

# Iter Ad Veritatem

# 9



Facultad de  
Derecho



Acreditación de  
Alta Calidad  
Resolución MEN. N° 3337  
del 29 abril de 2011



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA  
T U N J A

*Experiencia y Calidad*



Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA COLCIENCIAS A

Iter Ad Veritatem

Tunja  
Colombia

N° 9

pp. 01 - 473

Enero  
Diciembre

2011

ISSN: 1909-9843



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
SECCIONAL TUNJA  
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO  
ITER AD VERITATEM  
N° 9**

**Tunja, 2011**

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	N° 9	pp. 1-xxx	Enero Diciembre	2011	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------

---

**Entidad Editora**

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

**Director**

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

**Editor**

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

**Número de la revista**

NUEVE (9)

Correspondiente a la producción académica del 2011.

**Periodicidad**

Anual

**ISSN**

1909-4893

**Dirección postal**

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja  
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia

**Teléfono**

(8) 7440404 Ext. 1024

**Correo electrónico**

revistaderecho@ustatunja.edu.co  
dhiguera@ustatunja.edu.co

**Diseñador Portada:** Santiago Suárez Varela

**Corrección de Estilo:**

Mg. Eyder Bolívar Mojica, docente investigador de la facultad

**Revisión inglés:** Ángela Marcela Robayo Gil

Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

**Estudiantes participantes:** Pedro Alejandro Amezquita

Niño, Andrés Felipe Torres Cardozo Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

**Anotación:** El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

---

## **MISIÓN INSTITUCIONAL**

*Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza- aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.*

## **VISIÓN INSTITUCIONAL**

*La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.*

## **LA MISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO**

*Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio-jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.*

## **VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO**

*La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo -Sistema Modular- se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.*

*Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.*

---

*Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.*

### **MISIÓN DE LA REVISTA**

*Iter Ad Veritatem es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultados definitivos o parciales de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.*

*En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Iter Ad Veritatem se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.*

---

## TRÁMITE EDITORIAL PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN LA REVISTA ITER AD VERITATEM

1. Recepción de Artículos: Los artículos que pretendan publicarse en la revista Principia Iuris deberán ser enviados al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas en formato impreso y digital o al correo electrónico del contacto, los cuales deberán guiarse por el instructivo para autores que aparece en la presente edición.
2. Anexo al artículo deberá presentarse la declaratoria de originalidad del artículo, pudiendo guiarse del formato que presentamos en este ejemplar.
3. Los artículos que cumplan condiciones mínimas serán seleccionados para ser enviados a Pares Evaluadores; de preferencia externos, con publicaciones en el área y formación investigativa, los cuales tendrán un término de 15 días para su calificación y deberán guiarse de acuerdo al INSTRUCTIVO PARA AUTORES ITER AD VERITATEM.
4. Los artículos aprobados *con condiciones*, serán regresados al autor y este tendrá 5 días para su corrección, tras los cuales serán valorados por el editor quien tendrá 15 días para su aceptación o envío a nuevo par académico.
5. Los artículos *rechazados*, podrán ser sometidos a una segunda evaluación a solicitud del autor o el editor y podrán ser entregados en ocasiones futuras a la revista.
6. Los artículos seleccionados y aprobados *sin modificaciones* o una vez corregidos, serán enviados a corrección de estilo, edición y a comité editorial para su evaluación final.
7. De la decisión del comité editorial, se elaborará un acta, en la cual se exprese el tema tratado, la pertinencia para el quehacer científico y originalidad. En el acta podrán discutirse opiniones no presenciales, ya sea por mecanismos telefónicos o digitales.
8. El editor conserva facultades de adecuación del artículo para el cumplimiento de condiciones y requisitos. En todo caso sin alterar la esencia del escrito.
9. Tras la impresión, se realizará el depósito legal y la divulgación en formato digital y plataformas oficiales, entregándose a la comunidad científica la versión definitiva para su acceso.
10. ITER AD VERITATEM Recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.
11. El proceso de edición ITER AD VERITATEM posee facultad para organizar la información correspondiente a los datos del autor y del texto, mencionando en primera nota la pie de página sin numeración la formación del autor con respecto a sus estudios de pregrado y postgrado, además de la filiación institucional del autor y medios para establecer contacto, bien sean por vía electrónica E- mail o por medio de números telefónicos fijos o móviles, aunado a lo anterior se establecerá con la siglas **AI** y **AE** si el autor es interno o externo; en un segundo pie de pagina sin numeración se debe establecer el proyecto de investigación, su línea de investigación y el Método de análisis usado esclareciendo la tipología del artículo presentado.





---

## **DIRECTIVAS INSTITUCIÓN**

**Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.**  
Rector Seccional

**Fray José Antonio González Corredor, O.P.**  
Vicerrector Académico

**Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P.**  
Vicerrector Administrativo y Financiero

**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.**  
Decano de División Facultad de Derecho

## **DIRECTOR**

**Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina**  
Decano de la Facultad de Derecho

## **EDITOR**

**Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez**  
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

## **COMITÉ CIENTÍFICO.**

**Ph. D Pierre Subra de Biesses**  
Universidad paris X, Francia

**Ph. D Pablo Guadarrama**  
Universidad central de las Villas, Cuba

**Ph. D Carlos Mario Molina Betancur**  
Universidad Santo Tomás, Colombia

**Ph. D. Natalia Barbero**  
Universidad de estudios a distancia, España.  
Universidad de Sevilla, España.

**Ph.D. Alfonso Daza González**  
Universidad Externado de Colombia

---

**COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL**

**Fray José Antonio González Corredor, O.P.**  
Vicerrector académico

**Mg. Ángela María Londoño Jaramillo**  
Directora Centro de investigaciones

**Mg Andrea Sotelo Carreño**  
Directora departamento de comunicaciones y mercadeo

**COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.**

**Ph.D. Yolanda M. Guerra García**  
Madison University, Estados Unidos.

**C. Ph.D. Diego German Mejía Lemos**  
National University Of Singapore, Faculty Of Law

**C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera**  
Universidad Carlos III, España.

**Ph.D. Alfonso Daza González**  
Universidad Externado de Colombia

**CORRECTOR DE ESTILO**

**Mg. Eyder Bolívar Mojica**  
Investigador en Derechos Humanos.

---

## PARES ACADÉMICOS

**Ph. D. Ciro Nolberto Guecha Medina, Abogado,** Especialista en Derecho Administrativo U. Santo Tomás, Especialista en Derecho Administrativo, U. Salamanca España, Magíster Derecho Procesal, U. Libre Bogotá, Magíster Derecho Administrativo, U. Rosario Bogotá, Doctor en Derecho U. Externado de Colombia, Doctorado en Derecho U. Alfonso X España. Decano Facultad de Derecho USTA Tunja, Líder Grupo de Investigaciones Jurídicas y SocioJurídicas Facultad de Derecho, Categoría “A” en Colciencias. Email [cguecha@ustatunja.edu.co](mailto:cguecha@ustatunja.edu.co), tel. 7440404 ext. 31020 Tunja.

**Ph. D. (C ) Fabio Iván Rey Navas**

Profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal” de la Universidad de Salamanca. [abogadorey@gmail.com](mailto:abogadorey@gmail.com)

**Mg. (C ) Miguel Andrés López Martínez**

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Tunja. [maloma11@hotmail.com](mailto:maloma11@hotmail.com)

**Esp. Daniel Rigoberto Bernal**

Abogado Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Privado y Económico. Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

**Mg. Carlos Alberto Pérez Gil.** Filósofo Universidad Nacional De Colombia, Abogado Universidad Nacional De Colombia, Especialista en derecho publico

---

Universidad Nacional De Colombia, Magíster en derecho Universidad Nacional De Colombia, Docente investigador Facultad de Derecho, Teléfono: 3134529578, e-mail carlosperezgil57@hotmail.com.

**Mg. José Helberth Ramos Nocua.** Abogado Universidad Libre, Especialista en derecho procesal - Universidad Libre, Especialista en derecho probatorio – Universidad Sergio Arboleda, Título didáctica nivel único –Universidad Libre, Docente investigador Facultad de Derecho, Teléfono: 4341631-5621357, e-mail j.helvertramos@yahoo.es.

**Mg. Fernando Arias García. Abogado UPTC,** Especialización en derecho comercial Universidad Externado de Colombia, Especialización en derecho procesal Universidad Externado de Colombia, Magíster en derecho administrativo Universidad Externado de Colombia. Juez administrativo, Docente investigador Facultad de Derecho Teléfono: 3008815664, email farias@ustatunja.edu.co.

---

## CONTENIDO

**Editorial** ..... PÁG. 13

### **PARTE I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL.**

#### **ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA**

JUDICIALIZACIÓN LABORAL DE LAS EMPRESAS USUARIAS  
EN CALIDAD DE EMPLEADOR EN EL CONTRATO CON EST ..... PÁG. 20  
Irma Julieth Corredor Amaya.

LA INTERMEDIACIÓN LABORAL COMO PLANTEAMIENTO  
HACIA UNA POSIBLE ELUSIÓN CONTRAPRESTACIONAL ..... PÁG. 46  
Laura Inés Gomes Niño.

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INICIATIVA POPULAR  
LEGISLATIVA RESPECTO DEL PORCENTAJE DEL CENSO  
ELECTORAL ..... PÁG. 63  
Eliana Andrea Combariza Camargo.

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA CONTRATACIÓN ESTATAL.... PÁG 83  
Nancy Milena Zabala Mancipe.

ENVEJECIMIENTO SIN CRISIS? EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO  
COMO MODELO GARANTE DE LOS DERECHOS DE LA TERCERA  
GENERACIÓN ..... PÁG. 103  
Edwin Hernando Alonso Niño, Juan Sebastián Hernández Yunis.

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	Nº 9	pp. 1-473	Enero Diciembre	2011	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------

---

EL MATRIMONIO CIVIL EN PAREJAS DEL MISMO SEXO:  
VULNERACIÓN A DERECHOS ..... PÁG. 117

Erika Paola Torres Aguirre.

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA Y EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO COMO FUNCIÓN  
DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ..... PÁG. 137

Ángela Marcela Robayo Gil.

APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CRITERIO DE LAS OMISIONES  
LEGISLATIVAS ..... PÁG. 167

Andrés Felipe Torres Cardozo

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA ..... PÁG. 196

Marta Angélica Salinas.

LA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA ENTRE EL DELINCUENTE Y LA  
VÍCTIMA EN LA COMISIÓN DEL DELITO ..... PÁG. 216

Sara Lorena Alba Palacios.

