

**LOS PRINCIPALES DESAFÍOS JURÍDICOS QUE ENFRENTAN LOS  
CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA**



Michelle Roncancio Cano, Cristian Melchor Velásquez Martínez

Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca

Facultad de Derecho

Derecho

Sede 34

Bogotá, 2024

**LOS PRINCIPALES DESAFÍOS JURÍDICOS QUE ENFRENTAN LOS  
CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA**



Michelle Roncancio Cano, Katherine Suarez Perdomo y Cristian Melchor Velásquez  
Martínez

**LOS PRINCIPALES DESAFÍOS JURÍDICOS QUE ENFRENTAN LOS  
CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA**

Dra. Diana Marcela Villarraga Rojas

Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Facultad de Derecho, Sede 3, Bogotá, año  
2024

NOTA DE ACEPTACIÓN

Asesor Temático

\_\_\_\_\_

Asesor Metodológico

\_\_\_\_\_

Jurado 1

\_\_\_\_\_

Jurado 2

\_\_\_\_\_

Fecha, \_\_\_\_ del mes de \_\_\_\_ del 2024

*Agradecimientos y/o dedicatorias*

A nuestras madres,

Que con su amor incondicional, apoyo constante y sabiduría infinita, han sido nuestras guías y mayor inspiración en cada paso de este camino. Esta investigación es un reflejo de la fortaleza que nos han inculcado.

A nuestra tutora,

Quien fue apoyo en las dudas académicas y logró transmitir su conocimiento de la mejor manera posible para lograr esta investigación.

*Las opiniones expresadas en el presente documento son de responsabilidad exclusiva de los autores y no comprometen de ninguna forma a la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca y/o a su Facultad de Derecho*

## 1 Tabla de contenido

1	Tabla de contenido.....	6
3	Resumen .....	8
3.1	Abstrac .....	9
4	GLOSARIO .....	10
5	Introducción.....	11
6	Ubicación del Problema.....	12
6.1	Descripción del problema.....	12
6.2	Formulación del problema .....	13
6.3	Justificación.....	13
6.4	Objetivos .....	14
6.4.1	General .....	14
6.4.2	Específicos .....	14
7	CAPÍTULO I.....	14
7.1	La Reproducción Asistida en Colombia, Concepto y Tipos de Maternidad Subrogada	14
7.1.1	Inseminación Artificial.....	15
7.1.2	Fecundación In Vitro .....	15
7.1.3	Microinyección de Espermatozoides .....	16
7.1.4	Donación de Óvulos y Espermatozoides.....	16
7.1.5	Maternidad Subrogada o Gestación Subrogada .....	16
8	CAPITULO II.....	17
8.1	El Contrato Atípico en el Ordenamiento Jurídico Colombiano .....	17
8.2	El Contrato de Maternidad Subrogada .....	19

9	CAPÍTULO III .....	22
9.1	La Maternidad Subrogada en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional .....	22
9.1.1	Sentencia T-968 de 2009 .....	22
9.1.2	Sentencia T- 316 de 2018 .....	24
9.1.3	Sentencia T-357 de 2022 .....	27
9.1.4	Sentencia T-275 de 2022 .....	31
9.1.5	Sentencia T-127 de 2024 .....	33
10	CAPITULO IV.....	35
10.1	Análisis Comparativo de la Maternidad Subrogada: Colombia y el Ámbito Internacional	35
10.2	La Maternidad Subrogada en el Ámbito Internacional .....	36
11	CAPÍTULO V.....	40
11.1	La Regulación de la Maternidad Subrogada y Las Alternativas de Solución que Pueden Implementarse .....	40
12	Formulación de Hipótesis .....	46
13	Marco Metodológico.....	46
13.1	Líneas de Investigación .....	46
13.2	Tipos de Investigación.....	47
13.3	Técnicas por Aplicar .....	47
14	Descripción, análisis e interpretación de la información .....	48
14.1	Descripción de la Información Recopilada .....	48
14.2	Análisis de la Información.....	48
14.3	Interpretación de los Resultados.....	48
15	Conclusiones.....	49
16	Alternativas de Solución Socio Jurídicas.....	50
17	Referencias.....	51

### 3 Resumen

La presente investigación se centra en el análisis de un fenómeno jurídico de creciente relevancia en el país. La práctica de la maternidad subrogada o gestación subrogada, al no estar regulada en el ordenamiento jurídico colombiano genera incertidumbre y abre la puerta a distintos debates académicos por los desafíos jurídicos que se pueden presentar al celebrar un contrato que se presenta como atípico. A través de un enfoque cualitativo y un tipo de investigación descriptiva, se busca responder a la pregunta problema: ¿Cuáles son los principales desafíos jurídicos que enfrentan los contratos de maternidad subrogada en Colombia?

