, indicó lo siguiente:

(...) la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esta perspectiva, es posible hacer una referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico

⁷² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 2 de septiembre de 2009, M.P. Enrique Gil Botero, Actor: Elvia Rosa Arango y otros contra Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional.

que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales⁷³.

Este concepto de pluralismo ha sido reivindicado por la Corte Constitucional en Sentencia C – 278 de 2014, cuando expresó:

(...) En cuanto al alcance del concepto de familia, la Corte ha considerado que debe considerarse la realidad social y por ende, ha ampliado su ámbito de protección a todo tipo de familias, originadas en el matrimonio, en las uniones maritales de hecho, así como a las familias monoparentales, o las constituidas por parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo”. De este modo, se ha entendido que la familia debe ser especialmente protegida independientemente de la forma en la que se conforma el grupo familiar (...) ⁷⁴.

Ese pluralismo que rodea el concepto de familia en Colombia sirve de base para sustentar la protección jurídica efectiva de nuevas formas de constituir familias en Colombia, como la surgida como consecuencia del contrato de Maternidad Subrogada.

Ahora bien, en torno al contenido del derecho fundamental de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha sido reiterativa⁷⁵, tal y como lo expone en la Sentencia T – 012 de 2012:

⁷³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 572 de 2009 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-572-09.htm>

⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 278 de 2014 [En línea]. [Citado el 17, septiembre, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-278-14.htm>

⁷⁵ Puede consultarse en sentido similar las siguientes sentencias: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T – 165 de 2004, T - 572 – 2009, T – 723 de 2012, entre otras.

(...) 5.1. Al analizar el contenido del artículo 44 de la Constitución, en cuanto a la necesidad de proteger el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, la jurisprudencia de esta Corporación ha insistido en la importancia de la familia para el desarrollo integral y armónico de la infancia. De allí que la relación entre sus miembros contribuye, en principio, a crear un ambiente de amor y cuidado indispensable para alcanzar dicho objetivo. De tal manera que desconocer la protección de la familia, incluyendo los vínculos de sus miembros separados por cualquier circunstancia, implica al mismo tiempo amenazar seriamente los derechos fundamentales de los niños.

5.2. Ha sostenido la Corte que un niño o una niña sin familia, se ven privados de crecer en un ambiente de cariño, afecto, solidaridad, alimentación equilibrada que propicia la educación, la recreación y la cultura. Por ello, sus padres o miembros de familia que ocupen ese lugar –abuelos, parientes, padres de crianza-, son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los vínculos familiares y deben poner especial atención encaminada a que la niñez crezca en un escenario apropiado para el ejercicio de sus derechos y que puedan contar con los cuidados y la atención requerida. Desde esa óptica, la intervención estatal en el núcleo familiar, está autorizado de manera marginal y subsidiaria y únicamente si se presentan razones suficientes que así lo ameriten. Es decir, solamente en aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de los niños y niñas, le corresponde al Estado hacerlo.

5.3. Ha insistido la Corte en que la identificación del nivel de amparo y de cuidado que el Estado debe proporcionar, así como la forma en que ha llevarse a cabo, implica un análisis de cada caso y de las singularidades del mismo. (...) ⁷⁶.

Así entonces, de la misma forma como en el apartado anterior se realizó un análisis del derecho a la salud de los menores en Colombia y su posible afectación por el incumplimiento del contrato de Maternidad subrogada, en los párrafos que siguen se abordó un estudio de la posible afectación del derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella, teniendo en cuenta, igualmente, la clasificación de las obligaciones del contrato ya delineadas en el capítulo 1° del presente trabajo, tal y como sigue a continuación:

⁷⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 012 de 2012 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-012-12.htm>

- Etapa previa a la gestación

En la primera etapa obligacional del contrato de Maternidad Sustituta, en la cual las obligaciones de las partes están encaminadas a lograr el hecho de la gestación en la mujer gestante, en el supuesto de un incumplimiento no se vulneraría el derecho fundamental de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella, porque en esta fase inicial no existe aún la presencia de un feto o nasciturus al cual se le pueda proteger, jurídicamente, el derecho citado.

- Etapa de gestación.

Como se ha explicado a lo largo del presente trabajo, las obligaciones de las partes en el contrato de arrendamiento de vientre contenidas en esta fase obligacional están encaminadas principalmente al cuidado de la integridad del nasciturus, obligándose la mujer gestante a ejercer los cuidados necesarios tanto de ella como del feto y la parte no gestante a poner a disposición los recursos que cubran las necesidades económicas surgidas en el periodo de embarazo (revisiones médicas, compra de medicamentos, exámenes médicos, entre otras).

Las obligaciones surgidas para las partes en esta etapa están encaminadas a contribuir, de la mejor manera posible, a la realización del hecho del nacimiento del menor. Si bien, durante el estado de gestación no existe un niño o niña con personalidad jurídica, reiteramos: el Estado Colombiano ha sido determinante en señalar que el nasciturus es sujeto de derechos fundamentales, como lo expresa la Corte Constitucional colombiana en la ya aludida sentencia T – 223 de 1998:

(...) La Corte Constitucional debe recordar que éste grupo, el de los llamados nasciturus, también se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños.