## **PARTE II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN DERECHOS HUMANOS.**

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL COMPLEJO  
PENITENCIARIO DE MÁXIMA Y MEDIANA SEGURIDAD  
DE COMBITA ..... PÁG. 229

German Alfonso Bernal Camacho, Ángela Patricia Hernández Echeverría

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN LA MASACRE DE SEGOVIA .. PÁG. 251

Fabián Andrés Herrera Lesmez

---

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: TRATAMIENTO JURISPRUDENCIA  
DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL Y LA TEORÍA  
DEL RIESGO ..... PÁG. 272

Ángela Biviana Reyes Sánchez

ENTRE LA REPARACIÓN Y LA SOSTENIBILIDAD. ANÁLISIS DE LA LEY DE  
VÍCTIMAS DESDE EL CONSTITUCIONALISMO RESTRICTIVO Y LA TRADICIÓN  
PACTISTA DEL PODER ..... PÁG. 291

David Gerardo López Martínez

### **PARTE III. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL.**

#### **ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA**

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y ESCISIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE  
DERECHO ..... PÁG. 313

Pedro Alejandro Amezquita Niño, Mónica Roció Mejía Parra.

UN INTENTO FALLIDO: LA CONSTRUCCIÓN DE UN INTERÉS NACIONAL EN  
EL PERIODO DE LA REGENERACIÓN ..... PÁG. 335

Diego Alejandro López Laiton, Sussy Dayana Rodríguez Galindo.

DIVISIÓN DE LAS FUERZAS CASTRENSES Y LA AUTONOMÍA DE LA  
POLICÍA NACIONAL FRENTE A LA INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA  
REPUBLICA ..... PÁG. 361

Laura Viviana Vivas Medina. Sandra Milena Estupiñan Orjuela

LA DOCTRINA DEL HONOR AL INTERIOR DE LA INSTITUCIÓN CASTRENSE,  
¿UNA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE LA LIBERTAD DE LA ESFERA  
INTERNA? ..... PÁG. 379

Ana Luisa Niño Camargo, Harold Yesid Villamarin Preciado.

---

CONTRATO ATÍPICO DE GESTACIÓN SUBROGADA ..... PÁG. 398  
María Cristina Higuera Cardozo.



---

## EDITORIAL

Iter ad Veritatem, es la revista materializada por el esfuerzo intelectual de la comunidad estudiantil de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, producto del ahincó, la disciplina y el amor por el Derecho, ya no como una profesión sino como un estilo de vida que impone a todos los estudiosos de este campo la continua necesidad de ver, juzgar y actuar, con respecto a la sociedad desde una perspectiva cosmopolita, ya no de cómo es el mundo, sino más bien de cómo debe ser.

En mi mente no hay lugar a la duda cuando digo que las propuestas formuladas a lo largo de estas páginas, son la más pura muestra del talento de jóvenes que se han arriesgado al presentar sus ideas a un mundo que por lo general es cruel con el talento nuevo y que en algunas ocasiones le teme a la innovación, es en este punto de inflexión donde la comunidad de mi amada *alma mater* nos ha brindado esta pequeña ventana, dándonos a entender que las nuevas creaciones aun tienen amigos dispuestos a ofrecer su apoyo.

De esta forma y con la pretensión de influir en el escenario jurídico presentamos lo que hasta el momento son los mejores frutos de nuestra cosecha, autores que no deben ser menospreciados por su juventud ya que se han ganado su lugar en este texto por ser sinónimos del rigor metodológico propios de todo investigador.

En palabras de Christopher Reeve (2003) *“Los sueños parecen al principio imposibles, luego improbables, y luego, cuando nos comprometemos, se vuelven inevitables.”*<sup>1</sup> Ahora bien este sueño llamado *Iter Ad Veritatem* llega a manos de la comunidad jurídica en su novena edición gracias al compromiso por hacer una vez más posible lo imposible y consecuentemente inevitable.

***“Sólo un exceso es recomendable en el mundo: el exceso de gratitud”***  
**Por lo tanto a nombre del Centro de investigaciones socio-jurídicas de la**  
**Universidad Santo Tomás Seccional Tunja nuestra más sincera gratitud**  
**para con los autores y el ávido lector.**

**Andrés Felipe Torres Cardozo**  
**Monitor Centro de Investigaciones Socio-jurídicas**  
**Universidad Santo Tomás**

---

<sup>1</sup> Christopher Reeve al igual que otros a lo largo de la historia nos han enseñado que los límites no son mas que una apreciación humana que nos predispone a no obtener metas por considerarles imposibles y una vez nos libramos de dicha predisposición somos capaces de todo, para quien desee profundizar con respecto a Reeve les invito a leer su texto todo es posible publicado en el año 2003 por la Editorial EL ALEPH en el año 2003.



---

## PROLOGO

Es un honor el realizar la presentación de nuestro estudiante sénior Carlos Gabriel Salazar quien ha dedicado su vida a un ideal tan puro y noble como lo es la búsqueda del conocimiento, tarea a la cual se ha dado con total esfuerzo y vitalidad. Virtudes que lo caracterizan como un jurista humanista conocedor de la realidad social y de la dinámica de las instituciones políticas y administrativas del país, a continuación presentamos ante el lector su interpelación en el foro institucional por un voto responsable, organizado por la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, con las siguientes palabras.

### **VOTO EN BLANCO.**

Vengo como un simple ciudadano colombiano de a pie a señalar lo siguiente:

La Constitución Política de Colombia no debe ser un documento formal, ni un mero texto de derecho positivo; de la cual se elevan de cuando en cuando múltiples elogios, a cual más floridos, y a la par, periódicamente, y con más frecuencia recibe dardos en su integridad, con las múltiples reformas que en su corta vida ha recibido y que verdaderamente la han convertido en una colcha de retazos y no en la carta inviolable que ha de ser y como lo quiso “el pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente e invocando la protección de Dios”, como reza el preámbulo.

La Constitución de Colombia debe ser el credo de todos: Y cada uno de los colombianos debe encarnarla, hacerla viva y vivirla como una religión.

Esa Constitución se levanta sobre dos pilares fundamentales: “la dignidad humana” (artículo 1) y los derechos “inherentes a la persona humana” (artículo 94), creando un estado social, de todos, no personal de derecho, de normas, regido por las leyes, democrático y participativo, en el cual todos tengan voz y voto a través de los plebiscitos,, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, iniciativas legislativas y revocatorias de mandato (artículo 103). Los alcaldes serán elegidos popularmente (artículo 314) y como personas que tienen a su cargo la

---

comunidad de su municipio, deben tender, buscar, propiciar el bien común de dicha comunidad, el bien estar de todos; para ello se le ha nombrado, ese es su rol, la función que debe realizar y de la cual es responsable; y el bien común no es el bien personal, como administrador del erario que es público, de todos, no particular, debe comportarse como un buen padre de familia, que busca el bien de sus hijos; no malgastarlo, no derrocharlo, ni mucho menos llevarlo a su patrimonio o al de sus allegados. El ejercicio de la función pública es un servicio, no un negocio.

Como la historia es la maestra de la vida, ella nos demuestra cómo administradores de la cosa pública (en el pasado no solo remoto sino también próximo), no han buscado el bien común, sino lo contrario, como han tergiversado el gasto público y no lo han invertido en el bienestar común, tan solo valga la pena mirar los titulares de la prensa para llegar a esta convicción.

Por ello vengo a presentar otro candidato, otro que nos lleve a cumplir en forma responsable la obligación legal de hacer uso del derecho de votar; porque el voto es un derecho y una obligación (artículo 258) y tal candidato verdaderamente viste la cándida de los senadores romanos, la túnica blanca que ostentaban como símbolo de su dignidad, ese candidato es el voto en blanco.

Francisco Rubiales Moreno desde España manifiesta: “El voto en blanco no es un fin en si mismo, sino la una opción honrada cuando no existen partidos políticos o líderes que sean merecedores del voto de los ciudadanos libres en una democracia; es un voto de censura a los políticos en una democracia autentica.

El voto en blanco rechaza las opciones políticas, pero no el sistema democrático, es el más adecuado cuando campea la corrupción; por eso los políticos lo devalúan y penalizan, dado que es al que más temen.

El voto en blanco es un voto honesto, valiente, viril, rechaza la mediocridad y la corrupción”.

En España el movimiento “Escaños en Blanco” deja vacios los escaños que obtenga, en Uruguay se suman al candidato de mayor votación y en Colombia en reciente reforma política, a sus promotores “se les reconocen en lo que fuere pertinente, los derechos y garantías que la ley establece para las campañas electorales, incluida la reposición de gastos de campaña, hasta el monto que previamente haya fijado

---

el Consejo Nacional Electoral” (Ley 130 de 1994 y Resolución 920 de 2011 del C. N. E.), ante lo cual la politóloga Beatriz Franco Cuervo, de la Universidad del Rosario, manifestaba: “Hecha la ley, hecha la trampa. Eso no quiere decir que haya una o más personas que quieran castigar electoralmente a una clase política, pero muestra la estupidez colombiana de sacarle provecho a todo”; por ello Darío Hechandía afirmaba que este es un “país de cafres” y Carlos Lleras Restrepo que es un país de avivatos; recordemos el incentivo de las acciones populares.

Por ello en el tarjetón se presentan dos clases de votos en blanco, el que promueve algún movimiento y busca lucrarse y el voto en blanco propiamente dicho, que es mi candidato.

Si en una elección el voto en blanco es mayoría se ha de repetir la elección (Acto Legislativo 1 de 2009) con candidatos diferentes, lo cual no se realizó con nuestros representantes al Parlamento Andino, premio de consolación a quienes no fueron electos como parlamentarios, en dicha ocasión el voto en blanco fue mayoritario.

En nuestro país hay más de veinte millones de personas en capacidad de votar que se abstienen de hacerlo, tan solo seis millones sufragan, en lo que algunos analistas han denominado “democracia estomacal”, pues se hace por puestos, contratos, cuadernos, tejas, pintura, cemento, cupos educativos, afiliaciones fraudulentas al sisben y no sé que mas triquiñuelas de las cuales nuestros políticos tradicionales son maestros.

Contra esas prácticas es preciso votar en blanco.

Empero Rodrigo Lozada (analista político) señala: “En este país es complicado lograr que los ciudadanos sufraguen por candidatos tradicionales, así que es poco probable que se movilicen para votar en blanco”; pero otros politólogos coinciden que el atractivo electoral del voto en blanco aumentará sustancialmente y se verá un repunte significativo en las elecciones de 2013. El ejemplo de la alcaldía de Cartagena es significativo, se presentó un 73% de abstención y el alcalde ganó por un pequeño margen sobre el voto en blanco.

Valeria Rabelo, una ciudadana del común, una ciudadana de a pié, decía “creo que se debe acabar con los corruptos y creo que también depende de los candidatos, de sus propuestas, de revisar muy bien su hoja de vida y de quien está rodeado; la gente no lee, solo ve caras, popularidad, etc. Estoy de acuerdo en que el voto en blanco es una salida digna; como dicen si uno no está de acuerdo con los

---

candidatos, al menos se hace el ejercicio de ir a votar. Coincido en que no queremos más corruptos”.