A pesar de que el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia permite la procreación natural o con asistencia científica, Colombia no ha logrado dar pasos significativos al momento de regular la práctica de la maternidad subrogada, lo que ha causado conflictos judiciales y ha comprometido derechos fundamentales de las partes que celebran este contrato atípico.

La metodología utilizada incluye una revisión exhaustiva de la literatura existente sobre maternidad subrogada, así como el análisis de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional colombiana desde la sentencia T-968 de 2009 hasta la sentencia T-127 de 2024. Además, se utilizó material audiovisual de programas de televisión en donde se presentaron informes por el creciente aumento de mujeres que prestan su vientre como madres gestantes. La información recopilada se organizó en categorías temáticas que abarcan aspectos jurídicos y sociales del fenómeno estudiado.

El análisis de los datos muestra patrones que son significativos, confirmando la hipótesis planteada. Adicionalmente, se aborda el contrato de maternidad subrogada como contrato atípico y se compara el marco normativo colombiano con el de otros países que han regulado esta práctica, identificando su posible aplicación en el contexto colombiano en caso de lograr una regulación.

La interpretación de los resultados recomienda la necesidad urgente de legislar en torno a esta práctica y concluye que una regulación adecuada podría ofrecer seguridad jurídica y proteger los derechos fundamentales involucrados del menor, la madre gestante y los padres comitentes, es por eso que se deja una propuesta de regulación en la alternativa de solución. Además, se enfatiza la importancia de fomentar un diálogo informado sobre la maternidad subrogada a través de campañas de sensibilización y educación dirigidas por medio de la academia al público en general.

**Palabras Clave:** maternidad subrogada, contratos atípicos, regulación, vacío normativo, legislación, filiación.

### 3.1 Abstract

This research focuses on the analysis of a legal phenomenon of increasing relevance in the country. The practice of surrogacy, or gestational surrogacy, being unregulated in Colombian law, generates uncertainty and opens the door to various academic debates due to the legal challenges that may arise. Through a qualitative approach, the research seeks to answer the problem question: What are the main legal challenges facing surrogacy contracts in Colombia?

Although Article 42 of the Political Constitution of Colombia allows for natural procreation or assisted reproduction, Colombia has not made significant progress in regulating the practice of surrogacy, which has led to judicial conflicts and compromised fundamental rights of the parties involved in this atypical contract.

The methodology used includes a thorough review of existing literature on surrogacy, as well as an analysis of the jurisprudence developed by the Colombian Constitutional Court from ruling T-968 of 2009 to ruling T-127 of 2024. Additionally, audiovisual material from television programs presenting reports on the increasing number of women offering their wombs as gestational mothers was utilized. The information collected was organized into thematic categories covering legal and social aspects of the phenomenon studied.

The data analysis shows significant patterns, confirming the proposed hypothesis. Furthermore, it addresses the surrogacy contract as an atypical contract and compares the Colombian regulatory framework with that of other countries that have regulated this practice, identifying its possible application in the Colombian context should regulation be achieved.

The interpretation of the results recommends the urgent need to legislate around this practice and concludes that adequate regulation could provide legal certainty and protect the fundamental rights involved for the child, the gestational mother, and the commissioning parents. Therefore, a regulatory proposal is presented as a solution alternative. Moreover, it emphasizes the importance of fostering informed dialogue about surrogacy through awareness and education campaigns directed by academia to the general public.

**Keywords:** surrogacy, atypical contracts, regulation, regulatory void, legislation, filiation.

## 4 GLOSARIO

### **Subrogación**

El Diccionario panhispánico del español jurídico define la subrogación como el acto por el que una persona sustituye a otra en los derechos y obligaciones propios de determinada relación jurídica (RAE, 2023).

### **Útero**

De acuerdo con el portal MedlinePlus, el útero es un órgano muscular hueco que se ubica en la pelvis femenina, entre la vejiga y el recto. La principal función del útero es alimentar el feto y una vez que el óvulo abandona el ovario puede ser fertilizado y se implanta en las paredes del útero (Medline Plus, 2024).