La tradición jurídica más acendrada, que se compagina con la filosofía del estado social de derecho, ha reconocido que el nasciturus es sujeto de

derechos en cuanto es un individuo de la especie humana. Los innumerables tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, así como el preámbulo de la Constitución Política, cuando asegura que el Estado tiene la obligación de garantizar la vida de sus integrantes; el artículo 43, al referirse a la protección de la mujer embarazada, y el artículo 44, cuando le garantiza a los niños el derecho a la vida, no hacen otra cosa que fortalecer la premisa de que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales. La Constitución busca preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud, la integridad física, etc. (...).

(...) Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un principio lógico de razonabilidad exige considerar en particular cada uno de los derechos fundamentales, incluso aquellos que se predicán exclusivamente de los niños, para determinar cuál puede y cuál no puede ser exigido antes del nacimiento. Obviamente, derechos fundamentales como el derecho a la libertad personal o libertad de cultos, el derecho al debido proceso o el derecho a la recreación no pueden ser objeto de protección prenatal porque la propia naturaleza de su ejercicio no es compatible con el ser que aún no ha dejado el vientre materno.

13. Algo similar ocurre con los derechos de rango legal derivados, no de las condiciones inherentes a la naturaleza humana, sino de la ley positiva. Aunque de las normas señaladas podría deducirse la absoluta consagración del principio según el cual “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto que le favorezca”, lo cierto es que en materia de derechos de origen meramente legal, la ley ha sometido su goce a la condición suspensiva de que la criatura nazca. Al decir del artículo 93 del Código Civil, los derechos se encuentran en suspenso hasta que se verifica el nacimiento. “Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron.” Sólo en el caso de que la criatura muera dentro de la madre, perezca antes de estar completamente separada de ella o no sobreviva a la separación un momento siquiera, los derechos pasan a terceras personas como si el individuo jamás hubiese existido. Debe entenderse que el artículo 93 hace referencia a los derechos de rango legal, porque, como se ha dicho, los derechos fundamentales inherentes a la condición humana y compatible con la circunstancia de no haber nacido, no están suspendidos, sino en plena vigencia, mientras no ocurra el alumbramiento (...).

(...)14. De todo lo dicho puede concluirse que los derechos patrimoniales de orden legal que penden sobre el nasciturus, se radican en cabeza suya desde la concepción, pero sólo pueden hacerse efectivos, sí y solo sí, acaece el nacimiento. Por el contrario, los derechos fundamentales, bajo las condiciones antedichas, pueden ser exigibles desde el momento mismo que el individuo ha sido engendrado (...)⁷⁷.

⁷⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 223 de 1998 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-223-98.htm>

De la cita anterior y como lo advierte la Corte Constitucional, pese a que el nasciturus cuenta con la protección de todos sus derechos fundamentales, hay algunos que por razonabilidad en el aspecto de su materialización tienen su vigencia suspendida hasta el hecho del nacimiento, como por ejemplo: el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libertad personal, a la recreación, entre otros.

Lo anterior sirve de fundamento para suponer que dicha suspensión de vigencia aplica también para el derecho fundamental a tener una familia y a no a ser separados de ella, considerando que el fin principal de la familia, en relación al menor, como lo advierte la Corte, es *“el desarrollo integral y armónico de la infancia. De allí que la relación entre sus miembros contribuye, en principio, a crear un ambiente de amor y cuidado indispensable para alcanzar dicho objetivo”*⁷⁸. Así, se intuye que el derecho de los menores a tener una familia y no ser separados de ella, si bien hace parte de los derechos fundamentales del nasciturus, cobra plena vigencia y mayor importancia desde el momento del nacimiento.

- Etapa de nacimiento, entrega del nacido y registro.

Como ya se ha mencionado, las obligaciones que surgen en esta etapa son principalmente: por un lado, entregar al nacido por parte de quien figuró como mujer gestante, permitir el registro del recién nacido y por otro lado, recibir al menor y realizar el debido registro por la parte no gestante.

Esta etapa obligacional está condicionada a que dicho menor haya nacido y sea separado de la madre, como se encuentra establecido en el Código Civil Colombiano:

⁷⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 012 de 2012 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-012-12.htm>

ARTICULO 90. EXISTENCIA LEGAL DE LAS PERSONAS. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás⁷⁹.

Los derechos fundamentales del menor a partir de su nacimiento tienen plena vigencia sin distinción alguna, por lo tanto, el derecho a la familia cobra mucha importancia en esta etapa, tal y como lo cita Silvia Rivera:

(...) la Corte ha expresado respecto de este derecho que su satisfacción constituye una necesaria condición de posibilidad para la materialización de varios otros derechos fundamentales protegidos por la Carta, ya que a través de él se permite que los niños accedan al cuidado, amor, educación (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T - 510 de 2003) (...).