Si ustedes encuentra entre estos candidatos a uno que consideren: digno, honesto, recto, incorrupto e incorruptible, que busque el bien común, del cual habla El Aquinate; están en la obligación moral y política de darle su voto; pero si no creen en ninguno por escepticismo histórico, su obligación democrática es votar en blanco, sin reposición de gastos de campaña.

El voto en blanco, simple y clásico es mi candidato y ahí os lo dejo.

---

## PRESENTACIÓN

*“Cuando crecimos y fuimos a la escuela, había algunos profesores que habrían hecho cuanto fuese posible para herir a los niños, derramando su burla sobre cualquier cosa que hacíamos y sacando a relucir todas sus debilidades por mas cuidadosamente que los chicos las ocultasen” – Pink Floyd , The Wall 1976.*

Con el pasar de las décadas, el mundo ha evolucionado de tal forma, que los conocimientos ya no son restringidos y estos permanecen en las mentes de la nueva sangre de cada generación. Es por tanto que, la Revista Iter Ad Veritatem N°9 es el medio por el cual los estudiantes pueden dar a conocer sus ideas dentro del mundo de derecho en sus distintas ramas como los son el área penal, constitucional, administrativa, civil y laboral con el fin de dar nuevos conceptos que mejoren y se adecuen a las tendencias de estos días sobre la antigua ley de los hombres.

Si bien es cierto que la existencia del derecho se debe a dar soluciones a los conflictos de los hombres, buscar una estabilidad y armonía bajo la figura de la justicia, se ha querido con la presente dar nuestras manifestaciones frente a la responsabilidad del estado en distintos aspectos que desembocan en un vulneración hacia los derechos humanos. De igual forma resaltar la imagen de la contitucion política como norma de normas dentro de nuestro ordenamiento frente al acceso a la justicia, manejo probatorio, legitimidad de los actos del estado y la exaltación de los derechos fundamentales en los ámbitos civiles y laborales.

En otro aspecto, nos referimos a circunstancias por las cuales ha atravesado nuestro ordenamiento jurídico como lo son los estados de escición, en donde nos atrevemos a postular tesis internacionales como el derecho penal del enemigo y en este mismo sentido analizamos las distantas políticas del estado referentes a derecho penal y la actuación de los entes militares.

Por ultimo, se espera que esta publicación sea de agrado y cumpla con las exigencias academicas del derecho y del lector, aportando nuevas ideas que incentiven la generación de espacios de reflexión, en materia jurídica y demás áreas afines tomando la investigación como una convicción para romper las cadenas del conformismo y buscar asi nuevas verdades.

**Pedro Alejandro Amezcuita Niño**  
**Monitor Centro De Investigaciones Socio-jurídicas**  
**Universidad Santo Tomás**





---

---

**PARTE III.**  
**ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL.**  
**ARTICULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO**  
**DE LA CIENCIA JURIDICA**

---

---



## CONTRATO ATÍPICO DE GESTACIÓN SUBROGADA

MARIA CRISTINA HIGUERA CARDOZO\*

RESUMEN\*\*

La Maternidad Subrogada es una Técnica de Procreación Humana Asistida gracias a la cual una pareja que es genéticamente apta para procrear, pero por razones médicas le es imposible a la mujer gestar a su propio hijo(a), podrá hacer realidad su oportunidad de ser padres. Sin embargo, ante el ordenamiento jurídico colombiano, es una práctica que si bien no es ilegal, carece de una regulación específica, y dada la relevancia del asunto además de su sorprendente cotidianidad, resulta de urgencia el que el Legislador se haga cargo de una pronta regulación frente a esta realidad, proceso en el cual, trabajos investigativos como el presente, habrán de ser una valiosa contribución.

---

\* *Estudiante de Noveno Semestre de la Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Contacto: [hguera2@hotmail.com](mailto:hguera2@hotmail.com). Cel: 3114991335.*

\*\* *Artículo de investigación e innovación el cual es una Producción original e inédita, resultado del proyecto de investigación finalizado “contrato atípico de gestación subrogada” adelantado en el Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja, Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones jurídicas y socio jurídicas el cual está vinculado a la línea de “en derecho privado y relaciones entre particulares “. que dirige la Ph D Jazmin Torres.*

*Método: Mediante el método de análisis documental de textos con origen jurídico con base teórica en el Derecho contractual y en el Derecho civil con la finalidad de desarrollar un análisis de los criterios que llevan al surgimiento del contrato atípico de gestación subrogada.*

## **PALABRAS CLAVE**

Maternidad Subrogada, Vientre, Contrato de Atípico, Autonomía Privada, Libertad Contractual.

## **ABSTRACT**

The Surrogate Maternity is a Human Assisted Procreation Technique by which a couple, that is genetically able for procreation, but for medical reasons it's impossible for woman to gestate their own child, can fulfill their chances to be parents. Despite of that it isn't an illegal practice for the Colombian law system, it haven't an specific regulation, and because of the relevance of the case and also the amazing everyday, it's urgent for the legislators takes over a early regulation in front of this reality, process in which, investigations like this one, would be a valuable contribution.

## **KEY WORDS**

Surrogate Maternity, Womb, Atypical Contract, Private Autonomy, Contractual Freedom.

## **RÉSUMÉ**

La gestation pour autrui est une technique procréation assistée humain par lequel un partenaire qui est

génétiquement inapte à la procréation, mais pour des raisons médicales, il est impossible pour les femmes gestation de leur propre enfant (a), permettra à votre chance d'être les parents . Toutefois, dans le système juridique colombien, est une pratique qui, sans être illégales, pas de réglementation spécifique, et compte tenu de l'importance de la question en plus de leur quotidien extraordinaire, il est urgent que le législateur prend le relais au début la réglementation cette réalité, un processus dans lequel la recherche de travailler comme celle-ci, doit être une contribution précieuse.

## **MOTS CLÉS**

La maternité de substitution, du ventre, contrat atypique, l'autonomie privée, la liberté contractuelle.

## **METODOLOGÍA:**

Para la presente investigación se utilizó el método Analítico-Documental; a partir del estudio de una serie de documentos de carácter legal y doctrinal, se analizan las justificaciones y soluciones para exponer la licitud del contrato atípico de gestación subrogada, de igual forma, se hace un estudio jurisprudencial sobre el tema específico así como la doctrina constitucional relacionada con la cláusula general de libertad.

## SUMARIO

1. INTRODUCCION, 2. RESULTADOS, 2.1 Estudios previos, 2.1.1 Jurisprudencia Nacional Frente al Tema en Específico, 2.1.2 Estudios Relevantes Acerca De La Maternidad Subrogada, 2.1.2 Estudios Relevantes Acerca De La Maternidad Subrogada, 2.2 Marco conceptual. 2.2.1 Definición y Tipos de Maternidad Subrogada, 2.2.2 ¿Por qué el contrato atípico de gestación subrogada constituye un negocio jurídico lícito ante el ordenamiento jurídico colombiano?, 2.2.2.1 Sustentos Doctrinales, 2.2.2.2 Sustentos Legales, 2.2.2.3 Fundamentos Constitucionales, 2.3 Propuestas Frente a las Cláusulas Contractuales, 2.4 ¿Tienen fuerza vinculante los requisitos y condiciones citados por la Corte Constitucional en Sentencia T- 968 de 2009 para la celebración de contratos de maternidad subrogada?, 3. CONCLUSIONES, 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA

### 1. INTRODUCCION

La problemática de la reproducción de la especie humana ha ocupado un papel preponderante en la historia de la humanidad. Dicha preocupación, presenta dos proyecciones con alcances opuestos: es tan preocupante para el hombre su imposibilidad de reproducirse, como lo es también el que dicha actividad reproductiva se exprese ilimitadamente y sin ningún control.

En las diversas concepciones acerca del desarrollo de la especie humana, modernamente se han postulado, como un verdadero derecho humano, los denominados Derechos Sexuales y Reproductivos, los cuales están llamados a ocupar un papel fundamental en el siglo XXI. Es así como de la mano con ello surgen respuestas a la imposibilidad de reproducirse de algunas personas, se da en la década anterior el florecimiento

de las Técnicas de Procreación Humana Asistida (TPHA), cuyo eje central es justamente la infertilidad (Angélica Marín Valenzuela, 2004).

Las TPHA se refieren al empleo de tecnología especializada que sustituye el contacto sexual para que ocurra la fertilización. Estas técnicas pretenden aumentar las probabilidades de éxito del proceso procreativo; para que ello suceda tratan de combinar una serie de procesos intra y extracorporales (in-vitro) que busca la integración de los gametos (ovulo y espermatozoide) y su posterior implantación y gestación en el útero, hasta su producto final, el nacimiento (Angélica Marín Valenzuela, 2004).

La variedad de técnicas hoy vigentes permiten dentro de márgenes de éxito y riesgos aceptables ser padres a casi todas las parejas que acuden a un

tratamiento para la infertilidad, hay dos tipos: Inseminación Artificial (IA) y Fertilización in Vitro (FIV).

Es justamente gracias a esta última que podemos hoy en día referirnos al maternidad subrogada como una Técnica de Procreación Humana Asistida, pues en los argumentos que se plantearan a lo largo del presente trabajo de investigación, se considerara únicamente el tipo maternidad subrogada denominado como “Madre Portadora”, en el cual la pareja interesada en tener un hijo(a) son quienes aportan su información genética pero en ningún momento la mujer gestante da parte de sus genes.

Para materializar este tipo de solución al problema de la infertilidad habremos de considerar el contrato de gestación subrogada desde los planteamientos de la doctrina nacional sobre contratación atípica, ejemplo de ello, son los argumentos del Dr. Jaime Arrubla, pues como bien lo ha expuesto, en el derecho contractual el hecho de que un contrato no se adecue con rigidez al tipo jurídico, no significa que no exista, “porque el principio de la libertad contractual consignado en el postulado de la autonomía privada permite a los particulares buscar consecuencias en derecho es decir ejercitar potestad normativa que puede encuadrar o no en una categoría normada, dando lugar a clasificar los contratos en típicos y atípicos con la diferencia esencial de que lo atípico también produce sus

efectos jurídicos y tiene su propia disciplina de regulación”.<sup>3</sup>

## **2. RESULTADOS**

### **2.1 Estudios previos.**

#### **2.1.1 Jurisprudencia Nacional Frente al Tema en Específico.**

En el proceso de la señora Sarai contra el señor Salomón, la actora interpuso acción de tutela contra la sentencia 395h del 29 de agosto de 2008 del Juzgado Décimo (10) de Familia de Cali, por considerar que desconoció el derecho fundamental de sus hijos a tener una familia y a no ser separado de ella (art. 44 CP), a la igualdad (art. 43 CP) y la aplicación de los tratados internacionales que consagran los derechos de los niños (art. 93 CP).