### **Maternidad**

El diccionario médico de la Clínica Universidad de Navarra define la maternidad como el estado de la mujer que consigue tener hijos, aunque se refiere también al tiempo del embarazo y al de después del parto Vínculo biológico, psicológico y espiritual de una madre con su hijo (Medline Plus, 2024).

### **Filiación**

Es la relación que existe entre padres e hijos o hijas. Es el vínculo jurídico que une a un hijo o hija con su padre o madre, tiene fundamento en un hecho natural que es la procreación, pero también puede tener otras fuentes como la adopción o la reproducción asistida (Becerra Becerra & Mejía Abello, 2022).

### **Gestación**

Es el período de tiempo comprendido entre la concepción y el nacimiento. Durante este tiempo, el bebé crece y se desarrolla dentro del útero de la madre (Medline Plus, 2024).

### **Técnicas de Reproducción Asistida**

Santamaria Solís (2000) define las técnicas de reproducción asistida, como aquel sistema de pasos y procedimientos biológicos apoyados, desarrollados y aplicados de manera médico-científica, que propenden por la sustitución u optimización del proceso biológico natural de la concepción humana. (P.37)

### **Fertilidad**

Capacidad fisiológica de una mujer, de un hombre o de una pareja para producir un hijo o una hija viva (RAE, 2023).

### **Nasciturus**

Concebido, pero no nacido, como fase de la vida humana interna o en formación (RAE, 2023).

### **Concepción**

De acuerdo con el Diccionario de Cáncer del NCI la concepción es entendida como el comienzo del embarazo marcado por la fecundación de un óvulo por un espermatozoide. También se llama concepción y fertilización (National Cancer Institute, n.d.).

### **Familia**

Monroy Cabra (2017) define la palabra familia desde una perspectiva jurídica indicando que es la que está conformada por personas unidas por vínculos jurídicos familiares que tienen su origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco (p,1).

### **Altruista**

La Real Academia de la Lengua Española define el altruismo como la diligencia en procurar el bien ajeno aun a costa del propio (RAE, 2023)

### **Comitente**

El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define la palabra comitente como la parte de un contrato de comisión, que encarga la gestión de sus propios intereses a otra persona a cambio de abonar una retribución, que habitualmente consiste en un porcentaje del valor de la operación realizada (RAE, 2023).

## **5 Introducción**

La maternidad subrogada se ha convertido en una práctica que va en aumento y tiene relevancia dentro del ámbito jurídico colombiano. El concepto de familia ha ido evolucionando y ya no es necesario que medie una relación entre dos personas para poder concebir un bebé. La falta de regulación y el vacío jurídico que existe actualmente en torno a esta técnica de reproducción asistida (en adelante TRHA) genera incertidumbre y pone en riesgo los intereses del menor concebido, la mujer que presta su vientre y los padres comitentes. Este fenómeno jurídico-social plantea una serie de desafíos jurídicos que requieren un análisis profundo, dado que los contratos de maternidad subrogada, considerados atípicos en el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentran en una zona donde prima la autonomía de las partes. Por ello, la presente investigación se centra en la pregunta problema: ¿Cuáles son los principales desafíos jurídicos que enfrentan los contratos de maternidad subrogada en Colombia?

La importancia de este estudio radica en las implicaciones que tiene la ausencia de una regulación sobre esta TRHA, al evidenciarse que puede afectar a las partes que suscriben este contrato atípico impactando derechos y generando desafíos jurídicos. Este trabajo se fundamenta en teorías previas que han abordado el tema desde diversas perspectivas, permitiendo así un enfoque multidimensional que considera tanto los aspectos legales y sociales.

Las proposiciones teóricas sometidas a prueba incluyen la hipótesis de que la falta de regulación específica sobre los contratos de maternidad subrogada genera incertidumbre legal y vulnerabilidad para las partes involucradas en la celebración de un contrato de esta naturaleza. Para obtener resultados adecuados, se lleva a cabo un análisis exhaustivo del desarrollo jurisprudencial que ha tenido la Corte Constitucional en torno a la maternidad subrogada en Colombia, así como una comparación con otros sistemas jurídicos que han implementado regulaciones de esta TRHA.