(...) la vulneración del derecho a la familia constituye una amenaza seria contra derechos fundamentales como el de la integridad física, la salud, a crecer en un ambiente de afecto y solidaridad, a una alimentación equilibrada, a la educación, a la recreación y a la cultura. Un niño expósito no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos riesgosos. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T - 587 de 1998) (...)⁸⁰.

Debido a todas las circunstancias mencionadas por la autora Silvia Rivera que resaltan la importancia de la familia para el cuidado del menor y el desarrollo de sus derechos y, además, de las posibles afectaciones a otros derechos fundamentales como la alimentación, la integridad física, la educación, entre otros, que se podrían relacionar con la vulneración al derecho fundamental a tener una

⁷⁹ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Ley 75 de 1887. Artículo 90 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>

⁸⁰ PRADILLA RIVERA, Silvia Juliana. Aplicación del principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos. 2011, 13, (1). [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1509/1411>

familia y a no ser separado de ella, se consideró que el incumplimiento de las partes en la etapa final del contrato de arrendamiento de vientre puede situar al menor, el cual ya se encuentra en un estado de indefensión inherente a su incapacidad de valerse por sí mismo, en una situación de mayor vulnerabilidad cuando acontece alguno de los siguientes supuestos: cuando la mujer gestante se niega a entregar al menor, cuando no permite el registro del mismo por la parte no gestante o cuando la parte no gestante se niega a recibirlo o a registrarlo debidamente.

Primer supuesto: Cuando la mujer gestante se niega a entregar al menor fruto del contrato de Maternidad Subrogada o no permite su registro.

En relación a este supuesto, se puede afirmar en una apreciación inicial, que si la mujer gestante se niega a entregar al menor, éste no estaría en un estado directo de indefensión pues sería ella quien debería, conforme a la ley vigente colombiana, brindarle al menor el mayor cuidado y cariño que necesite para garantizar sus derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, aunque lo normal es que las madres velen por el bienestar de sus hijos, esto no significa que en todos los casos el menor vaya a ser provisto de esas condiciones que garanticen el desarrollo y materialización del derecho fundamental a tener una familia, con todas las protecciones y derechos que ello envuelve; la negativa a la entrega del menor, por parte de la mujer gestante, puede tener sustento en razones diferentes al deseo de querer asumir el papel de madre.

De tal manera, la decisión de no entregar al bebe puede basarse en el incumplimiento de una de las obligaciones correspondientes a la contraparte, como por ejemplo, el no pago de los recursos de manutención o el no pago de la remuneración estipulada. Incluso, se puede pensar en un caso hipotético contrario

al ordenamiento jurídico, en el cual la persona que figuró como mujer gestante opte por negarse a entregar al nacido pues decide entregárselo a otra parte ajena al contrato, a cambio de una remuneración mayor; situación que le viola al menor su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella.

Por otra parte, no sobra advertir, si bien es cierto que la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T – 968 de 2009 como ya se explicó en el primer capítulo del presente trabajo, expuso como requisito de la Maternidad Subrogada: “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”⁸¹, no es menos cierto que puede suceder que la mujer gestante decida no entregar al menor, como se viene diciendo, privando al mismo de la posibilidad de pertenecer a la familia que según el contrato de Maternidad Subrogada sería la que le corresponderían todos los derechos y obligaciones sobre el menor, los cuales estarían a cargo de la parte no gestante.

Frente a esta situación, siguiendo a la autora Mary Luz Hincapié Gómez, la parte no gestante podrá acudir a cualquiera de las siguientes opciones según el interés que le surja; veamos:

- La parte no gestante puede iniciar un proceso de reclamación de la filiación ante un Juez de Familia, siempre y cuando ésta haya aportado el material genético para la procreación; lo anterior con el fin de establecer a través de la prueba de ADN “la relación que indica ser descendiente (consanguíneo o civil) de otra persona”⁸².

⁸¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-968 de 2009 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.html>

⁸² HINCAPIE GÓMEZ, Mary Luz. Responsabilidad civil por perjuicios causados con ocasión de relaciones de familia. Universidad de Medellín. Colección Maestría y Doctorado en Derecho. Sello Editorial. 2015. p. 175

- Igualmente esta parte no gestante puede iniciar un proceso judicial cuya pretensión este encaminada a la indemnización de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que se hayan ocasionado en razón del incumplimiento de las cláusulas estipuladas, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de la responsabilidad civil (hecho generador, nexo causal y daño)⁸³.
- La parte no gestante, por tratarse de una obligación de hacer, podrá escoger cualquiera de las acciones contenidas en el artículo 1610 del Código Civil para exigir su cumplimiento a través de un proceso judicial promovido ante Juez competente. Artículo que expresa lo siguiente:

1a.) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.

2a.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.

3a.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato⁸⁴.