Puntualmente fundamenta su acción en que, si bien es cierto en principio accedió a celebrar un contrato de alquiler de vientre con el señor Salomón y su esposa Raquel, ante el fracaso del tratamiento de fertilidad, y luego de haber entablado una relación con el demandado, ella accedió a intentar nuevamente un tratamiento con el fin de quedar embarazada, pero en esta nueva ocasión ella aportó su material genético, es decir sus propios óvulos fecundados por el esperma del señor Salomón. En esta oportunidad el resultado fue exitoso, pues la señora Sarai dio a luz a dos niños (gemelos).

---

3 Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos Tomo II. Quinta Edición. Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá 2004. Pág. 25.*

Cuando los niños tenían nueve (9) meses de nacidos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Yumbo le retiró a la madre la custodia y cuidado personal de los menores, y se la asignó de manera provisional a la tía paterna, Isabel. Desde ese entonces el padre de los menores inició un proceso de custodia y cuidado personal en Vijes y otro de privación de la patria potestad en Cali.

Luego de esto, el señor Salomón presentó demanda de permiso de salida del país con el fin de que los niños pudiesen residir en los Estados Unidos. La demanda dirigida contra la madre correspondió en reparto al Juzgado Décimo de Familia de Cali y fue admitida en noviembre de 2007. El Juez de Familia mediante sentencia de agosto de 2008, concedió el permiso de salida del país de los niños Samuel y David con destino a dicho país en compañía del padre, razón por la cual la actora interpone acción de tutela contra aquella decisión judicial.

Finalmente, en 2009 la Corte Constitucional asume conocimiento de tal acción, y en respuesta profiere la **Sentencia T-968/09**<sup>4</sup> por medio de la cual, devuelve la custodia y cuidado personal de los menores a la señora Sarai.

En la citada sentencia, la Corte definió el contrato de alquiler de vientre

pronunciándose sobre éste de la siguiente manera:

#### **ALQUILER DE VIENTRE**-Definición y finalidad

*“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.”<sup>5</sup>*

Además de esto, la Corporación hace una reflexión acerca de esta práctica y reconoce que el alquiler de vientre en Colombia no está regulado pero tampoco está prohibido expresamente. Al respecto en palabras de la Corte:

**ALQUILER DE VIENTRE**-En Colombia no está regulado pero tampoco está prohibido expresamente.

*“En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para*

4 Sentencia T-968/09. M. P: Dra. María Victoria Calle Correa. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. Bogotá D. C 18 de diciembre de 2009.

5 Sentencia T-968/09. M. P: Dra. María Victoria Calle Correa. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. Bogotá D. C 18 de diciembre de 2009.

la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, **respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.”**<sup>6</sup>

Luego de la lectura de esta sentencia, la Corte deja entrever la necesidad que representa legislar esta materia, y ello para evitar, por ejemplo la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

Reconoce la Corte, que el legislar la materia representa una urgencia porque como ella misma lo señala el arrendamiento de vientre... “en Colombia, al parecer también es una práctica en auge. En internet se encuentran cientos de anuncios de

mujeres de todas las edades que ofrecen su vientre para hacer realidad el sueño de otros de ser padres. Precisamente, en el caso que ocupa la atención de la Sala, el Dr. Marco Julio Velásquez, director del Programa de IVF del Centro de Medicina Reproductiva Fecundar, reconoció recurrir a esta práctica y haberla recomendado a sus pacientes”<sup>7</sup>

Pero como bien lo ha indicado el mismo Dr. Velásquez<sup>8</sup> a la sala es este vacío normativo (la no regulación de la materia) el que ha permitido el desencadenamiento de hechos y decisiones tan lesivas e irremediables de los derechos fundamentales de los menores involucrados.

En el discurso dado por la Corporación, es clara la necesidad que representa para ésta el que la materia en estudio sea regulada por el legislador, para lo cual cita los posibles criterios condicionantes a seguir tomando como referente doctrina de la Dra. Aitziber Emaldi Cirión<sup>9</sup>, así señala:

“Dentro de este contexto **se ha evidenciado la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de**

6 Sentencia T-968/09. M. P: Dra. María Victoria Calle Correa. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. Bogotá D. C 18 de diciembre de 2009.

7 Sentencia T-968/09. M. P: Dra. María Victoria Calle Correa. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. Bogotá D. C 18 de diciembre de 2009

8 Doctor Marco Julio Velásquez Vega, director del programa de fertilización in vitro del Centro de Reproducción Asistida Fecundar.

9 Aitziber Emaldi Cirión. El Consejo Genético y sus implicaciones jurídicas. Cátedra Interuniversitaria. Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano. Bilbao, Granada, 2001, pp. 409-413.



**requisitos y condiciones” como los siguientes:** (i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.”<sup>10</sup>

En suma, lo más importante a rescatar del discurso entregado por la Corte Constitucional, es el reconocimiento que hace frente al hecho de que este tipo de contratos es una realidad latente y cada vez más practicada en la sociedad colombiana, pero que a

pesar de ello, es una situación que carece de reglamentación específica; circunstancia que ha propiciado la vulneración de los derechos de los menores envueltos en este tipo de acuerdos.

### **2.1.2 Estudios Relevantes Acerca De La Maternidad Subrogada**

#### **A. ALQUILER DE VIENTRE Y SUS PROBLEMAS DE FILIACIÓN. Autor: JOSÉ CARLOS MALLMA SOTO. PERÚ 2001.**

El trabajo realizado por José Carlos Mallma, constituye un referente acerca del contrato de arrendamiento de vientre, claro está que en cuanto a la mayor parte de las normas a las que él hace referencia con excepción de la internacionales, son normas de su país, la República del Perú. No obstante, frente a la legislación y jurisprudencia internacional, a pesar de que es un trabajo elaborado hace años atrás son un punto importante de partida para comprender la tendencia internacional frente a la legislación del tema materia de estudio. Sin embargo, muchas de las propuestas que plantea en su investigación no son concordantes con los postulados aplicables al contrato de maternidad subrogada bajo los cuales en nuestra legislación encuentra tal contrato su licitud (José Carlos Mallma Soto. Alquiler de Vientre y sus Problemas de Filiación. Perú, 2001).

---

10 Sentencia T-968/09. M. P. Dra. María Victoria Calle Correa. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. Bogotá D. C 18 de diciembre de 2009

**B. ASPECTOS JURÍDICOS EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POR: MARÍA INÉS AWAD CUCALON Y MÓNICA DE NARVAEZ CANO. COLOMBIA 2001.**

La investigación realizada por María Inés y Mónica constituye un valioso instrumento acerca de las técnicas de reproducción humana asistida en general, sin embargo, a lo largo del trabajo y claro está sobre el tema que me ocupa, hacen énfasis en señalar los aspectos o relaciones de filiación entre los padres contratantes y el neonato de vientre ajeno, fundamentalmente hacen una revisión de los derechos paterno filiales de estos hijos a la luz de la ley civil para argumentar sobre dicha situación jurídica. Además de ello, puntualmente sobre el tema de maternidad subrogada se quedan cortas al exponer tanto las clases de maternidad como el régimen de responsabilidad aplicable al contrato, lo anterior, sin desmeritar los postulados que plantean como criterios propios frente al tema (María Inés Awad Cucalon y Mónica de Narvaez Cano. Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia. Bogotá, 2001).

**C. LA “M A T E R N I D A D INTERVENIDA”. REFLEXIONES EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA. LEILA MIR CANDAL. UNESCO URUGUAY 2010.**

Este reciente informe de la UNESCO Uruguay, constituye un importante instrumento que presenta de forma clara

y armónica la maternidad subrogada, hace una ligera revisión a la legislación internacional y luego expone una serie de argumentos encaminados a lograr que no solo doctrinantes e interesados en la materia reconozcan y acepten esta técnica como una solución legal a los problemas de infertilidad. Es interesante del informe el que haga énfasis en que el contrato puede mediar una remuneración a la madre portadora o sustituta como si se tratase de un trabajo, sin dejar de lado el señalar que no se puede convertir en una práctica con fines distintos a ayudar a parejas que no pueden tener hijos cuando el cuerpo de la mujer no les permita llevar a feliz término una gestación (Leila Mir Candal “La Maternidad Intervenida. Reflexiones en Torno a la Maternidad Subrogada” UNESCO Uruguay, 2010).

**D. “LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN”. FERNANDO ALARCÓN ROJAS. BOGOTÁ 2009.**

El Dr. Fernando Alarcón Rojas, catedrático de la Universidad Externado de Colombia, en su publicación aborda la maternidad subrogada desde un referente histórico de este tipo de situaciones desde la antigüedad hasta las sociedades actuales. Al exponer sus consideraciones sobre la licitud tanto en el objeto como en la causa en este tipo de acuerdos privados, su escrito constituye una herramienta relevante en la motivación por parte de la comunidad académica al legislador en

el logro de que este considere la licitud de esta forma de acuerdos privados (Fernando Alarcón Rojas. Familia, Tecnología y Derecho. Maternidad por Sustitución. Universidad Externado de Colombia. 2009).

En síntesis, relacionando los estudios señalados, encuentro un punto de convergencia entre estos, y es que, efectivamente todos señalan que esta forma de procreación debe ser vista como una técnica de reproducción humana asistida; sin embargo, encuentro así mismo que una situación de convergencia entre aquellos es el tema de los problemas que podrían suscitarse respecto a la filiación entre el neonato y la mujer gestante, frente a lo cual he de señalar desde ahora que en virtud de que para el caso colombiano sólo se aceptaría el tipo de madre sustituta (la mujer no aporta su material genético), sumado a los postulados constitucionales y jurisprudenciales que sostienen que la filiación no sólo está dado por vínculos consanguíneos, este tema no representa mayor inconveniente en la aceptación de la celebración del tipo de contrato propuesto en la presente investigación.

## **2.2 Marco conceptual.**

### **2.2.1 Definición y Tipos de Maternidad Subrogada**

Maternidad Subrogada como bien lo cita la Corte en sentencia de 2009,

es “*el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.*”<sup>11</sup>

En el mundo, doctrinantes y médicos han reconocido tres tipos de maternidad subrogada, los cuales son claramente definidos y explicados en un reciente informe de la UNESCO Uruguay<sup>12</sup>. Estos son:

a.- **Madre portadora:** La mujer es la que genera los óvulos, pero por una deficiencia uterina o física le es imposible gestar, por lo cual busca ha de buscar ayuda en otra mujer. Habría como un préstamo de útero, ambos progenitores aportan espermatozoides y óvulos, y la madre gestante sólo el útero.

b.- **Madre sustituta:** La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, por lo que debe buscar una mujer que cumpla con ambas funciones. En este caso, esta otra mujer madre ha de aportar óvulos y útero, y el marido los espermatozoides.

c.- **Embriodonación:** hay infertilidad en la pareja: la mujer no genera óvulos ni puede gestar, y el hombre es infértil. Se recurre a un donante de esperma y a una mujer que permita ser fecundada (artificialmente) y termine el proceso de gestación. Puede darse el caso, de

11 Sentencia T 968 de 09. M. P: Dra. María Victoria Calle Correa. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. Bogotá D. C 18 de diciembre de 2009.