Los objetivos de la investigación se desarrollan en torno al análisis de los principales desafíos jurídicos que enfrentan estos contratos. En particular, se busca explicar el concepto de maternidad subrogada y su tratamiento jurídico, describir el desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional colombiana, y hacer uso del derecho comparado de la regulación de esta práctica en otros países y cómo se ha desarrollado en Colombia. A través de esta investigación, se obtuvieron resultados que ponen de manifiesto los principales desafíos jurídicos existentes y que también pueden contribuir a la discusión sobre la necesidad de una regulación adecuada en Colombia. De igual manera, se propone como alternativa de solución utilizar plataformas de redes sociales con el objetivo de difundir información sobre el contrato atípico de maternidad subrogada. A través de campañas de sensibilización y educación dirigidas tanto a la comunidad universitaria como al público general, aprovechando los espacios ofrecidos por la academia para informar sobre esta TRHA y se deja también el articulado de un proyecto de Ley con los puntos que se deben tener en cuenta a la hora de una regulación.

## **6 Ubicación del Problema**

### **6.1 Descripción del problema**

La maternidad subrogada o gestación subrogada es una TRHA por la cual una mujer, con condiciones de salud apropiadas para gestar, celebra un contrato con una persona o pareja denominados comitentes, con el objeto de llevar un embarazo para entregar el niño concebido a las personas que contratan sus servicios. Esta práctica, ha suscitado un intenso debate en el ámbito

jurídico y social, ya que, en Colombia, no hay una regulación o prohibición de esta TRHA, lo que plantea serios desafíos para las partes involucradas en la celebración de este contrato atípico. Varios han sido los intentos de proyectos de ley que han buscado una regulación. Sin embargo, todos han sido archivados sin éxito alguno, lo que ha provocado que cualquier conflicto que surja entre las partes, como consecuencia de los vacíos legales existentes, sea sometida a conocimiento de los jueces.

Uno de los aspectos más preocupantes es la naturaleza atípica de los contratos de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano. La ausencia de una legislación dificulta la validez y ejecución de estos contratos. Además, también expone a las mujeres gestantes y a los padres comitentes a riesgos legales que pueden ser significativos. Estos contratos son celebrados por medio de clínicas intermediarias o agencias y se rigen por medio del principio de la autonomía de las partes. Además, la falta de información sobre los derechos y deberes relacionados con la maternidad subrogada contribuye a generar más conflictos judiciales.

La Corte Constitucional por medio de la revisión de algunas acciones de tutela ha dado desarrollo jurisprudencial entorno a diferentes situaciones que se han presentado por la falta de regulación de esta TRHA, y ha exhortado al Congreso de la República para que legisle entorno a esta problemática. Sin embargo, no ha sido suficiente teniendo en cuenta el creciente aumento de casos de parejas o personas que recurren a esta práctica en un país con tantas necesidades económicas para las mujeres. En este sentido, conviene explorar por medio del derecho comparado cómo otros países han abordado la regulación de la maternidad subrogada, las lecciones que se pueden extraer para el contexto colombiano.

## **6.2 Formulación del problema**

¿Cuáles son los principales desafíos jurídicos que enfrentan los contratos de maternidad subrogada en Colombia debido a su naturaleza atípica?

## **6.3 Justificación**

La presente investigación se justifica en el ámbito académico tomando en cuenta la naturaleza atípica del contrato de maternidad subrogada y el creciente aumento de conflictos generados por la ausencia de regulación de esta TRHA.

La falta de regulación entorno a los contratos de maternidad subrogada en Colombia, genera vacíos y suscita conflictos judiciales por lo que la presente investigación busca contribuir a un debate necesario sobre la regulación que debe tener esta práctica para garantizar una seguridad

jurídica, en donde se respeten los intereses de la madre gestante, padres comitentes y el interés superior del menor concebido.

Asimismo, desde una perspectiva académica, esta investigación representa una oportunidad para enriquecer los trabajos teóricos existentes sobre maternidad subrogada en el contexto colombiano. Al analizar los desafíos jurídicos asociados con esta práctica y compararlos con experiencias internacionales, se busca ofrecer un enfoque multidisciplinario que integre aspectos jurídicos, que pueden ser aplicables cuando se pueda lograr una regulación. Esto no solo contribuirá al desarrollo del conocimiento en el área del derecho, sino que también servirá como base para futuras investigaciones.

## **6.4 Objetivos**

### **6.4.1 General**

Analizar los principales desafíos jurídicos que enfrentan los contratos de maternidad subrogada en Colombia debido a su naturaleza atípica.

### **6.4.2 Específicos**

Explicar el concepto de maternidad subrogada y de contrato atípico en el ordenamiento jurídico colombiano.

Describir el desarrollo jurisprudencial que se ha dado en torno a la maternidad subrogada por parte de la Corte Constitucional colombiana.