Segundo Supuesto: se configura cuando la parte no gestante no quiere recibir al menor fruto de la Maternidad Subrogada o no realiza el debido registro para establecer la filiación con el menor.

En este hipotético caso se puede presentar, quizás, la situación que más vulnera el derecho fundamental de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella: se podría desprender de aquellas conductas un claro abandono del menor⁸⁵.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Artículo 1610.

⁸⁵ En relación a noticias en torno al abandono de niños en Colombia, véase: <http://www.eltiempo.com/noticias/abandono-de-ninos>

A pesar de que la Corte Constitucional en la Sentencia T – 968 de 2009, ya varias veces mencionada, expuso como requisito para tener presente: “*Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia*”⁸⁶, es dable pensar que la parte no gestante hipotéticamente podría, negarse a aceptar al menor, por ejemplo, por problemas físicos o mentales que el niño presente, porque la parte no gestante logró el embarazo, porque la parte no gestante terminó su relación de pareja o porque entró en quiebra y no tiene como sufragar los diferentes gastos; en estos casos, el Legislador podría optar porque la mujer que gestó, asumiera el rol de madre con todos los deberes que ello implica; sin embargo nada garantiza que ésta le brinde los cuidados necesarios para suplir las necesidades de la criatura nacida a través de la práctica de la maternidad subrogada o que el Estado cree mecanismos de protección del menor en caso que se presente una ausencia en la parte no gestante, la cual, según el contrato de Maternidad Subrogada, sería la encargada de asumir el rol de familia.

En relación a la expresión “*Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia*”⁸⁷ expuesta previamente aludiendo a la Sentencia T – 968 de 2009, es necesario aclarar que la Corte al usar el término biológico, hace referencia de manera inexacta a lo que en este trabajo se entiende como parte no gestante del contrato de Maternidad Subrogada, la cual, para lograr los efectos del contrato puede valerse de la donación de gametos o puede ser una sola persona o una pareja de igual o diferente sexo.

Es importante tener en cuenta que si quien figuró como mujer gestante durante el estado de embarazo no desarrolló un sentimiento de apego hacia al menor que yacía en su vientre, es decir, si su único fin era cumplir con la entrega del menor para terminar el contrato, se puede pensar que esta persona no deseaba tener un

⁸⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-968 de 2009 [En línea]. [Citado el 17, septiembre, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.html>

⁸⁷ *Ibíd.*

hijo para sí. Ello elevaría las posibilidades para afirmar que este menor va a carecer de aquellos cuidados que garanticen el derecho fundamental a tener una familia en el caso donde se le obligue a esta mujer a hacerse cargo del menor. Frente a esta situación son varias las situaciones que podrían presentarse. Vemos algunas de ellas:

Inicialmente es preciso afirmar que en el presente caso, el Estado a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el cual tiene como función “*trabajar por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia*”⁸⁸, podría privar o suspender a la mujer que gestó de la patria potestad si esta estuviera en su cabeza de manera obligatoria y dicha mujer no tuviera los cuidados necesarios para con el menor. Una vez declarado al menor en estado de abandono y, en consecuencia, de haberse privado a la mujer que gestó, de la patria potestad, podría iniciarse el trámite de la adopción, asegurándosele al menor la satisfacción de sus derechos fundamentales⁸⁹.

Igualmente podría ocurrir dentro de las posibilidades de hecho, que la mujer gestante, ante el incumplimiento de la parte no gestante de la obligación de recibir al menor, decida vender al niño o niña a una parte ajena al contrato, situación que supondría la instrumentalización de los menores.

A su vez, si la mujer gestante no quisiera quedarse con el bebé, podría acudir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con el ánimo de que el mismo se haga cargo del menor.

⁸⁸INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. ¿Qué es el ICBF? <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/EiInstituto>. [Citado el 19, septiembre, 2015].

⁸⁹ COLOMBIA. Ley 1098 de 2006. Artículo 61 y siguientes [En línea]. [Citado el 29, septiembre, 2015]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/sen do/basedoc/ley_1098_2006.html Para mayor claridad de la adopción mirar: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-887/2009 Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [En línea]. [Citado el 17, septiembre, 2015]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-887-09.htm> y, las demás normas concordantes que regulan el trámite para la adopción.

Por otra parte y finalmente es preciso resaltar, de la bibliografía consultada en Colombia no se encontró referencia sobre un debate que desarrollara, sustancialmente, el tema de los derechos fundamentales de los menores a la luz del contrato de Maternidad Subrogada.

Sin embargo, en el ámbito internacional sí se ha abordado en algunos países este tema. Así por ejemplo, en México se realizó un debate judicial⁹⁰, en el cual, el Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa, Francisco Silva García, destacó la obligación que tienen las legislaturas locales de garantizar la protección de los derechos de los niños producto de la reproducción asistida. De igual forma, desde la academia mexicana⁹¹, se ha reclamado que las legislaturas locales deben tener presente el interés superior del menor y la protección de sus derechos fundamentales en torno a la práctica de la Maternidad Subrogada.

