

Contrato de gestación subrogada: Consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento.

María Paula Londoño Arcila.

La gestación subrogada, también conocida como vientre de alquiler y establecida como una de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), en los últimos años se ha convertido en un procedimiento llamativo para muchas parejas alrededor del mundo, teniendo de presente los problemas de infertilidad que padecen muchas personas y parejas, y de acuerdo a lo anterior, la Organización Mundial de la Salud (OMS) la cataloga como un problema de salud mundial que afecta a millones de personas en edad de procrear; según estadísticas y datos disponibles, 48 millones de parejas y 186 millones de personas tienen infertilidad en el mundo (World Health Organization, 2023), es así que, en búsqueda de conformar una familia, núcleo esencial de la sociedad y sujeto de protección integral por parte del Estado, de evitar largos procesos y burocráticos trámites como sucede en la adopción, de superar las barreras fisiológicas, reproductivas, y otros factores como el estilo de vida y/o la exposición a contaminantes ambientales, se recurre a diferentes tratamientos y técnicas de reproducción que finalmente permita a estas parejas materializar su anhelo de convertirse en padres. (World Health Organization, 2023)

En el caso de Colombia, no ha sido ajena esta situación, la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela, se pronunció a través de la sentencia T-968 de 2009, la cual realizó un recorrido por cuatro diferentes sentencias emitidas por el Juzgado Décimo de Familia de Cali y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali- Sala de Familia, las cuales dirimieron el conflicto jurídico que se presentó entre la accionante "Sarai" y el accionado "Salomón", donde brevemente haciendo un recuento de los hechos, la accionante y el accionado se conocieron por intermedio del director del Programa de Fertilización in vitro del Centro de Reproducción Asistida Fecundar, con la finalidad de que la accionante, luego de haber sido sometida a varios exámenes médicos y psicológicos para constatar su idoneidad, alquilara su vientre para que así el señor Salomón y su esposa Raquel pudiesen tener un hijo, resaltando el hecho que los óvulos empleados para el proceso de fertilización in vitro serían los de la señora Raquel, limitándose Sarai a prestar su vientre para implantarlos una vez fecundados con el esperma del señor Salomón, y llevar a término el embarazo. Todo a cambio de una suma mensual de dinero que enviaría el matrimonio a Sarai durante el tiempo de gestación y otra cantidad significativa al final del mismo, sin embargo, después de varios intentos, Sarai no logró concebir, incluso, posteriormente, se llegaron a emplear óvulos de una donante sin ningún éxito, y en vista de la respuesta negativa del tratamiento se dio por terminado el acuerdo entre las partes, no obstante, el accionado siguió en contacto con la accionante y en varias ocasiones la visitó en su casa, y para cuando ya tenían un poco más de confianza y una relación más estrecha, él acepta hacer realidad su deseo de convertirse en padre, y asiste junto con la accionante a un centro de medicina reproductiva en la ciudad de Cali, y es allí cuando en el mes de julio de 2005, se le implantan 4 embriones y a los

pocos meses se confirmó que estaba esperando mellizos, los cuales nacieron en marzo de 2006 en el municipio de Vijes, Valle del Cauca. Frente a lo anterior, el accionado incumplió dos promesas que le había hecho a la accionante, siendo la primera que le brindaría ayuda económica durante y después del embarazo y asumiría el costo de su seguridad social, lo cual llevó a cabo únicamente durante los primeros 5 meses de embarazo; y la segunda promesa se refería a no exigirle a Sarai la entrega de los hijos luego del nacimiento, incumplimiento que se reflejó en las acciones legales de privación de patria potestad y custodia que inició el señor Salomón en contra de Sarai, al igual que interpuso demanda de permiso de salida del país de los menores. (Corte Constitucional, T 968 de 2009)

El punto importante de esta sentencia radica en que reconoció la gestación subrogada como una de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), ya que no se encuentra prohibida en la legislación colombiana, y como una modalidad para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, así mismo, se estableció que estas técnicas de reproducción asistida como lo son la fecundación in vitro, la inseminación artificial, la gestación subrogada, tienen una estrecha relación con el derecho fundamental a la salud, así como los derechos sexuales y reproductivos. Particularmente, la maternidad subrogada fue definida en la sentencia 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 este” y de acuerdo con esta proposición, la madre gestante se obliga a llevar a término el embarazo y entregar al niño después del parto, sin aportar material genético para la inseminación in vitro, o la técnica de reproducción humana asistida elegida por las partes (Corte Constitucional, T 968 de 2009), dando a esta práctica un carácter gratuito, es decir, que no debe mediar un interés económico que motive su realización, sino que contenga un fin altruista o de ayudar a las personas.