Comparar el concepto y desarrollo normativo de los contratos de maternidad subrogada en Colombia y el Derecho comparado.

Describir las alternativas de solución que podrían implementarse de acuerdo con la naturaleza del contrato a suscribir entre las partes.

## **7 CAPÍTULO I**

### **7.1 La Reproducción Asistida en Colombia, Concepto y Tipos de Maternidad**

#### **Subrogada**

La reproducción asistida en Colombia ha tomado gran importancia, tanto en el ámbito médico, como en el legal, debido a la creciente demanda de soluciones para la infertilidad y la evolución de las técnicas de reproducción humana asistida.

El artículo 42 de la Constitución Política de Colombia hace referencia a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y menciona que los hijos adoptados o procreados naturalmente

o con asistencia científica cuentan con los mismos derechos y deberes. En el contexto colombiano, la reproducción humana asistida ha generado un notable impacto en la configuración del concepto de familia. Según Ortega (2017), las TRHA han influenciado significativamente la estructura familiar tradicional, permitiendo la formación de familias que, de otro modo, no habrían sido posibles. Este fenómeno ha llevado a una evolución en la percepción social y jurídica de lo que constituye una familia en Colombia.

Naranjo (1997) señala que existe un gran divorcio entre la realidad biológica y genética y la legislación colombiana, reflejado en el poco interés del legislador frente a las técnicas de reproducción humana asistida. Por su parte, Monroy (2017) analiza las TRHA existentes y su aplicación en Colombia. El autor resalta la importancia de la investigación científica sobre las causas de la infertilidad y los tratamientos para prevenirla, tratarla y curarla. Además, destaca la necesidad de regular los bancos receptores de gametos y embriones y establecer requisitos para los centros de atención especializada que realicen estos procedimientos.

Aunque la presente investigación aborda lo referente a la maternidad subrogada o gestación subrogada, conviene hacer mención de las principales técnicas de reproducción asistida en Colombia.

### ***7.1.1 Inseminación Artificial***

La inseminación artificial es una de las técnicas más antiguas y utilizadas en Colombia. Este procedimiento consiste en la introducción de espermatozoides en el tracto reproductivo femenino, con el objetivo de facilitar la fecundación, puede ser realizada utilizando espermatozoides de la pareja o de un donante, lo que la convierte en una opción accesible para muchas parejas que enfrentan dificultades para concebir de manera natural. Según Monroy (2017), esta TRHA es especialmente indicada en casos de infertilidad leve o problemas de ovulación, y su éxito depende de diversos factores, incluyendo la edad de la mujer y la calidad del espermatozoides.

### ***7.1.2 Fecundación In Vitro***

La fecundación in vitro es una técnica compleja que implica la extracción de óvulos de los ovarios de la mujer y su fertilización con espermatozoides en un laboratorio. Una vez que se forman los embriones, estos se transfieren al útero de la mujer. Según Mendez et al. (2019), esta TRHA ha tenido un impacto significativo en la tasa de éxito de los tratamientos de fertilidad en Colombia, permitiendo que muchas parejas logren el sueño de ser padres.

### **7.1.3 Microinyección de Espermatozoides**

La microinyección de espermatozoides, es una técnica que se utiliza en casos de infertilidad masculina severa. Este procedimiento consiste en inyectar un solo espermatozoide directamente en un óvulo, lo que aumenta considerablemente las posibilidades de fertilización. Esta TRHA ha demostrado ser efectiva para superar problemas relacionados con la calidad del esperma (Ortega, 2017).

### **7.1.4 Donación de Óvulos y Espermatozoides**

La donación de gametos es otra técnica importante en la reproducción asistida en Colombia. Esta opción es aplicada en parejas que no pueden concebir con sus propios óvulos o espermatozoides. En esta TRHA, los óvulos o espermatozoides de donantes se utilizan para realizar la fecundación in vitro o la inseminación artificial (Naranjo, 1997).

Con relación al tema al que se le pretende dar más desarrollo en este capítulo, se abordará una definición y se explicarán los tipos de maternidad subrogada que existen.