En Argentina⁹² aunque el contrato de gestación por subrogación se considera nulo, el mismo no se encuentra prohibido expresamente y en consecuencia se han gestionado debates desde la academia. Así, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires también se reclama la importancia de la protección del interés superior del menor y sus derechos para los supuestos en los que se lleve a cabo la práctica de la Maternidad Subrogada.

⁹⁰ DOMÍNGUEZ, Jesús Manuel. Fundamental proteger derechos de los niños producto de maternidad subrogada: Juez. En: Periódico El Heraldo. Tabasco, México, 11 de julio de 2015 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.oem.com.mx/elheraldodetabasco/notas/n3875560.htm>

⁹¹ PÉREZ, Gisela y CANTORAL, Karla. La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el derecho mexicano. una propuesta legislativa desde la academia. En: Revista Boliviana de Derecho [En línea] 2014, enero, No. 17. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <file:///C:/Users/Home/Downloads/DialnetLaDignidadDelMenorEnCasoDeLaMaternidadSubrogadaEnE-4787332.pdf>

⁹² Seminario sobre Derechos del Niño - Maternidad subrogada o gestación por otro y el interés superior del menor. En: Derecho al día, Argentina Año XII Edición 208 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/seminario-sobre-derechos-del-nino-maternidad-subrogada-o-gestacion-por-otro-y-el-interes-superior-del-menor/+4703>

Por otro lado como ya se había mencionado, en España pese a la nulidad de pleno derecho del contrato de Maternidad Subrogada estipulada en la “Ley española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006” en su artículo 10, debido a la desprotección de muchos menores, fruto de esta figura y la afectación de sus derechos fundamentales, la Dirección General de Registros y Notariado mediante la instrucción del 5 de octubre de 2010, señaló que se debe seguir lo siguiente:

(...) establecer los criterios necesarios para determinar las condiciones de acceso al RC español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida.

La protección del menor es, por supuesto, el principal objetivo de esta Instrucción. Esta aborda tres puntos importantes, que son:

1. Los instrumentos necesarios para que la filiación pueda acceder al RC español de los nacidos en el extranjero por madre gestante, cuando al menos uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como una vía para reconocer, a efectos registrales, su nacimiento.
2. La inscripción en el RC español en ningún caso puede posibilitar que se le confiera una apariencia legal a supuestos de tráfico internacional de menores.
3. El deber de no vulnerar el derecho del menor nacido de conocer sus orígenes biológicos, como así lo dice el Art. 7.1 CDN de 20 de noviembre de 1989.

Con el interés del menor, se intenta también proteger los de las madres que consienten estas técnicas de reproducción asistida.

Y es para la garantía de todos estos intereses por lo que se redacta la Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, en la que como principal y esencial requisito previo se establece para la inscripción en el RC de los niños nacidos por maternidad subrogada, la presentación ante el Encargado del RC la resolución judicial dictada por el Tribunal competente. Esta exigencia se da con el objeto de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato de gestación con respecto al marco legal del país donde se ha formalizado, además de la protección de todos los intereses antes mencionados (...)⁹³.

⁹³ MOLINA MARTÍNEZ, Elena. La maternidad subrogada en Derecho Privado Español [En línea]. España: Universidad de Jaén, 2014. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CC4QFjADahUKEwi0p_enstbHAhXIJB4KHUf7BEg&url=http%3A%2F%2Ftauja.ujen.es%2Fbitstre

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo de España ha declarado que la ley de técnicas de reproducción española impide la inscripción de los menores fruto del contrato de arrendamiento de vientre, ante lo cual, el Ministerio de Justicia se ha comprometido a adecuar la legislación vigente para facilitar dicha inscripción de niños nacidos en el extranjero mediante la técnica de la Maternidad Subrogada⁹⁴.

am%2F10953.1%2F526%2F1%2FTFGMolina%2520Martinez%2C%2520Elena.docx&usg=AFQjCNFlatC_IltAR3YjvwOXxXCbMxa2BQ&bvm=bv.101800829,d.dmo

⁹⁴ ABC DE ESPAÑA. España adecuará su legislación para inscribir a los niños nacidos por maternidad subrogada., 10 de julio de 2014 [En línea]. [Citado el 24, agosto, 2015]. Disponible en: <http://www.abc.es/sociedad/20140710/abci-registro-hijos-maternidad-subrogada-201407092151.html>

5. PROPUESTA DE NORMATIVIDAD
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE O MATERNIDAD
SUBROGADA.

ARTÍCULO XXX Definición del contrato.

El arrendamiento de vientre o maternidad subrogada es un contrato mediante el cual, a través del uso de alguna o algunas de las técnicas de reproducción humana asistida, una o dos personas jurídicas individuales encargan la gestación de una criatura a una mujer, con el compromiso que una vez producido el nacimiento de la criatura, la mujer hará entrega de la criatura sin que pueda reclamar ningún derecho respecto de esta.