Lo anterior toma relevancia, ya que esta sentencia se erigió como un hito en cuanto al reconocimiento de esta práctica de reproducción asistida en Colombia, dejando de presente que no es una práctica que se encuentre regulada en la legislación del país, mas, en su defecto, tampoco se encuentra prohibida, lo cual genera un vacío jurídico latente que gira en torno a toda esta realidad de la gestación subrogada, la cual va en aumento, al igual que la desprotección que hay para las partes que recurren a esta forma de reproducción asistida, el reconocimiento y derechos del nasciturus, el acuerdo que surge por voluntad de las partes, denominado contrato, el cual permite que nazca a la vida jurídica los efectos del mismo, las obligaciones dentro del contrato, las consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento, entre otros.

Como punto de partida para referirse a la gestación subrogada en el marco de un negocio jurídico, primero debe concurrir un acuerdo de voluntades entre las partes, en la cual surgen obligaciones bilaterales, una se compromete, en un sentido simple, a gestar en su vientre al bebé y entregarlo luego del nacimiento, renunciando a todo derecho sobre el nacido, y la otra parte a brindar lo necesario y apropiado para que la gestación se lleve a cabo y culmine satisfactoriamente, este acuerdo se conoce en el ordenamiento jurídico como contrato, definido en el artículo 1495 del Código Civil, como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (Enríquez et al, 2018, p.13).

Adicional a ello, para que el contrato exista en la vida jurídica debe mediar un objeto y causa, y para la validez de este, se deben cumplir los supuestos de consentimiento libre de vicios, objeto lícito, causa lícita, y capacidad de las partes. (Castro, 2015, p.122)

De conformidad con los supuestos enunciados para la configuración de un contrato, resulta menester realizar un pequeño, pero asertivo acercamiento, respecto a lo que se refiere cada uno, partiendo de los requisitos de existencia, y en primera medida se origina a partir del consentimiento, entendido como la unificación y concurrencia de dos voluntades en un sólo querer, de manera que este sea suficientemente claro e inteligible, adicional al consentimiento debe concurrir la causa, la cual se plasma como el motivo que induce al acto o contrato que no esté prohibida por la ley, o sea contraria a las buenas costumbres y al orden público, y en tercer lugar el objeto, el cual se refiere a la prestación pactada entre las partes. (Castro, 2015, p.126,148)

En cuanto a los requisitos de validez, en primera medida las partes deben gozar de capacidad de ejercicio, la cual les permite obligarse a los intervinientes de manera directa y ejercer sus derechos y adquirir obligaciones, sumado a esta, el consentimiento expresado por las partes involucradas debe estar ausente de vicios, los cuales se encuentran en el artículo 1508 del Código Civil y se dividen en el error, el cual consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad; la fuerza, es la presión física o moral que se ejerce sobre una persona para obtener su consentimiento, la cual infunde miedo o temor en la misma, y finalmente el dolo; referido a toda especie de artificio para engañar a otro sujeto del negocio jurídico y que induce o provoca un error en él (Corte Constitucional, C993 de 2006). Como tercer requisito se encuentra el objeto lícito, en el entendido que el objeto de los contratos no pueden ser aquellos hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad humana, o lesivos de los derechos ajenos, y por último, la causa de este debe ser lícita, lo que quiere decir, que la motivación o finalidad de la celebración del contrato no sea contrario a la ley, a las buenas costumbres o al orden público (Castro, 2015, p.122) .

En la celebración de un contrato, en general, y en lo que concierne para referirse a la gestación subrogada, y con la finalidad de que el mismo pueda nacer a la vida jurídica, se debe de igual forma cumplir con los requisitos abordados con anterioridad, sin embargo, como este se trata de un contrato atípico, es decir, que sus aspectos esenciales no se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico colombiano, es importante tener en cuenta las consideraciones que se han planteado respecto al contrato de maternidad subrogada, desde la perspectiva de autores y en consecuencia a la laguna jurídica que se encuentra respecto a este tema.