### **7.1.5 Maternidad Subrogada o Gestación Subrogada**

La maternidad subrogada, también conocida como gestación subrogada, se definió como un procedimiento mediante el cual una mujer, denominada madre gestante, acepta llevar a término un embarazo con la intención de entregar al niño a otra persona o pareja, quienes son considerados los padres de intención o comitentes. Este concepto fue abordado por la Corte Constitucional Colombiana, que lo describió 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" (Corte Constitucional, 2009)

La maternidad subrogada se clasifica en diferentes tipos según varios criterios, incluyendo la relación genética entre la madre gestante y el niño, así como la naturaleza del acuerdo entre las partes involucradas. De acuerdo con la relación genética de la madre gestante y el niño concebido existen dos tipos de maternidad subrogada:

Maternidad subrogada tradicional, donde la madre gestante utiliza sus propios óvulos, lo que significa que ella es también la madre genética del niño. Este proceso puede llevarse a cabo mediante inseminación artificial o relaciones sexuales con el padre intencionado y gestacional en donde los óvulos utilizados provienen de una mujer diferente a la madre gestante (Valencia, 2019).

Frente al acuerdo o negocio jurídico celebrado entre las partes, se puede clasificar en altruista donde no media un interés económico por parte de la madre gestante y comercial donde existe una contraprestación más allá de los gastos médicos que normalmente se pactan para los cuidados que conlleva el embarazo.

El programa “Los Informantes” en una investigación periodística relacionada con esta problemática indicó que es evidente como Colombia puede resultar un buen mercado de turismo reproductivo al ser un país barato y fértil, en donde se puede encontrar en redes sociales una gran oferta de clínicas o agencia, en donde se le ofrece a mujeres una compensación que va desde los 4.000 dólares, mientras que en Estados Unidos no se consigue una mujer dispuesta por menos de 100.000" (Los Informantes, 2024)

De acuerdo a esto, no es extraño encontrar anuncios de agencias en la red que ofrecen sus servicios como intermediarios encargándose de la parte médica y legal. Precisamente la Corte Constitucional ha indicado que el móvil de la madre gestante debe ser la prestación de un servicio social a la pareja sin fines lucrativos, es decir, debe ser altruista (Corte Constitucional, 2009).

Sin embargo, resulta necesario preguntarse si realmente la mujer que sirve como madre gestante y que ha prestado su vientre más de una vez, realmente tiene un móvil altruista sin fines lucrativos, por lo que resulta imperante que se tenga en cuenta este aspecto a la hora de una posible regulación.

## 8 CAPITULO II

### 8.1 El Contrato Atípico en el Ordenamiento Jurídico Colombiano

De acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, todo contrato que se celebra de manera legal actúa como una ley para las partes involucradas y solo puede ser anulado mediante el consentimiento mutuo de estas o por razones establecidas en la ley.<sup>1</sup> Esta disposición se fundamenta en el principio de autonomía privada, que se refiere a la capacidad que tienen los individuos para celebrar contratos y definir libremente los términos de sus acuerdos y el alcance de sus obligaciones (Casado Domech, 2018). Sin embargo, este principio no es absoluto, históricamente, se ha entendido que está restringido por la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres, derechos fundamentales y principios constitucionales superiores (Corte Suprema de Justicia, 2021).

---

<sup>1</sup> Artículo 1602 del Código Civil Colombiano

Un acto jurídico se define como típico o nominado cuando está específicamente regulado por la legislación, como sucede con el testamento, la compraventa o el arrendamiento. En contraste, un acto es atípico o innominado si sus términos no se corresponden con ninguna de las categorías legales establecidas. Ospina Fernández y Ospina Acosta (1998) argumentan que los actos jurídicos atípicos son una manifestación más clara del principio de autonomía de la voluntad privada, ya que permiten a las partes definir los efectos, condiciones y modalidades que desean aplicar, sin necesidad de adherirse a los modelos legales predefinidos.

El contrato atípico en el ordenamiento jurídico colombiano se presenta como una figura contractual que, a pesar de su falta de regulación específica, encuentra sustento en el principio de autonomía de la voluntad o autonomía privada. Según López (2005), la jurisprudencia colombiana ha comenzado a reconocer y validar estos contratos atípicos, lo que refleja una evolución en la interpretación del derecho contractual. Esta evolución es esencial, ya que permite que el ordenamiento jurídico se adapte a las dinámicas cambiantes de las relaciones comerciales y sociales contemporáneas.

La Corte suprema de justicia Sala Civil en sentencia con radicado SC2218-2021 definió el contrato atípico de la siguiente manera:

*“Los contratos atípicos o innominados son aquellos que carecen de regulación normativa, por lo tanto, se originan en la autonomía privada producto de la voluntad y la libertad contractual de las partes, por fuera de los modelos tradicionales, dotándolos de contenido obligacional que es ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil.”* (Corte Suprema de Justicia, 2021)

Para Ospina Fernández y Ospina Acosta (1998) el orden de prelación normativa en los actos atípicos debe ser el siguiente: 1°) las leyes imperativas; 2°) las cláusulas libremente redactadas o estipuladas por los agentes; 3°) las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos, según el caso; 4°) las reglas propias del contrato típico más próximo o semejante, y 5°) la doctrina constitucional y los principios generales de derecho.