La parte no gestante puede ser una persona jurídica individual o una pareja del mismo o de diferente sexo.

ARTICULO XXX Exigencias especiales.

La parte no gestante debe acreditar que está en imposibilidad de gestar.

A la mujer contratada para gestar se le exige:

- No perseguir un fin lucrativo.
- Ser mayor de 25 años de edad.
- Acreditar una óptima salud física y psicológica.
- Haber tenido, como mínimo, un hijo con anterioridad al contrato.

ARTICULO XXX Interrupción del embarazo en la maternidad subrogada.

La mujer gestante solo puede interrumpir el embarazo por acreditación médica y en los términos que el ordenamiento jurídico lo permita.

ARTÍCULO XXX Obligaciones de la parte no gestante.

La parte no gestante es obligada:

- A sufragar estudios previos para determinar la viabilidad de la gestación.
- A sufragar la intervención quirúrgica (técnica de reproducción humana asistida) necesaria.
- A cubrir las necesidades económicas que puedan surgir a la mujer gestante que se hayan relacionado previa y directamente en el contrato.
- A brindar a la madre gestante el acompañamiento necesario durante la gestación.
- A recibir al recién nacido.
- A registrar al recién nacido.

ARTÍCULO XXX Obligaciones de la mujer contratada para gestar.

La mujer contratada para gestar es obligada:

- A permitir la realización de estudios médicos de viabilidad de la gestación.
- A permitir la intervención quirúrgica necesaria.

- A cuidar de su salud y de la salud del nasciturus.
- A permitir que la parte no gestante realice las visitas necesarias para el acompañamiento.
- A entregar al recién nacido.
- A no realizar el registro del recién nacido y permitir que la parte no gestante lo realice como se pactó.

PARÁGRAFO. En caso del nacimiento ocurrido, antecedido de un contrato de maternidad subrogada, se acreditará, ante el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil, con copia auténtica del contrato.

Es ineficaz el registro de nacimiento de un menor nacido, mediante la práctica de la maternidad subrogada, por quien figuró en el contrato como mujer gestante.

6. CONCLUSIONES

- La Maternidad Subrogada, Sustituta o “Alquiler de Vientre”, surge como una posible solución frente algunos problemas de infertilidad asociados a la gestación. No es en sí misma una técnica de reproducción humana asistida, sino una particular aplicación de algunas de esas técnicas.
- La Maternidad Sustituta guarda estrecha relación con el derecho a salud consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991 y demás normas pertenecientes al ordenamiento jurídico colombiano, ya que mediante este acto reproductor se puede trasladar la calidad de madre, lo cual va a permitir a la parte contratante gozar de un completo estado de bienestar, físico, mental y social en relación a la procreación dentro de la familia.
- El contrato de Maternidad Sustituta se encuentra revestido de ciertas características propias de la teoría general de los contratos, tales como: consensual o solemne, bilateral, gratuito u oneroso, principal, típico o atípico, de tracto sucesivo.
- Toda vez que el contrato de Maternidad Subrogada es de tracto sucesivo, la declaratoria de nulidad solo producirá efectos hacia el futuro.
- En el contrato de Maternidad Subrogada es posible diferenciar tres etapas, las cuales fueron denominadas en el presente trabajo así: etapa previa a la gestación, etapa de gestación y etapa de nacimiento, entrega del nacido y registro.
- Dentro del contrato de arrendamiento de vientre, las obligaciones que puedan ser hipotéticamente incumplidas son las siguientes:

Por parte de la mujer gestante: permitir la realización de estudios médicos y la intervención quirúrgica necesaria, prestar el servicio de gestación, cuidar de su salud y de la salud del feto, permitir el acompañamiento de la parte no gestante, entregar del recién nacido a la contraparte y el no registro del recién nacido.

La parte no gestante puede incumplir las siguientes obligaciones: sufragar todos los gastos tendientes a lograr la gestación, aportar los recursos que aseguren la asistencia médica y económica a la madre gestante durante el estado el embarazo, efectuar el acompañamiento a la mujer gestante, aceptar y recibir al recién nacido, pagar la remuneración estipulada en el contrato y registrar al recién nacido.

- Las principales consecuencias jurídicas que pueden surgir a partir del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de Arrendamiento de Vientre son: por un lado, la posible afectación de derechos fundamentales no solo de las partes implicadas en el contrato, sino y especialmente, de los menores fruto de la Maternidad Sustituta; por otro lado, pueden resultar ciertas responsabilidades civiles o penales a cargo tanto de la mujer gestante como de la parte no gestante.
- Existen diversos problemas jurídicos asociados a la Maternidad Subrogada en Colombia que surgen principalmente por el vacío normativo que reviste la figura; sin embargo, pese a la falta de consagración legal, hay cierta regulación jurídica, tanto en el ámbito nacional como internacional, con plena vigencia y aplicación dentro del territorio colombiano que pueden dar viabilidad para admitir la práctica de la Maternidad Sustituta.
- El incumplimiento de las obligaciones que les surgen a las partes contratantes de la Maternidad Sustituta a partir de la celebración del convenio, podrían

afectar derechos fundamentales de los menores como son; entre otros: el derecho a la salud y el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, los cuales gozan de una especial protección dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

En torno a la posible violación del derecho a salud de los menores a raíz del incumplimiento de obligaciones contenidas en el contrato de maternidad subrogada, se evidenció que la afectación se puede dar incluso desde antes del nacimiento, es decir, se protege jurídicamente también la salud del nasciturus.