En Colombia, de acuerdo con el artículo 42 de la Constitución Política, el cual consagra la familia como núcleo fundamental de la sociedad, que se puede constituir por vínculos naturales o jurídicos y sobre la que recae protección integral por parte del Estado, en este sentido, la familia puede construirse de forma voluntaria y responsablemente, por vínculos naturales o jurídicos y en su interior se establece la igualdad de derechos y deberes entre los hijos procreados naturalmente o con asistencia científica. Los métodos o asistencia científicos como forma de

reproducción son considerados por la Constitución Colombiana como una forma válida de establecer la filiación y la familia, respetando también tratados internacionales ratificados por Colombia tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, 1966), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. (Chaves, 2021, p.8)

Para el supuesto de la capacidad de las partes, la mujer que gestará el bebé y va a intervenir en el contrato debe demostrar que está en condiciones mentales y físicas aptas antes de iniciar la relación jurídica. Dada la naturaleza contractual de este método, la madre gestante, adicionalmente, deberá cumplir con los requisitos establecidos por los padres o parte contratante, por tratarse de un contrato intuitu personae según algunos (Pacheco, Monsalve, Torregrosa, 2020, p.146,147), así como la parte contratante, ya sea una pareja o una persona, según corresponda, deben ostentar la capacidad legal o de ejercicio, la cual consiste en la habilidad que la ley le reconoce a aquella para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra.

La consensualidad es la manera en que se exterioriza la voluntad de las partes. En la medida en que estamos ante un contrato que, por el momento, es atípico, en virtud de la autonomía de la voluntad privada rige el consentimiento. Sin una regulación expresa no cabría mencionar la exigencia de alguna solemnidad como requisito para su perfeccionamiento (Pacheco, Monsalve, Torregrosa, 2020, p.146).

En lo que se refiere al objeto del contrato de gestación subrogada, algunos autores afirman que para que el contrato no se encuentre viciado, su objeto no puede ser la criatura gestada como tal, puesto que esto supondría tomar a un ser humano por nacer como un bien de libre disposición de su dueño. Tampoco puede ser objeto del contrato una parte del cuerpo de la mujer gestante. Ambos casos, evidentemente ilícitos, no comportan la virtualidad para recordar el objeto del contrato. Por lo anterior, se propone como objeto del contrato la prestación de un servicio por parte de la mujer gestante, que pone a disposición de los comitentes su fuerza biológica de gestación para adelantar el embarazo del futuro hijo de los interesados, de manera similar a como el objeto de un contrato de trabajo podría ser la capacidad de laborar según las necesidades del empleador, por parte del trabajador contratado. En ese sentido, la posición doctrinal reseñada propende por llamar a este tipo contractual un “contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre”, al considerarlo más adecuado a la realidad del negocio realizado, toda vez que, como se explicó previamente, si se tratara en realidad de un contrato de alquiler, este adolecería totalmente de ilicitud por tener como objeto una parte del cuerpo humano (Pacheco, Monsalve, Torregrosa, 2020, p.147).

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

propósito disponiendo de su fuerza biológica de gestación (Pacheco, Monsalve, Torregrosa, 2020, p.147).

Se logra dilucidar que esta clase de contratos son eminentemente bilateral, gratuito, de ejecución instantánea, conmutativo, principal y consensual; es válido afirmar que el contrato de maternidad subrogada tiene características propias de un contrato atípico que, aunque no está regulado, no es ilegal, ya que los contratos no tipificados encuentran validez en el principio de autonomía privada. En este sentido, se rigen por las normas supletorias del derecho privado, siempre y cuando no sean contrarias a las buenas costumbres y los derechos fundamentales. (Bolívar, Prada, 2023, p.16)

Agotada la revisión de los requisitos de existencia y validez, la liberalidad de las partes toma importancia y como ocurre en todo contrato, por disposición de las partes y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante (Corte Constitucional, C 934 de 2013), se definen los parámetros que regirán la relación contractual, siempre teniendo de presente que los mismos se ajusten a la ley, las buenas costumbres y el orden público, y dentro de estos se contempla la posibilidad de incluir cláusulas que contengan el cumplimiento forzoso de lo pactado por las partes intervinientes, o por el contrario, una resolución del contrato cuando se presente un incumplimiento, como sucede por ejemplo con la condición resolutoria tácita, la cual consiste en la facultad a favor del contratante cumplido para pedir la resolución o el cumplimiento del pacto, en uno y otro caso, con indemnización de perjuicios, frente al extremo contrario del negocio que no respetó las obligaciones que adquirió (art. 1546 código Civil) y con la condición suspensiva, en la cual mientras no se cumple la obligación, se suspende la adquisición de un derecho (art. 1536 código Civil), por lo cual, en la bilateralidad del contrato, ambos sujetos manifiestan sus posturas con absoluta claridad y firmeza, buscando generar todos los efectos jurídicos derivados de la relación contractual.