De igual manera, Cortés Falla (2004) señala que estos contratos carecen de tipicidad legal, pero no por ello dejan de ser vinculantes para las partes involucradas. La falta de una regulación no implica que los contratos atípicos sean menos válidos; al contrario, su existencia responde a la necesidad de innovar y adaptarse a situaciones no contempladas por la ley. Esta característica los

convierte en herramientas útiles para las partes que buscan establecer relaciones contractuales personalizadas que se ajustan a sus intereses particulares.

En el ámbito jurídico colombiano, la interpretación de los contratos atípicos ha sido objeto de estudio por parte de la jurisprudencia, que ha buscado establecer criterios claros para su aplicación. Flórez (2013) destaca que la interpretación de estos contratos debe realizarse con base en principios generales del derecho, así como en la buena fe y el respeto por el orden público. Esto implica que, aunque los contratos atípicos no estén regulados explícitamente, deben cumplir con requisitos fundamentales para ser considerados válidos y exigibles. La jurisprudencia ha enfatizado la importancia de asegurar que estos acuerdos no contravengan normas imperativas o principios éticos fundamentales.

La práctica judicial también ha influido significativamente en el desarrollo del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos. La Corte Suprema de Justicia ha emitido fallos que han contribuido a aclarar aspectos relacionados con la validez y ejecución de estos contratos. Flórez (2013) menciona que estas decisiones han sentado precedentes importantes para futuras interpretaciones y aplicaciones del derecho contractual en Colombia. Así, se establece un marco normativo más robusto que facilita la resolución de conflictos derivados de acuerdos atípicos y promueve un entorno más seguro para las partes que hacen uso de este tipo de contratos.

## **8.2 El Contrato de Maternidad Subrogada**

El contrato de maternidad subrogada en Colombia se presenta como un acto atípico, ya que no cuenta con una regulación específica en el ordenamiento jurídico del país. Sin embargo, su práctica ha sido reconocida por la jurisprudencia, que ha delineado ciertos elementos esenciales para su validez. En este sentido, los elementos del contrato de maternidad subrogada incluyen la manifestación de la voluntad, el objeto del contrato y los requisitos de validez, que abarcan la capacidad de las partes, la existencia de una causa lícita y un objeto lícito (Pacheco et al., 2020). La manifestación de la voluntad se refiere a la decisión consciente y libre de las partes involucradas para llevar a cabo el acuerdo, mientras que el objeto del contrato consiste en el nacimiento y entrega del niño a los padres comitentes. En cuanto a los requisitos de validez, es fundamental que las partes tengan capacidad para contratar, lo que implica que sean mayores de edad y estén en pleno uso de sus facultades mentales. La causa lícita se refiere a que el motivo detrás del contrato no debe contravenir normas legales o principios éticos, mientras que el objeto resultado lícito implica que el contrato debe ser legalmente permitido (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 1998).

Estas características hacen del contrato de maternidad subrogada un acuerdo complejo que requiere un análisis cuidadoso para asegurar su conformidad con los principios del derecho privado.

Las partes involucradas en el contrato de maternidad subrogada son principalmente la madre gestante y los padres intencionales o comitentes. La madre gestante es quien lleva a cabo el embarazo y tiene la obligación de entregar al niño tras el nacimiento, mientras que los padres intencionales o comitentes asumen la responsabilidad de cubrir los gastos médicos y cualquier compensación acordada (Pacheco et al., 2020). Este tipo de contrato también puede incluir estipulaciones sobre el bienestar psicológico y físico de la madre gestante durante y después del embarazo, así como sobre la atención médica necesaria.

Un aspecto importante, sería lo referente a la filiación que resulta del niño concebido por medio de maternidad subrogada. La filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y un descendiente de primer grado (Corte Suprema de Justicia, 1976).

La filiación da lugar a un estado civil que tiene efectos jurídicos, sin atender a la forma en que se produzcan, esto en concordancia al artículo 42 de la carta política que consagra el principio de la unidad de filiación<sup>2</sup> al dar igualdad a los hijos independientemente del origen que tengan.