El derecho fundamental de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella cobra mayor importancia una vez nacido el menor, pues es a partir de este momento cuando la familia debe estar presente para proveerlo de las condiciones de cuidado y apoyo para el ideal desarrollo de sus demás derechos fundamentales.

- La regulación del contrato de Arrendamiento de Vientre en Colombia se hace necesaria. El vacío normativo facilita y aumenta la posibilidad de incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato objeto de este estudio por las partes contratantes haciendo más vulnerables ciertos derechos fundamentales de los menores.

Sería muy recomendable que el legislador colombiano acudiera a la experiencia legislativa, jurisprudencial y doctrinal de países extranjeros tales como: Estados Unidos, México, España, Rusia, entre otros, donde se han logrado desarrollos importantes en la regulación y estudio de la Maternidad Subrogada con el fin de superar dicho silencio normativo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABC DE ESPAÑA. España adecuará su legislación para inscribir a los niños nacidos por maternidad subrogada. 10 de julio de 2014 [En línea] Disponible en: <http://www.abc.es/sociedad/20140710/abci-registro-hijos-maternidad-subrogada-201407092151.html>
- ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. Maternidad Subrogada y Filiación a la Luz del Ordenamiento Jurídico Colombiano [En línea]. . Trabajo de grado para optar por el título de abogado. Santiago de Cali: Universidad de San Buenaventura. Facultad de Derecho. 2012. Disponible en http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/jspui/bitstream/10819/1147/3/Maternidad_Luz_Ordenamiento_Alvarez_2012.pdf.
- ASOCIACIÓN PARA LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA. Sobre la gestación subrogada [En línea]. Disponible en: <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/sobre-la-gestacion-subrogada/que-es-y-cual-es-su-situacion-en-espana>
- BAFFONE, Cristiana. La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México. En: Boletín mexicano de derecho comparado. 2013, Vol. 46, No 137. [En línea] Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/137/art/art1.pdf>
- BEORLEGUI, Ana. La maternidad subrogada en España. España, 2014. [En línea]. Disponible en: <http://academica.e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- BLANCO PÉREZ, Lourdes. Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción? Universidad Carlos III de Madrid, España.
- CANO FERNÁNDEZ, Hilda María. La maternidad subrogada en el derecho colombiano. Trabajo de grado (Abogada). Medellín: Universidad de Medellín. Facultad de Derecho. 2001.
- COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia 1991. [En línea]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1098 de 2006. [En línea]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22106>
- -----, Ley 23 de 1981. [En línea]. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Normatividad/LEY%200023%20DE%201981.pdf>
- -----, Ley 599 de 2000. [En línea]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- -----, Ley 75 de 1887. Código Civil. [En línea]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 2 de septiembre de 2009. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero. [En línea] Disponible en: [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/19001-23-31-000-2001-00757-01\(31252\).htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/19001-23-31-000-2001-00757-01(31252).htm)

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 278 de 2014 Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-278-14.htm>
- -----, Sentencia T – 012 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. [En línea] Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-012-12.htm>
- -----, Sentencia T - 036 de 2013 Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-036-13.htm>
- -----, Sentencia T - 094 de 2013 Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-094-13.htm>
- -----, Sentencia T - 165 de 2004. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-165-04.htm>
- -----, Sentencia T – 223 de 1998 Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-223-98.htm>
- -----, Sentencia T - 260 de 2012. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-260-12.HTM>

- -----, Sentencia T - 548 de 2011 Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-548-11.htm>
- -----, Sentencia T - 597 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-597-93.htm>
- -----, Sentencia T - 723 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-723-12.htm>
- -----, Sentencia T-572 de 2009. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-572-09.htm>
- -----, Sentencia T-887/2009 Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-887-09.htm>
- -----, Sentencia T-968 de 2009. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>.
- -----, Sentencia No. T-406 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>.
- DOMÍNGUEZ, Jesús Manuel. Fundamental proteger derechos de los niños producto de maternidad subrogada: Juez. En: Periódico El Heraldo.