Cuando las partes involucradas en el contrato se encuentran ante un escenario de incumplimiento de la o las obligaciones, ya sea de forma parcial o total, atendiendo siempre que los contratos son de obligatorio cumplimiento para las partes, por tal motivo, el incumplimiento de alguna cláusula u obligación ocasionarán daños y perjuicios a la otra parte del contrato, y los cuales se determinan incumplidos a partir de la fecha siguiente en que se pactó el cumplimiento y no se cumplió (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2021). El mismo incumplimiento de toda obligación otorga al acreedor el derecho de pedir su cumplimiento in natura o en especie, o su satisfacción en el equivalente pecuniario, en ambos casos, además, con indemnización de perjuicios, la situación especial que se crea en los contratos de cambio y, más concretamente, en los contratos de prestaciones correlativas, que el código Civil en su artículo 1496 denomina "bilaterales", es decir, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente, adquiere contornos especiales, toda vez que delante del incumplimiento ajeno cada contratante puede optar por persistir en el cumplimiento tal cual de las obligaciones, con indemnización de perjuicios o demandar la resolución del mismo (Hinestrosa, 2020)

Al observar el panorama jurídico y las posibilidades sustentadas en el marco normativo colombiano, de acuerdo a una interpretación sistemática, la parte contractual que se allanó a cumplir las obligaciones asumidas alega el incumplimiento de la otra parte, decide acudir a la vía judicial y su pretensión es la resolución del contrato e invocar la acción de resolución, la cual es uno de los múltiples medios de tutela o remedios contractuales que tiene el acreedor frente al incumplimiento grave o esencial de las obligaciones por parte del deudor, en virtud del cual se faculta al acreedor para solicitar la ineficacia o extinción de un contrato bilateral y con efectos retroactivos. Con ella se busca poner a las partes, en la medida de lo posible, en una situación precontractual. Al implicar la resolución el aniquilamiento del contrato, en virtud del principio de la conservación del negocio jurídico, se ha entendido que medida tan extrema solo puede permitirse cuando se trate de un incumplimiento que afecte de forma importante los intereses contractuales del acreedor. No basta cualquier incumplimiento para destruir el contrato, se requiere que sea relevante, importante, grave, sustancial, o como se le llama en los instrumentos del derecho contractual uniforme: esencial. (Velásquez, 2020, p.9)

Los principios de obligatoriedad o normatividad y de conservación del negocio jurídico, tienen un trasfondo práctico que justifica su existencia. Ese trasfondo práctico obedece principalmente a la utilidad que presenta el contrato desde el punto de vista económico y social. Vale aclarar que, no sólo se refiere a la mera celebración del contrato, sino especialmente a su debida ejecución. El acreedor tiene la facultad de darlo por terminado ante un incumplimiento grave de su deudor, pero mientras ello no sea así, existen principios constitucionales y legales de mayor jerarquía que se lo impiden. Estos principios, como se dijo, encuentran a su vez sustento existencial en la relevancia social y económica que el derecho colombiano le reconoce al contrato (Velásquez, 2020, p.19).

Cuando el incumplimiento, como en reiteradas veces se ha expuesto, sea esencial y comporte una obligación sustancial del contrato, la resolución del mismo es una alternativa clara para la parte que la alega, por otro lado, como el mismo artículo 1546 del Código civil consagra, la otra parte contratante podrá pedir a su arbitrio, el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, los cuales se determinarán según la categoría de perjuicios, se encuentran los perjuicios patrimoniales, los cuales se definen como aquella lesión que sufre una persona en su patrimonio, siendo este un conjunto de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico, pertenecientes a aquella y considerados como una universalidad jurídica, son perjuicios que por su misma naturaleza económica, son objeto de cuantificación y valoración generalmente representada en dinero, por la misma idoneidad que este ostenta para recuperar un interés que se ha perdido como resultado de un daño, y estos se dividen en dos, el primero es el daño emergente, definido en el artículo 1614 del código civil como el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento, y el segundo corresponde al lucro cesante, el cual es la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento (Art. 1614 Código Civil), y los perjuicios extrapatrimoniales, dentro de los cuales está el daño a la vida de relación, entendida