12 Leila Mir Candal (2010) “La Maternidad Intervenida. Reflexiones en Torno a la Maternidad Subrogada” UNESCO Uruguay.

la intervención de tres personas en el proceso de gestación: los óvulos de una mujer, el útero de otra y los espermias de un tercero.

El tipo de Madre Sustituta es la clase de maternidad subrogada idónea para aceptar en nuestra legislación, pues en este caso no habrá lugar a conflictos de filiación, ya que como claramente se ha expuesto, los dueños del gameto, es decir del ovulo fecundado son quienes aportan el 100% del material genético que ha de ser plantado en el vientre de la mujer gestante; como consecuencia, la presunción legal de que la filiación de madre a hijo está dada por el hecho del parto debe ceder en esta situación ante la realidad de esta técnica de reproducción humana asistida, bajo criterios que más adelante desarrollaré.

De la mano con lo anterior, es necesario recordar los siguientes términos definidos por el Decreto 1546 de 1998: Art. 2: ... “Órganos impares. Aquellos que son una sola unidad funcional situada en cualquier parte del cuerpo.”<sup>13</sup> Como bien lo es el Útero, pues como lo definen los libros de medicina este es un órgano hueco impar, situado en la parte media de la pelvis, entre la vejiga y el resto.

Luego el Decreto 2493 de 2004<sup>14</sup> establece que siempre que se trate de manipular órganos o componentes anatómicos, esta será legal mientras no

medie ánimo de lucro entre las partes, es decir mientras no haya un pago por estos, para así evitar el tráfico de órganos. Norma que es concordante tanto con lo propuesto en la presente investigación, así como con la doctrina existente acerca del tema.

Lo anterior debe ser expuesto, en razón a que si bien en la propuesta el objeto del contrato no lo constituye como tal el útero de la mujer gestante, es apenas evidente que es un órgano de su cuerpo que se ve comprometido en tal acuerdo.

### **2.2.2 ¿Por qué el contrato atípico de gestación subrogada constituye un negocio jurídico lícito ante el ordenamiento jurídico colombiano?**

#### **2.2.2.1 Sustentos Doctrinales**

Para exponer porque se debe considerar tal contrato como lícito, será necesario como primera medida recordar que ha considerado la doctrina nacional sobre el tema, por ejemplo, los postulados del Dr. Jaime Arrubla acerca de los contratos atípicos, para luego entender porque el mencionado negocio jurídico se configura en un contrato atípico revestido de licitud.

El Dr. Arrubla Paucar en su libro *TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS* nos enseña que... “antes de que la ley haya individualizado un contrato los hechos sociales ya lo han

13 Artículo 2. Decreto 1546 de 1998. Diario Oficial No. 43.357, del 6 de agosto de 1998. MIN. SALUD PUBLICA

14 DECRETO NÚMERO 2493 DE 2004. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.

hecho... No es la ley la que tipifica una figura contractual apenas la reconoce, es el hecho social el que señala el concepto y la función de cada uno de ellos... Son los miembros de la sociedad quienes en ejercicio de su autonomía privada y pretendiendo regular sus propios intereses utilizan instrumentos clásicos o descubren otros más acordes a las necesidades y a la complejidad del mundo moderno para colmar sus propósitos de autorregulación.”<sup>15</sup>

Aterrizando aquellos postulados para nuestro caso, encontramos la precisión hecha por la Corte en sentencia T-968 de 2009 al reconocer que “en Colombia, al parecer también es una práctica en auge. En internet se encuentran cientos de anuncios de mujeres de todas las edades que ofrecen su vientre para hacer realidad el sueño de otros de ser padres.”<sup>16</sup>

De la misma lectura podemos extraer que el mundo de lo jurídico debe obedecer a la realidad social que se vive, y a su vez ésta se eleva a través del fenómeno de la tipificación a la categoría jurídica. Entonces el legislador se vale del concepto de tipo para diferenciar e individualizar las conductas sociales para luego por medio de una ley elevarlas a la categoría de jurídicas, ofreciéndoles una regulación concreta y especial, como serían en el campo de

los acuerdos de voluntad, los contratos (Arrubla Paucar 2004).

Sumado a ello, explica el autor que en el derecho contractual el hecho de que un contrato no se adecue con rigidez al tipo jurídico no significa que no exista porque “el principio de la libertad contractual consignado en el postulado de la autonomía privada permite a los particulares buscar consecuencias en derecho es decir ejercitar potestad normativa que puede encuadrar o no en una categoría normada, dando lugar a clasificar los contratos en típicos y atípicos con la diferencia esencial de que lo atípico también produce sus efectos jurídicos y tiene su propia disciplina de regulación.”<sup>17</sup>

Esto quiere decir que los contratos atípicos, que serán entonces acuerdos ocasionales celebrados por los partes en ejercicio de su autonomía privada, son un poder normativo que el ordenamiento jurídico otorga a los particulares para regular sus propios intereses siempre que respeten los límites establecidos en la ley.

Encuentro así mismo que respecto al principio de autonomía confrontado con moral social, doctrinalmente el Dr. Edgar Cortés brinda una explicación concreta frente a esta situación: “El principio de autonomía se refuerza

---

15 Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos Tomo II. Quinta Edición. Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá 2004. Pág. 21-22.*

16 Sentencia T-968/09. M. P: Dra. María Victoria Calle Correa. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. Bogotá D. C 18 de diciembre de 2009

17 Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos Tomo II. Quinta Edición. Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá 2004. Pág. 25.*

con el principio de la *privacy*, que no es lo mismo que nuestro concepto de intimidad, sino que es un concepto más amplio, pues comprende en general el desarrollo pleno de la personalidad, y con el principio de la permisión (o del permiso), según el cual para resolver cuestiones morales en una sociedad pluralista, la autoridad no puede partir ni de argumentos racionales ni de creencias comunes, sino únicamente del acuerdo común al que lleguen los participantes de una decisión; el permiso constituye el origen de la autoridad, y así pues, el respeto hacia esa decisión de los participantes es la condición necesaria para la existencia de una comunidad moral<sup>18</sup>.

En pocas palabras, lo moral en una sociedad pluralista es que las autoridades bien sean administrativas o judiciales respeten las decisiones privadas siempre que estas no sean contrarias a la ley.

Así, las razones expuestas nos llevan a concluir hasta este punto que la contratación atípica se fundamenta en la necesidad de adaptar los instrumentos jurídicos a las necesidades que impone la vida moderna, los cambios y el desarrollo de la economía, y como consecuencia de ello, en el respeto y efectividad del principio de la privacidad, y es en razón a esto que doctrinantes y jueces afirman acertadamente que el derecho debe ser permeable al cambio que se produce en la forma de la vida humana, evolucionar

de la mano de estos cambios para que la ley en vez de convertirse en instrumento de inseguridad jurídica para los usuarios del sistema, las normas se traduzcan en derechos que reconocen y protegen los avances en todo campo de la vida social (Arrubla Paucar, 2004).

De lo anteriormente expuesto es preciso enfatizar la relación con la materia bajo revisión, pues al hablar de maternidad subrogada, estamos frente a un hecho social que se ha venido practicando cada vez con mayor fuerza en el país, lo que quiere decir que se configura actualmente en un tipo social.

En otras palabras, la celebración de dicho contrato es el hecho social, que merece con urgencia ser tipificado, es decir, que el legislador, por medio del fenómeno de la tipificación (mecanismo de conexión entre el tipo social y el tipo jurídico) lo convierta en un tipo jurídico de la norma civil, por un lado para que se protejan los derechos de los menores y de otra parte, para conseguir el desarrollo de una serie de normas constitucionales que serán revisadas más adelante.

Claro está, que no podemos dejar de lado el hecho de que para que eso suceda, lo más importante es que esta conducta social, o como la he denominado en mi propuesta contrato atípico de gestación subrogada” pueda llegar a ser tipificada requiere de licitud.

---

18 EDGAR CORTÉS. *Boletín Derecho y Vida. En busca de un derecho en materia de reproducción humana asistida. No. 59 Febrero de 2007.*

### 2.2.2.2 Sustentos Legales

Al hacer una remisión a los postulados de la norma civil, podemos deducir que la libertad contractual como máxima expresión de la voluntad privada encuentra su principal respaldo en el artículo 1602 del código civil, pues al estipular que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”<sup>19</sup>, podemos entender que los particulares libremente y según sus intereses son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y formas de ejecutar las obligaciones a las que se han de someter cuando celebran un negocio jurídico, que para el caso que nos ocupa en esta ocasión, será el contrato atípico de gestación subrogada (Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, 2005).

De la mano con aquella libertad contractual legalmente otorgada, debemos revisar a este punto a que refiere la licitud de un contrato, ello tanto para la ley civil como para la jurisprudencia nacional.

El objeto y la causa lícitos han sido consagrados por el legislador como requisitos necesarios para la validez de los actos o contratos, exigencia consagrada en el artículo 1502 del

Código Civil... “Para que una persona se obligue a otro por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. Que sea **legalmente capaz**; 2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. **Que recaiga sobre un objeto lícito**; 4. **Que tenga una causa lícita...**”<sup>20</sup>

Antes de hacer precisiones acerca de lo que representan la causa y el objeto lícitos, debemos primero señalar que se debe comprender dentro de la capacidad requerida para este acuerdo de voluntades, el hecho de que los padres contratantes, sean efectivamente un hombre y una mujer, pues es a lo que obedece el concepto de familia brindado por la constitución política y la jurisprudencia nacional.

Según la Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil, hay **objeto ilícito** “en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación...” y en cuanto a la **causa** sobre la base del artículo 1524 se refiere a ella como “... el motivo que induce al acto o contrato; y por **causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público**”<sup>21</sup>.

El contrato propuesto de gestación subrogada encuentra su objeto lícito en la medida en que éste al tratarse de la capacidad biológica para gestar

19 Artículo 1602 de la Ley 57 de 1887. Código Civil Colombiano.

20 Artículo 1502. Ley 57 de 1887. Código Civil Colombiano.

21 Corte Constitucional. Sentencia C-597/98. M. P Dr. Carlos Gaviria Díaz. Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de 1998.

que la madre portadora ha ofrecido altruistamente, al permitir y cooperar para que el gameto de otra pareja sea incorporado en su útero, no puede concebirse como un acto que contravenga las normas de carácter público de la Nación, ya que estos procedimientos no son en ningún momento algún tipo de comercialización de órganos o personas ni mucho menos, por el contrario es un acto que obedece a la voluntad libre y consciente de particulares capaces en ejercicio de su libertad contractual legal y constitucionalmente otorgada.