Tabasco, México, 11 de julio de 2015 [En línea]. Disponible en:
<http://www.oem.com.mx/elheraldodetabasco/notas/n3875560.htm>

- EL TIEMPO. Abandono de niños. [En línea]. Disponible en:
<http://www.eltiempo.com/noticias/abandono-de-ninos>
- ESPAÑA. Ley 14/2006 [En línea]. Disponible en:
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/21.pdf>
- GALLO VÉLEZ, Ana Silvia. La Filiación. Un análisis comparado en la legislación colombiana y el derecho común español. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2015.
- HINCAPIÉ GÓMEZ. Mary Luz. Responsabilidad civil por perjuicios causados con ocasión de relaciones de familia. Universidad de Medellín. Sello Editorial. Colección Maestría y Doctorado en Derecho. 2015.
- Inseminación Artificial. Qué es la inseminación artificial [En línea]. Disponible en:
<http://www.lainseminacionartificial.com/inseminacionartificial1.html>.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. ¿Qué es el ICBF? [En línea]. Disponible en:
<http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/EiInstituto>.
- La vitrificación de óvulos [En línea]. Disponible en:
<http://www.institutomarques.com/vitrificacion-ovulos.html>
- LINARES GÓMEZ, Andrea. Una madre gestante muere cada 14 horas en Colombia por complicaciones del embarazo y el parto. En: Periódico El

Tiempo. 8 de marzo de 2009 [En línea]. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4864860>

- LÓPEZ GUZMÁN, José y APARISI MIRALLES, Ángela. Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. Vol. 23. 2012. [En línea]. Disponible en: <http://www.aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf>
- MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. El arrendamiento de vientre en Colombia. Medellín: Universidad de Medellín. 2005.
- MEDLINEPLUS. Fecundación In Vitro (FIV) [En línea]. Disponible en: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/007279.htm>.
- MOLINA MARTÍNEZ, Elena. La maternidad subrogada en Derecho Privado Español [En línea]. España: Universidad de Jaén, 2014. Disponible en: https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CC4QFjADahUKEwi0p_enstbHAhXIJb4KHUf7BEg&url=http%3A%2F%2Ftauja.ujaen.es%2Fbitstream%2F10953.1%2F526%2F1%2FTFGMolina%2520Martinez%2C%2520Elena.docx&usg=AFQjCNFlatC_IltAR3YjvwOXxXCbMxa2BQ&bvm=bv.101800829,d.dmo
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS - ONU. ¿Qué son los derechos humanos? [En línea]. Disponible en: <http://www.un.org/es/rights/overview/>.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS - ONU. Mortalidad Materna, Nota descriptiva N°348 - Mayo de 2014 [En línea]. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/>
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General,

aprobada el 16 de diciembre de 1966. Artículo 15 [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/PACTO%20INTERNACIONAL%20DE%20DERECHOS%20ECONOMICOS,%20SOCIALES%20Y%20CULTURALES.php>

- PÉREZ, Gisela y CANTORAL, Karla. La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia. En: Revista Boliviana de Derecho. Enero 2014, No. 17. [En línea] Disponible en: <file:///C:/Users/Home/Downloads/Dialnet-LaDignidadDelMenorEnCasoDeLaMaternidadSubrogadaEnE-4787332.pdf>
- PRADILLA RIVERA, Silvia Juliana. Aplicación del principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos. 2011. [En línea] Disponible en: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1509/1411>
- RED INTERNACIONAL PARA LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. El derecho a la salud [En línea]. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/docs/i/427013>
- RODRÍGUEZ, CANO, Rodrigo Bercovitz. Tratado de contratos. Tomo 1. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2009
- ROSJURCONSULTING, S.L. Maternidad subrogada en Rusia y en el Mundo [En línea]. Disponible en: <http://surrogacy.ru/es/cases.php>
- RUIZ MARTÍNEZ, Rocío. Maternidad Subrogada “Revisión Bibliográfica” [En línea]. Trabajo de grado. Cantabria: Universidad de Cantabria.

Departamento de Enfermería. 2013. Disponible en: <http://bucserver01.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartin ezR.pdf?sequence=1>

- SANTAMARÍA SOLÍS, Luis. Técnicas de reproducción asistida: Aspectos bioéticos [En línea]. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo II Filiación: Régimen de los incapaces. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones: Teoría del acto jurídico y otras fuentes. Santa fe de Bogotá: Temis. 1997.
- UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. Facultad de Derecho. Seminario sobre Derechos del Niño - Maternidad subrogada o gestación por otro y el interés superior del menor. Derecho al día Argentina. Año XII, Edición 208. [En línea]. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/seminario-sobre-derechos-del-nino-maternidad-subrogada-o-gestacion-por-otro-y-el-interes-superior-del-menor/+4703>
- VÉLEZ ARANGO, Alba Lucía. Nuevas dimensiones del concepto de salud: el derecho a la salud en el estado social de derecho [En línea]. Disponible en: http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/downloads/Revista%2012_6.pdf.
- VERA MUÑOZ, Erika Natalia. Responsabilidad civil en conflictos materno-fetales en madres delegadas o por encargo. Trabajo de grado para optar por el título de abogado. Medellín: Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. 2003.

- VILAR GONZÁLEZ, Silvia. Situación actual de la Gestación por Sustitución. En: Revista de Derecho UNED, No. 14, 2014. [En línea]. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/13293/12164>.