como la privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas, el daño moral, entendido como aquella afectación que se hace a la esfera íntima de la persona, y que generan en ella sentimientos de angustia, desolación, tristeza y afines, esto es, el dolor que sufre, y el daño a los derechos humanos fundamentales, definido por la Corte Suprema de Justicia- Sala Civil como el agravio o la lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual, los cuales pertenecen a la parte que alega el incumplimiento y dependen de lo que esta pretenda jurídicamente y la esfera individual y/o patrimonial que se le haya vulnerado (Hernández, 2022, p.7,10)

El contrato de gestación subrogada puede ser estudiado como un esquema lineal de obligaciones, que a su vez se descompondría en cuatro momentos distintos y específicos: el embarazo, el nacimiento, el registro del nacimiento del menor y la entrega material del recién nacido a sus padres comitentes, siendo el embarazo el origen de las cargas obligacionales del contrato de subrogación, pues es la primera conducta acordada entre las partes (Enríquez, Moreno, 2018, p.14),

En el ordenamiento jurídico colombiano, existen mecanismos para exigir el cumplimiento de los contratos y las obligaciones allí plasmadas y aceptadas, como acudir al sistema judicial con la finalidad de que sea el juez competente el que, ajustado a la ley, resuelva el problema jurídico, proceso que se inicia con la presentación de la respectiva demanda y las pruebas que sustenten la misma, también se tiene la posibilidad de recurrir a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), como la conciliación, definida como un método de resolución de conflictos por el cual las partes, con la intervención de un conciliador, llegan a un acuerdo para solucionar sus diferencias, El acta de conciliación tiene los mismos efectos jurídicos que una sentencia judicial: presta mérito ejecutivo, es decir se puede exigir su cumplimiento por vía judicial; y hace tránsito a cosa juzgada, las diferencias solucionadas por este medio no podrán ser discutidas en otra instancia (Centro de arbitraje y conciliación cámara de comercio de Bogotá, s.f.), y la transacción, es un medio alternativo para solucionar conflictos a través de la cual las mismas partes en conflicto, sin la intervención de nadie distinto a ellas mismas, al menos que participen sus abogados, asesores de ellas en la negociación, pueden en el ámbito extrajudicial, precaver un litigio judicial, o si ya se hubiere entablado, terminarlo mientras no haya sido fallado por sentencia de primera instancia, también se debe tener en cuenta que la transacción hace tránsito a cosa juzgada, es decir produce los mismos efectos que una sentencia proferida en proceso judicial, es por esto que las partes mismas de un conflicto pueden solucionarlos con idénticos efectos a los de una sentencia; con la premisa que los derechos involucrados sean de carácter conciliable y transable.(Camacho, 2000, p.8,15)

Y es que, la alternativa a la que acuden las partes con el propósito de exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales depende de cuál sea su intención respecto a lo que se pretende conseguir, ya sea en términos económicos o simbólicos, no obstante, el punto álgido en la discusión recae sobre las consecuencias que se generan en el espectro legal cuando en este contrato atípico de gestación subrogada se presencia un incumplimiento en alguna de las obligaciones pactadas entre los intervinientes, los cuales al mismo tiempo se encuentran desprotegidos por la ausencia suficiente y sustancial de regulación, en el cual no hay claridad respecto a los derechos que ostentan en su calidad correspondiente dentro del negocio jurídico, ni se plantea la vía adecuada para dirimir los posibles conflictos que pueden surgir con la celebración de este contrato, así como tampoco las obligaciones inherentes al contrato en específico que se deben cumplir ni las obligaciones accesorias de las que se pueden disponer.

Puesto que las situaciones de incumplimiento del contrato estudiado no se encuentran reguladas de forma legal, la forma de dirimir los conflictos suscitados por el incumplimiento contractual recae en el desarrollo jurisprudencial que se le dé a la materia, teniéndose entonces que hacer un examen en ponderación del derecho del menor en primacía frente a los demás derechos, siendo esto concretamente (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales y (iii) el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor, Deja un espacio amplio de interpretación, la cual no puede prestarse para que sea ajustada a la conveniencia de uno u otro, anteponiendo un bienestar individual sobre uno colectivo (Pacheco, Monsalve, Torregrosa, 2020, p.153).