Por su parte, la causa de este acuerdo privado encuentra su licitud en virtud a que, como primera medida el contrato atípico bajo análisis no está expresamente prohibido por la ley; y en segundo lugar, respecto a la exigencia de que ésta no puede ser contraria a las buenas costumbres ni al orden público, y con ello tampoco a la moral social, afirmo desde ahora que en vista de que la causa para este contrato la constituye la realización de principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional por parte de mujeres que a diferencia de la gran mayoría de las demás, siendo genéticamente aptas para tener hijos propios, son incapaces físicamente para gestar y llevar a su término un embarazo, y por supuesto junto a los derechos de aquellas, los de sus respectivos compañeros o esposos, no puede concebirse como la sociedad podría encontrar causa ilícita en esta clase de acuerdos privados que

evidentemente no agreden intereses ni derechos sociales.

Para ser más precisa acerca de por qué no atenta contra moral social ni las buenas costumbres es pertinente indicar que la Corte Constitucional ha entendido sobre éstas lo siguiente: “representan los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social, que pretenden introducir la justicia y la equidad en las relaciones contractuales, a fin de evitar negociaciones impuestas y vejatorias. Se erigen en un límite al ejercicio de la autonomía contractual, que obra como una especie de parámetro que va más allá de la mera prohibición legal y abre una especie de “ventana sobre el orden ético”<sup>22</sup>.

Pero aún más importante resulta la interpretación que ha hecho la Corte seguido a ello sobre tal definición... “Sin embargo, **a la luz de la Constitución, estima la Sala que las buenas costumbres no pueden ser reconocidas sino dentro del Derecho y no como una figura paralela que pueda competir con él. En ese sentido, su desarrollo y su reconocimiento, deben respetar las reglas jurídicas y los derechos de libertad y dignidad previstos. También, dados la pluralidad protegida y auspiciada por la Constitución (art. 1º, 7º, 13) y la falta de consenso sobre la moral prevaleciente, la idea de “buenas costumbres” no ha de partir de un modelo ideal de comportamiento,**

---

22 Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-629/10. M.P Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil diez (2.010).



**sino de un “mínimo de corrección exigido” por las “representaciones colectivas”**, que a su vez provienen de las reglas legales y su interpretación, de los usos y prácticas sociales de común y abierta aceptación y también de sus rápidos cambios... **Este mínimo de corrección equivale en la esfera individual, a que la noción de buenas costumbres como elemento para definir la licitud de una prestación, obligación o acto, deba operar en un espíritu de tolerancia como forma de respetar los principios de libertad y también de diferencia** y sin reñir con el Estado de Derecho y el principio *pro libertate*<sup>23</sup>.

De este argumento de la Corte se puede comprender que debido a que somos una sociedad pluralista de rápidos y grandes avances, no existe un modelo o concepto único e ideal de moral prevaleciente, lo que hace que la idea de buenas costumbres no pueda partir de un modelo ideal de comportamiento sino de un mínimo de corrección exigido en el plano social, lo que implica a su vez que la noción de buenas costumbres frente a los actos privados, deba operar en un espíritu de tolerancia para así garantizar el respeto a los principios de libertad y diferencia, y no al contrario.

Por ende, cual quiere que sea el concepto de moralidad que decida tomar un juez sobre la licitud de la causa en un contrato entre particulares, debe partir sobre la realidad de que la nación colombiana es una sociedad

constitucionalmente concebida como pluralista (Art. 1 C. N) y multicultural, que lleva en sí como uno de sus pilares fundamentales el respeto a los derechos de libertad, en virtud de lo cual si ha decidido sobre la base de moral social y buenas costumbres, su fallo solo será válido en la medida en aquella moralidad sea pluralista, tolerante y justificada.

En conclusión, concretamente al caso, el contrato de gestación subrogada es un perfecto ejemplo de un acuerdo privado frente al cual las personas de la sociedad que no estén de acuerdo con el uso de esta técnica de reproducción asistida, deberán actuar en absoluta tolerancia, ya que se trata de la materialización de derechos y principios constitucionales por parte de ese grupo de mujeres diferentes y por ende en desventaja en materia de reproducción; así mismo deberá actuar y decidir el juez civil en cuanto a la licitud de este tipo de contratos atípicos de orden privado.

### **2 . 2 . 2 . 3    F u n d a m e n t o s Constitucionales**

El contrato atípico propuesto, constituye una herramienta por medio de la cual mujeres que siendo genéticamente aptas para tener hijos propios, son incapaces físicamente para gestar y llevar a su término un embarazo, y por supuesto junto a aquellas, sus respectivos compañeros o esposos, pueden materializar una serie garantías

---

23      Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-629/10. M.P. Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil diez (2.010).

constitucionales que a continuación se relacionan:

En lo que al principio de libertad concierne, encontramos que el artículo 6 de la Constitución Nacional aparece como un soporte de vital importancia frente a la libertad contractual de los particulares, en la medida en que al estipular que “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes...”<sup>24</sup>, podemos afirmar que entrega a cada persona una potestad celebrar actos conforme sus necesidades y su voluntad lo requieran siempre que no contraríen la Constitución y demás normas inferiores a ésta.

Sumado a ello, el artículo 16, que garantiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad por lo que representa la cláusula general de libertad para los asociados, y que impone a su vez como límite de ésta “los derechos de los demás y el orden jurídico”<sup>25</sup>, conforma así mismo un soporte constitucional más para la celebración de acuerdos privados.

En conclusión, la celebración del contrato atípico de gestación subrogada configura el ejercicio de estas libertades, ya que ellas permiten a los particulares realizar actos y contraer obligaciones a pesar de que no estén explícitamente consagrados en las normas siempre que aquellos no vulneren derechos de terceros ni normas del ordenamiento

jurídico, y debido a que, por el contrario una de las situaciones que busca este contrato es proteger y brindar seguridad a los derechos de los niños y niñas involucrados en estos acuerdos para que las partes comitentes puedan acudir a éste en caso de discordias derivadas del mismo que pongan en peligro la estabilidad de los menores o incluso de ellos mismo, es claro que tal contrato constituye la materialización de éstos derechos.

De otra parte, tanto el reconocimiento del contrato atípico propuesto como su necesidad de regulación por parte del legislador, debe ser entendido en términos de igualdad objetiva no formal, puesto que se trata de mujeres que a diferencia de la gran mayoría a las demás, siendo genéticamente aptas para procrear un hijo propio, en contraposición, son físicamente incapaces de gestarlo, es decir, en materia reproductiva se encuentra en una escala de desigualdad frente a aquella gran mayoría.

Así, el artículo 13° constitucional se edifica como el soporte normativo a la celebración del contrato propuesto gracias a que establece que “*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación... **El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva...***”<sup>26</sup>

24 Artículo. 6. Constitución Política de Colombia 1991.

25 Artículo. 16. Constitución Política de Colombia 1991.

26 Artículo. 13. Constitución Política de Colombia 1991.

Aún más interesante en lo atinente a esto, y como sustento jurisprudencial al respecto, resultan las precisiones hechas por la Corte Constitucional en sentencia C 051 de 95, en donde hace la exposición frente al artículo ibidem en los siguientes términos:

*“El inciso segundo de la norma mencionada, establece que el Estado promoverá **“las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas en favor de grupos discriminados o marginados... Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. (Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1992. Magistrado Ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero.)”**<sup>27</sup>*

Entonces, al consagrar el constituyente como una obligación del Estado promover las condiciones para que

la igualdad sea real y efectiva, y que esto le implique adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, es justamente lo que hace que el legislador deba considerar esta práctica como válida y legal por constituir un mecanismo idóneo para garantizar igualdad frente al derecho reproductivo de toda persona, y con éste el de conformar una familia.

Además, siendo este tipo de mujeres coasociadas de un estado social de derecho que tiene entre sus pilares fundamentales, entre otros, este principio de igualdad, habrá de aplicar normas especiales, es decir desiguales frente a la mayoría para este reducido grupo, y ello en aras de la consecución de una igualdad de derechos para aquel grupo en desventaja sobre sus derechos reproductivos. Postulados que se traducen entonces en una normatividad considerada y benevolente para aquella minoría.

Frente al derecho a constituir una familia primeramente encontramos el Artículo 5 por medio del cual *“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y **ampara a la familia como institución básica de la sociedad.**”*<sup>28</sup>

Sumado a lo anterior, tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional en

27 Sentencia C 051 de 95. M.P Dr. JORGE ARANGO MEJIA. Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta número tres (3), correspondiente a la sesión de la Sala Plena, llevada a cabo el día diez y seis (16) del mes de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

28 Artículo. 5. Constitución Política de Colombia 1991.

sentencia de 2009<sup>29</sup>, este contrato estaría desarrollando el derecho constitucional de toda pareja a conformar una familia sobre la base del artículo 42 constitucional:

*“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...** **Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.** La ley reglamentará la progeneración responsable... **La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos**, deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos...”<sup>30</sup>.*

Al hacer un ejercicio de interpretación de esta norma, es claro que, siendo la gestación subrogada una técnica de reproducción humana asistida posible gracias al procediendo científico de fecundación in vitro, es decir con asistencia científica tal como refiere el artículo en relación, no es complejo deducir como encuentra este tipo de técnica de reproducción humana reconocimiento constitucional.

Igualmente, es acertado afirmar que del derecho que tiene toda pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos, inminentemente se verifica el reconocimiento y protección constitucional al derecho a la reproducción; y así las cosas, tanto el legislador, como los jueces de la república y la comunidad en general, pueden ver claramente que la maternidad por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida que da efectividad a éste derecho reconocido internacionalmente como un verdadero derecho humano inescindible a la salud, en el marco de salud reproductiva<sup>31</sup>.

De la mano con ello, frente a las posibles discusiones que puedan surgir sobre la filiación del neonato gestado en vientre ajeno, lo más pertinente en cuanto a este punto refiere, es señalar que artículo 42 ibídem, dispone con respecto a los hijos... *“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o **procreados naturalmente o con asistencia científica** tienen iguales derechos y deberes”*... así que además de dar reconocimiento constitucional en éstas líneas a las técnicas de reproducción humana asistida, permite concluir que a pesar de que el hijo de la pareja comitente sea genéticamente suyo pero gestado en vientre ajeno gracias a la **fuerza física de gestación de otra mujer**, todo ello con ayuda

29 Sentencia T 968 de 09. M. P: Dra. María Victoria Calle Correa. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. Bogotá D. C 18 de diciembre de 2009.

30 Artículo. 42. Constitución Política de Colombia 1991.

31 INFORME DE LA CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA POBLACIÓN Y EL DESARROLLO. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.

científica, no supone que aquel neonato pierda algún vínculo de filiación con sus padres genéticos.

Por el contrario, en este evento los lazos consanguíneos pasan en consecuencia a un segundo plano, afirmación que encuentra afinidad con lo sostenido jurisprudencialmente por el *Consejo de Estado*, en sentencia del 2 de septiembre de 2009:

... **“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”**<sup>32</sup>.

Sobre la misma base, se hace necesario precisar que frente a la presunción de maternidad que consiste en presumir madre del neonato a la mujer que lo ha dado a luz, debe en estos casos y con sustento en todo lo anteriormente expuesto, ceder ante la realidad de este tipo de asistencia reproductiva en virtud, como ya lo hemos revisado, a que este tipo de contratación atípica constituye la materialización de principios y

derechos constitucionales, cuestión en lo que se hace hincapié a lo largo de la presente investigación.

En absoluta concordancia con esto, en la mencionada sentencia (T 968 de 2009) la misma Corte menciona que: “La ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios hijos, sobre cualquier otro, incluso la adopción, es que el niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el espermatozoides del padre.”<sup>33</sup>

Seguido a ello señala: ... “La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.”<sup>34</sup>

Finalmente, la carencia de una normatividad especial y específica para

---

32 *Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2009, MP. Enrique Gil Botero, Actor: Elvia Rosa Arango y otros contra Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional. Citada en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).*

33 *Sentencia T 968 de 09. M. P: Dra. María Victoria Calle Correa. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. Bogotá D. C 18 de diciembre de 2009.*

34 *Sentencia T 968 de 09. M. P: Dra. María Victoria Calle Correa. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. Bogotá D. C 18 de diciembre de 2009.*

los casos de maternidad subrogada, que en la práctica en algunos casos ha puesto en juego la estabilidad de los menores producto de éste tipo de acuerdos jurídicos, va en contra del artículo 44 constitucional el cual menciona entre otros como 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... Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".<sup>35</sup>

Así que siendo el contrato bajo análisis una herramienta que obligue a la madre portadora a llevar a feliz término el embarazo así como a entregar al neonato a la pareja contratante que acudió a su ayuda porque realmente deseaba tener un hijo genéticamente propio, hace de éste un elemento que asegura para los menores por lo menos una estabilidad adecuada y el derecho a tener una familia idónea.

Corolario de todo lo anteriormente expuesto, es la afirmación de que el contrato atípico de gestación subrogada como ejercicio legítimo de garantías civiles y constitucionales, al no vulnerar ni agredir a los demás ciudadanos ni contrariar el ordenamiento jurídico, no podría considerarse como una conducta contraria a la moral y las buenas costumbres por lo que tampoco podría

contener este objeto y/o causa que constituya vicio que implique la nulidad del contrato.

Como conclusión general, concretamente en lo concerniente a la causa en el contrato atípico de gestación subrogada aquí propuesto, como bien lo ha expuesto el Dr. Fernando Alarcón Rojas configura una causa lícita al ser ésta "la realización del derecho a la reproducción"; sin dejar de lado, claro, que ello será así "siempre que la madre contratante se encuentre fisiológicamente impedida para gestar porque allí encuentra su causa lícita pues si hay ausencia del impedimento fisiológico incurrirían las partes comitentes en causa ilícita."<sup>36</sup>

Paralelamente, frente al objeto contractual como lo señala el Dr. Alarcón en los contratos de maternidad por sustitución "lo constituiría la fuerza biológica de gestación de una mujer... Aún más, el objeto ni siquiera sería una parte del cuerpo de la mujer, es decir el útero o vientre. Su objeto sería, insisto, su fuerza biológica de gestación".<sup>37</sup>

Es decir que como lo señalé en líneas anteriores, el objeto es lícito en razón a que éste recae sobre la CAPACIDAD BIOLÓGICA PARA GESTAR de una mujer, por ende no sólo no está de por medio el material genético (óvulo) de la mujer que gesta, sino que además, a pesar de que tal gestación tiene

35 Artículo. 44. Constitución Política de Colombia 1991

36 Fernando Alarcón Rojas. *Familia, Tecnología y Derecho. Maternidad por Sustitución. Universidad Externado de Colombia. 2009.*

37 Fernando Alarcón Rojas. *Familia, Tecnología y Derecho. Maternidad por Sustitución. Universidad Externado de Colombia. 2009.*

evolución en su útero, no es justamente éste sobre el que versa el contrato, puesto que igualmente en la naturaleza de la madre genética está el poseer un útero como parte de su sistema reproductivo, distinto, es que no posea la fuerza biológica para gestar a su propio hijo, razón que la lleva, en caso de que decida tener un hijo y sea genéticamente capaz, a acudir a otra mujer que si posea esa capacidad física y biológica de llevar a feliz término la evolución de un embarazo hasta el momento del parto.

### **2.3 Propuestas Frente a las Cláusulas Contractuales**

Acerca de las cláusulas del contrato propuesto, he de plantar las situaciones que bajo mi apreciación pueden ser objeto de acuerdo entre los participantes de la relación jurídica. Así, recordando lo que ha señalado la Dra. Mariana Bernal, el objeto del contrato “responde además, a la pregunta de a qué se comprometieron las partes”<sup>38</sup>, pues bien, como lo he señalado en el desarrollo del trabajo, será la autonomía privada de los contratantes la que determine a qué exactamente habrán de obligarse en virtud de su acuerdo.

Claro está que el objeto de este contrato guarda estrecha relación con la necesidad misma de su regulación, pues considero que, la importancia que debe cobrar el ocuparse de esta materia para el legislador recae principalmente

en que las partes puedan pactar la obligación de la madre sustituta una vez haya dado a luz entregue el neonato a los padres genéticos, que no es otra cosa que asegurar el derecho de aquel en cuanto a la idoneidad del grupo familiar refiere.

Justamente frente a las cláusulas del contrato de gestación subrogada, he de presentar algunos temas esenciales sobre los que habrá de pronunciarse el legislador cuando regule el tema en estudio, los cuales deberán referirse a puntos fundamentales como lo son por ejemplo y en consonancia con la doctrina reseñada por la Corte, los siguientes:

- La posibilidad de pactar una cláusula en la que la mujer gestante se obligue a abortar en caso de que se cumpla alguno de los 3 requisitos señalados por la Corte Constitucional en sentencia 355 de 2006.<sup>39</sup>
- La posibilidad de acordar las cláusulas necesarias para que la pareja contratante pueda verificar y/o colaborar en el idóneo comportamiento y condiciones de vida de la mujer gestante durante los meses de embarazo.
- La posibilidad de que la pareja que recurra a esta práctica no solo lo haga en virtud a la imposibilidad física de la madre biológica de sostener una gestación.

38 Mariana Bernal Fandiño. *LA TRANSFORMACIÓN DE LA CAUSA EN EL DERECHO DE CONTRATOS FRANCÉS*. *Vniversitas*. N° 111: 227-243. Bogotá 2006.

39 Corte Constitucional. *Sentencia C 355 de 2006*. Magistrados Ponentes: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ. Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil seis (2006).

La doctrina del honor al interior de la institución castrense, ¿una violación a los derechos de la libertad de la esfera interna?

- Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante sino por los futuros padres.
- Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.
- Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas.
- 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.

En síntesis, podemos concluir que, como lo hemos revisado a lo largo de la investigación, quienes celebren un contrato atípico de maternidad subrogada no estarán infringiendo la constitución y las leyes, por el contrario, mientras cumplan con los requisitos de licitud generales para todo contrato, estarán materializando por su propia cuenta derechos y principios constitucionales, y en consecuencia dándole la oportunidad a los padres genéticos, de cumplir con su anhelo de tener un hijo(a) genéticamente propio aunque gestado en un vientre ajeno.

#### **2.4 ¿Tienen fuerza vinculante los requisitos y condiciones citados por la Corte Constitucional en Sentencia T- 968 de 2009 para la celebración de contratos de maternidad subrogada?**

En sentencia T- 968 de 2009, la Corte Constitucional en el discurso expuesto ante la solución del caso de la señora Sarai contra el señor Salomón, cuya controversia parte de la celebración de un contrato de arrendamiento de vientre, ésta brinda una serie de requisitos a cumplir en este tipo de negocios jurídicos; sin embargo es absolutamente necesario analizar si aquellas condiciones configuran o no precedente judicial.

Como primera medida, debo citar explícitamente los párrafos sobre los cuales versa el interrogante planteado, así en palabras de la Corte:

*“La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios*



*a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.*<sup>40</sup>

*“Dentro de este contexto se ha evidenciado la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones”<sup>41</sup> como los siguientes: (i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia ; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante*

*sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.”<sup>42</sup>*

Como se verifica en las citas que hace la Corte al pie de éste último párrafo, al hacer alusión a “la doctrina” concretamente se refiere a puntos sobre el tema propuestos por la Dra. Aitziber Emaldi Cirión, doctrinante española, como algunos de los requisitos o condicionantes tanto físicos y psicológicos como jurídicos para que las personas puedan realizar contratos de maternidad subrogada.

Ahora bien, enseña el maestro López Media<sup>43</sup> la doctrina y la jurisprudencia misma que en una sentencia hay tres tipos de argumentos:

- **DICTUM:** son los argumentos accidentales.
- **OBITER DICTA:** toma en cuenta la doctrina para dar argumentos con fuerza persuasiva no vinculante, tiene contenido pedagógico.
- **RATIO DECIDENDI:** son los argumentos más importantes que desbordan la situación concreta del caso y es lo que crea precedente judicial

40 Sentencia T 968 de 09. M. P: Dra. María Victoria Calle Correa. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. Bogotá D. C 18 de diciembre de 2009.

41 Aitziber Emaldi Cirión. *El Consejo Genético y sus implicaciones jurídicas. Cátedra Interuniversitaria. Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano. Bilbao, Granada, 2001, pp. 409-413.*

42 Sentencia T 968 de 09. M. P: Dra. María Victoria Calle Correa. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. Bogotá D. C 18 de diciembre de 2009.

43 Diego Eduardo López Medina. *El Derecho De Los Jueces. Primera Edición. Bogotá, 2000.*

vinculante. Ésta constituye la Cosa juzgada: - explícita: para las partes, el fallo; e - implícita: dirigida al conglomerado social y a los mismos jueces, son los argumentos que crean precedente judicial.