En el panorama actual y cómo se observa la posibilidad de regulación en cuanto a la gestación subrogada, en el año 2022, la Corte Constitucional exhortó al Congreso de la República en la sentencia T-275, a regular el tema de la maternidad subrogada, con el fin de dar claridad y llenar los vacíos legales que se encuentran en el ordenamiento jurídico colombiano, frente a lo cual, el Representante a la Cámara por el partido Pacto Histórico, Alejandro Ocampo Giraldo, presentó el proyecto de ley 334/23C en febrero del 2023, *“Por medio de la cual se reglamenta la Subrogación gestacional en Colombia, se prohíbe con fines lucrativos, se garantizan los derechos de la mujer, los niños y niñas, y se dictan otras disposiciones”*, el cual consta de 29 artículos, siendo relevantes para este tema el artículo 9, el cual contiene los elementos constitutivos del contrato, el artículo 10 que aclara lo relacionado con el consentimiento informado, y el artículo 13, el cual pone de presente los efectos jurídicos que genera la gestación subrogada. (Cámara de Representantes, Proyecto de Ley 334/23C), lo que vislumbra un interés y urgencia en cuanto a la positivización de la gestación subrogada y conjuga la colaboración de dos ramas del poder público, la rama judicial y la rama legislativa, las cuales orienten y marquen la ruta de interpretación y acción que se ajusten a los principios y normas en el marco del Estado Social de Derecho.

Conclusiones

En la sociedad, las dinámicas culturales, económicas, sociales y políticas son cambiantes, esto se debe a varias razones, sin embargo, una de las más relevantes se debe a los procesos de evolución que atraviesan en conjunto las personas y las necesidades que se van requiriendo para la convivencia y adaptabilidad al entorno, buscando formas y alternativas para suplir las mismas.

En el escenario del derecho, definido como un conjunto de normas que regulan la conducta humana y ordenan la sociedad en un momento determinado a través de la imposición de reglas y de la creación de órganos e instituciones que velan por su cumplimiento y aplicación (Trujillo, 2021), debido a la rapidez y en ocasiones a la imprevisibilidad de los cambios en las dinámicas sociales y la aparición de nuevos fenómenos y necesidades, resulta complejo que este se adelante a las conductas de las personas, es por ello, a medida que se observa la aparición de estas y de las novedosas soluciones que van surgiendo a la par, cobra relevancia la intervención de los actores jurídicos y la regulación normativa en diferentes instrumentos como las leyes o sentencias, para mantener el orden en las relaciones interpersonales, con una supremacía del bien común.

La gestación subrogada, nace como una respuesta a la necesidad y anhelo de las personas, en especial de las parejas, de conformar una familia, y una forma de enfrentar las barreras biológicas como los problemas de fertilidad, que obstruyen ese anhelo y reducen las posibilidades de concebir, por lo tanto, y en vista del aumento de esta práctica alrededor del mundo, resulta imperiosa su legislación en aquellos países donde su status es ambivalente, es decir, no se encuentra prohibida pero tampoco permitida, como sucede en Colombia, país en el cual si bien se encuentran pronunciamientos por parte de uno de los órganos de cierre que vela por el cumplimiento y la integridad de la Constitución, la Corte Constitucional, la cual, en sede de revisión ha analizado los casos que se han presentado en el país y han sido expuestos en el ámbito judicial, no abarca en completitud ni aborda el tema desde la raíz, el vacío jurídico que se observa en el país abre la brecha para diferentes interpretaciones y posiciones que generan una inseguridad jurídica, adicional al hecho que la gestación subrogada es un tema controversial al verse involucrado un tinte ético y moral, y aún más en la sociedad colombiana que cuenta con un historial conservador, y la positivización y el abordaje de realidades depende, en muchas ocasiones, de las creencias y posturas que ostenten los involucrados en la jerarquía y los órganos encargados de tomar decisiones y legislar.

Se debe realizar especial énfasis en la necesidad de legislación, expuesta en varios apartes del presente artículo, atendiendo al incremento que se observa en el país de los casos de maternidad subrogada, cuyas cifras oficiales no corresponden incluso a la realidad, ya que el control y estadísticas resultan irrisorios ante esta situación todavía desconocida, por ello, se desconocen las formas en que las personas se están involucrando en esta práctica y la legalidad de los acuerdos que median la relación jurídica, así como los hechos adversos que puedan surgir durante el tiempo de duración de la gestación, los propósitos que mueven las partes y las formas que naturalmente encuentren para asumir los conflictos que se puedan presentar, coyuntura que

resalta la urgencia en la legalidad, la interpretación, las vías judiciales y las verdaderas consecuencias jurídicas que permean el contrato de maternidad subrogada.

La senda a recorrer por la sociedad colombiana, sus representantes y entidades es extensa y llena de matices, se deben atravesar discusiones álgidas para obtener resultados y dejar de lado en muchas ocasiones el discurso correcto, la necesidad que se visualiza de una legislación clara, completa, estructural y coherente en este tema está cada vez más presente y la sociedad anhela respuestas a todas esas preguntas que se van levantando conforme pasa el tiempo y se van afianzando las prácticas, a la par de que se van resaltando los vacíos y la falta de regulación

Referencias

Enríquez, W; & Moreno, F.E. (2018). “Controversias derivadas del incumplimiento de una de las partes del contrato de alquiler de vientre en Colombia” En: biblioteca digital USB. Versión digital disponible en: <https://bibliotecadigital.usb.edu.co/server/api/core/bitstreams/e7e3e342-bfb5-48cb-bc09-9b40cf8d2e5b/content>

Castro, J.G. (2015). “Derecho de las obligaciones” En: Repositorio Universidad Católica. Versión digital disponible en: <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/c840f0f2-4f33-48d1-8604-619644e00d5e/content>

Velásquez, S. (2020). “El incumplimiento esencial del contrato en el derecho privado colombiano” En: Repositorio Universidad EAFIT. Versión digital disponible en: <https://repository.eafit.edu.co/server/api/core/bitstreams/a45ffe8f-3cb6-4b10-9127-a09f77eba948/content>

Hernández, L.C. (2022). "El daño extrapatrimonial en las personas jurídicas de derecho privado por la violación a derechos constitucionalmente protegidos" En: biblioteca digital Universidad Externado. Versión digital disponible en: <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/b1783b9d-726e-4fa9-9958-13f7bfc2a6f/content>

Chaves, E.A. (2021). "Gestación Subrogada en Colombia: evolución, tendencias y desafíos" En: Repositorio Universidad del Bosque. Versión digital disponible en: <https://repositorio.unbosque.edu.co/server/api/core/bitstreams/af164d83-6544-4293-8a1f-416543159fbc/content>

Polo, C.A. (2019). "Incumplimiento esencial del contrato en la Legislación Civil y Comercial colombianas a partir del moderno derecho de contratos" En: Revista VIS IURIS Universidad Sergio Arboleda. Versión digital disponible en: [file:///C:/Users/matipao/Downloads/alevivi,+6-11-1%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/matipao/Downloads/alevivi,+6-11-1%20(2).pdf)

Jaramillo, E; & Zakzuk, A.E. (2009). "Los daños extrapatrimoniales en el derecho civil colombiano". En: Repositorio Universidad Javeriana. Versión digital disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/16910/JaramilloAramburoEsteban2009.pdf>

Pacheco, J.M, Monsalve, M.A; & Torregrosa, I. (2020). "Los elementos del contrato de maternidad subrogada" En: Repositorio Universidad Javeriana. Versión digital disponible en: https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/57715/6.Pacheco_y_otros_139-158%5B1%5D.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Barajas, R. M; & Garzón, Alexander. (2021). "Maternidad subrogada en Colombia, ¿derecho o necesidad?" En: Repositorio Institucional Unilibre. Versión digital disponible en: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/20862/MATERNIDAD%20SUBROGA DA%20ARCHIVO%20FINAL1.pdf?sequence=1>

Hinestrosa, F. (2019). "Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones" En: Revista de Derecho Privado Universidad Externado. Versión digital disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5787/7620>

Restrepo, J; & Valderrama, G. (2018). "Validez del contrato de maternidad subrogada en la legislación colombiana" En: Repositorio Universidad Militar Nueva Granada. Versión digital disponible en:

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/39240/RestrepoVargasJenniferValderramaSerranoGerman2018.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 968 de 2009. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Versión digital disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 274 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Versión digital disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-274-15.htm>

República de Colombia. Congreso de la República. Ley 84. (31 de mayo de 1873) Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873. Obtenido de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html#1