Frente a ello, es absolutamente acertado recordar postulados expuestos por el Dr. Diego Higuera, quien nos enseña que “(...) si el operador jurídico llega de alguna u otra manera a una determinada hipótesis será asunto de otras áreas, pero su decisión debe estar sustentada, por lo cual deberá motivar (dar razones y argumentar) su postura; si esta tiene sustento se tratará de una postura válida y de no ser así no se deberá tomar esa decisión (...)”.

Sumado a ello afirma que “(...) en derecho se trata de dar razones justificativas y no explicativas, es decir que una decisión de contenido jurídico es tomada en un Estado Social de Derecho con fundamento en criterios serios y útiles, y no por arbitrariedad oficial, después de todo, es diferente examinar si lo que creemos tiene razón de ser y encubrir una decisión unilateral”.<sup>44</sup>

En consecuencia, es posible afirmar que aquellas condiciones o requisitos señalados por la Corte no constituyen precedente judicial y por ende no cobran fuerza vinculante para los jueces de la república; conforman entonces, una *obiter dicta*, ya que en aquellos

párrafos la Corte, al simplemente indicar lo que un autor reconocido ha propuesto, específicamente sobre este punto, no ha hecho un ejercicio de argumentación jurídica, pues ha dado razones meramente explicativas, mas no justificativas.

A pesar de esto, ello no quiere decir que probablemente aquellas condiciones tengan fuerza persuasiva tanto en el mismo legislador como en los jueces y la sociedad colombiana.

No debo dejar de lado el hecho de que efectivamente para la resolución del caso en específico, la Corte ha hecho un magnífico trabajo justificativo, dando argumentos sólidos y protegiendo sobre cualquier otra circunstancia lo que era mejor para los menores cuya patria potestad estaba de por medio en la discusión entre las partes.

Así las cosas, queda la posibilidad abierta a discusión de que por una parte el contrato pueda ser oneroso así como la de que las parejas que acudan a esta técnica no lo hagan única y exclusivamente por la imposibilidad física de gestar de la mujer comitente.

### 3. CONCLUSIONES

- 1) La maternidad subrogada es una práctica que carece de normatividad específica en el ordenamiento jurídico colombiano lo cual hace que se pongan en riesgo los derechos

---

<sup>44</sup> Diego Mauricio Higuera Jiménez. *LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL RESPECTO DEL AUTOCONSUMO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O PSICOTRÓPICAS EN COLOMBIA*. Tunja, 2011.

tanto de los menores como de las partes contratantes.

- 2) El contrato atípico propuesto de gestación subrogada está revestido de licitud en la medida en que se configura como ejercicio y materialización de derechos legal y constitucionalmente otorgados a los particulares así: artículo 1602 del Código Civil Colombiano y artículos 1, 5, 6, 13, 16, 42 y 44 de la Constitución Política Colombiana.
- 3) En el contrato bajo análisis, la causa concretamente se traduce en la materialización del derecho a la reproducción y con éste el de tener de tener una familia.
- 4) El objeto contractual por su parte lo configura la capacidad biológica para gestar de la mujer que se ha ofrecido altruistamente como madre portadora, quien no aporta su material genético.
- 5) El contrato atípico de gestación subrogada constituye una herramienta creada por particulares en ejercicio de su libertad contractual que brinda seguridad jurídica tanto a las partes contratantes como a los niños involucrados en este tipo de acuerdos privados.
- 6) La maternidad subrogada actualmente se configura en un hecho o tipo social, es decir, de reiterada ocurrencia vista como

necesaria y normal, circunstancia que justifica su tipificación, tal como ha ocurrido en sistemas jurídicos de otros países donde en términos generales se ha aceptado mientras no medie ánimo de lucro en el acuerdo.

#### **4. REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍA:**

##### **a. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Alberto Tamayo Lombana. *La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá 2005.
- Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Séptima Edición. Editorial Temis S. A Bogotá 2005.
- Diego Eduardo López Medina. *El Derecho De Los Jueces*. Primera Edición. Legis Editores S.A. Bogotá, 2000.
- Mariana Bernal Fandiño. *LA TRANSFORMACIÓN DE LA CAUSA EN EL DERECHO DE CONTRATOS FRANCÉS*. Vniversitas. N° 111: 227-243. Bogotá 2006.
- Aitziber Emaldi Cirión. *El Consejo Genético y sus implicaciones jurídicas*. Cátedra Interuniversitaria. Fundación BBVA-Diputación Foral

- de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano. Bilbao, Granada, 2001, pp. 409-413.
- Javier Tamayo Jaramillo. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Segunda Edición. Legis. Bogotá 2007.
  - Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Séptima Edición. Temis. Bogotá 2005.
  - Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos Tomo II. Quinta Edición. Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá 2004.
  - José Carlos Mallma Soto. Alquiler de Vientre y sus Problemas de Filiación. Perú, 2001.
  - Fernando Alarcón Rojas. Familia, Tecnología y Derecho. Maternidad por Sustitución. Universidad Externado de Colombia. 2009.
  - Congreso de la república de Colombia. Programa de fortalecimiento legislativo. Oficina de asistencia legislativa. Técnicas de procreación humana asistida a cargo de Angélica Marín Valenzuela. Bogotá 2004.
  - María Inés Awad Cucalon y Mónica de Narvaez Cano. Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2001.
  - Ley 57 de 1887. Código Civil Colombiano.
  - Constitución Política de Colombia 1991.
  - Decreto 2493 DE 2004. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.
  - Decreto 1546 de 1998. Diario Oficial No. 43.357, del 6 de agosto de 1998. MIN. SALUD PUBLICA.
  - Leila Mir Candal “La Maternidad Intervenida. Reflexiones en Torno a la Maternidad Subrogada” UNESCO Uruguay, 2010.
  - Édgar Cortés. Boletín Derecho y Vida. En busca de un derecho en materia de reproducción humana asistida. No. 59 Febrero de 2007.
  - Resolución CFM n 1358/92 del Consejo Federal de Medicina de Brasil.
  - Emilssen Gonzales de Cansino. “Útero Prestado”. Revista Cambio No.14. Febrero 23 de 2003. Pag. 23.
  - Resolución CFM n 1358/92 del Consejo Federal de Medicina de Brasil.

- Art. 343. Ley 599 de 2000. CÓDIGO PENAL COLOMBIANO.

#### **b. SENTENCIAS:**

- Sentencia C-597/98. M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).
- Sentencia C 051 de 95. M.P Dr. JORGE ARANGO MEJIA. Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta número tres (3), correspondiente a la sesión de la Sala Plena, llevada a cabo el día diez y seis (16) del mes de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).
- Sentencia T 968 de 09. M. P: Dra. María Victoria Calle Correa. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. Bogotá D. C 18 de diciembre de 2009.
- Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2009, MP. Enrique Gil Botero, Actor: Elvia Rosa Arango y otros contra Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional. Citada en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).
- Sentencia No. T-240/93. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES

MUÑOZ. Santafé de Bogotá, D.C., 1993.

- Sentencia T-1001/02. M. P Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional.
- Sentencia C 239-97 M. P Dr. Carlos Gaviria Díaz. Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).
- Sentencia C 355 de 2006. Magistrados Ponentes: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ. Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil seis (2006).
- Sentencia T-629/10. M.P Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil diez (2010).

#### **c. INFOGRAFÍA**

[http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota\\_id=1044703](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1044703)

- [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/REINO\\_UNIDO/Fuerte/polemica](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/REINO_UNIDO/Fuerte/polemica)

<http://www.taringa.net/posts/femme/1208250/Alquiler-de-vientres.html>

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

<http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

- <http://www.vientrealquiler.com/index.php/noticias/page-7>



## Contenido

	Pág.		Pág.
EDITORIAL .....	13	PARTE II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN DERECHOS HUMANOS	
PARTE I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL		Vulneración de los Derechos Humanos en el complejo penitenciario de máxima y mediana seguridad de Cóbbita .....	229
Artículos de Carácter General para el Estudio de la Ciencia Jurídica		<i>German Alfonso Bernal Camacho, Angela Patricia Hernández Echeverría</i>	
Judicialización laboral de las empresas usuarias en calidad de empleador en el contrato con Est .....	20	Crímenes de lesa humanidad en la masacre de Segovia .....	251
<i>Irma Julieth Corredor Amaya</i>		<i>Fabián Andrés Herrera Lesmez</i>	
La intermediación laboral como planteamiento hacia una posible elusión contraprestacional .....	46	Responsabilidad del estado: tratamiento jurisprudencia de la responsabilidad por daño especial y la teoría del riesgo .....	272
<i>Laura Inés Gomes Niño.</i>		<i>Angela Biviana Reyes Sánchez</i>	
Interpretación constitucional de la iniciativa popular legislativa respecto del porcentaje del censo Electoral .....	63	Entre la reparación y la sostenibilidad. Análisis de la Ley de Víctimas desde el constitucionalismo restrictivo y la radición pactista del poder .....	291
<i>Eliana Andrea Combariza Camargo.</i>		<i>David Gerardo López Martínez</i>	
El estado social de derecho y la contratación estatal .....	86	PARTE III. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL. ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA	
<i>Nancy Milena Zabala Mancipe.</i>		Derecho Penal del enemigo y escisión del Estado social de Derecho .....	313
Envejecimiento sin crisis? El estado social de derecho como modelo garante de los derechos de la Tercera Generación .....	103	<i>Pedro Alejandro Amezcuita Niño, Mónica Rocío Mejía Parra.</i>	
<i>Edwin Hernando Alonso Niño, Juan Sebastián Hernández Yunis.</i>		Un intento fallido: la construcción de un interés nacional en el período de la regeneración .....	335
El matrimonio civil en parejas del mismo sexo: vulneración a derechos .....	117	<i>Diego Alejandro López Laiton, Sussy Dayana Rodríguez Galindo.</i>	
<i>Erika Paola Torres Aguirre.</i>		División de las fuerzas castrenses y la autonomía de la Policía Nacional frente a la intervención del Presidente de la Republica .....	361
La carga dinámica de la prueba y el control de constitucionalidad por vicios de procedimiento como función de la jurisdicción constitucional .....	137	<i>Laura Viviana Vivas Medina, Sandra Milena Estupiñan Orjuela</i>	
<i>Angela Marcela Robayo Gil.</i>		La doctrina del honor al interior de la institución castrense, ¿una violación a los derechos de la libertad de la esfera interna? .....	379
Aproximación conceptual al criterio de las omisiones legislativas .....	167	<i>Ana Luisa Niño Camargo, Harold Yesid Villamarín Preciado.</i>	
<i>Andrés Felipe Torres Cardozo</i>		Contrato atípico de gestación subrogada .....	398
Aplicación del principio de oportunidad en Colombia .....	196	<i>María Cristina Higuera Cardozo.</i>	
<i>Marta Angélica Salinas.</i>			
La responsabilidad compartida entre el delincuente y la víctima en la comisión del delito .....	216		
<i>Sara Lorena Alba Palacios.</i>			