Por medio de Sentencia SC6359 del 2017, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, dejó sentadas las siguientes consideraciones que conviene mencionar en la presente investigación:

*“El vínculo paterno-materno-filial generalmente se origina por reproducción biológica y, en un menor número de casos, por adopción o inseminación artificial consentida, que son hechos con relevancia jurídica que dan origen a situaciones de estado civil que el ordenamiento legal atribuye a las personas, como lo dispone el precitado estatuto. Las fuentes jurídicas de la filiación son, entonces, el artículo 42 de la Constitución Política, las disposiciones del Libro I del Código Civil que regulan el régimen de las personas y el Decreto 1260 de 1970.”* (Corte Suprema de Justicia, 2017)

---

<sup>2</sup> El artículo 42 de la Constitución Política de Colombia establece que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

En la misma sentencia de conformidad con el artículo 213 del Código Civil<sup>3</sup> la Corte explica que dicha disposición también acoge a los hijos concebidos por medio de inseminación artificial consentida durante el matrimonio o la unión marital de hecho, puesto que no tiene ninguna restricción respecto al artículo 42 de la Constitución; Lo que quiere decir que cuando los cónyuges o compañeros permanentes dan su consentimiento informado para que una mujer quede embarazada mediante las TRHA, en lo referente a la filiación del menor concebido aplica la presunción *pater ist est* (él es el padre de) contemplada en el artículo 213 del Código Civil.

Uno de los desafíos que surgiría entorno a la filiación, sería establecer la filiación que resulta de los niños concebidos por medio de maternidad subrogada en caso de la muerte de los padres comitentes. En donde se tendría que entrar a analizar si la madre gestante se encargaría del cuidado menor o recaería la obligación del Estado por medio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF).

Varias son las situaciones que se pueden presentar para que las partes incurran en un incumplimiento. Puede ser que la mujer que preste su vientre para esta TRHA no quiera entregar el bebé cuando este nazca, o que no tenga los cuidados necesarios para que el feto se desarrolle de una manera sana. Por su parte, los padres comitentes podrían incumplir con el pago de los gastos médicos o compensación acordada, o negarse a recibir el menor cuando este tenga alguna malformación, por lo que se hace necesario que el contrato aborde cualquier situación que pueda poner en riesgo la seguridad jurídica de las partes.

En relación con lo antes expuesto, se puede establecer que el contrato de maternidad subrogada en Colombia, al ser un acto atípico, enfrenta varios desafíos jurídicos en los que se ven involucrados derechos del menor como la filiación, nacionalidad (en caso de que los comitentes sean padres extranjeros), derechos de la madre gestante como la dignidad, salud. Aunque la jurisprudencia ha buscado desarrollar aspectos importantes disminuir el impacto de la ausencia de regulación, se sigue generando una incertidumbre y conflictos para las partes que suscriben el contrato y para el menor concebido por medio de esta TRHA. Este tipo de contrato se basa en la autonomía de la voluntad, permitiendo a las partes definir sus términos y condiciones; Sin embargo, esta flexibilidad también puede dar lugar a conflictos legales si no se establecen claramente los derechos y obligaciones de cada parte.

---

<sup>3</sup> El artículo 213 del Código Civil colombiano hace referencia a la presunción de legitimidad que tienen los hijos concebidos durante el matrimonio o la unión marital de hecho.

## 9 CAPÍTULO III

### 9.1 La Maternidad Subrogada en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional

En Colombia, las iniciativas para regular la práctica de la maternidad subrogada han fracasado por la renuencia del Congreso y sólo la Corte Constitucional ha dado desarrollo a esta problemática. Es así como la Corte Constitucional por medio de fallos de revisión de algunas acciones de tutela integró aspectos importantes que se deben tener en cuenta a la hora de regular la maternidad subrogada y que inciden sobre la protección del menor concebido por medio de maternidad subrogada.

La pertinencia de las sentencias estudiadas en este capítulo frente al tema de investigación, se enfoca en descubrir los principales desafíos jurídicos que enfrenta esta TRHA al no estar regulada; luego de su estudio y análisis se puede observar cómo a pesar de los precedentes judiciales desarrollados en cada sentencia el tema de la regulación en Colombia no avanza hacia el fin esperado. Sin embargo, en cada sentencia se pueden observar algunas “recomendaciones” que la Corte le da al legislador para tener en cuenta a la hora de legislar.

#### 9.1.1 *Sentencia T-968 de 2009*

En este caso, la Corte Constitucional abordó la situación de Sarai, una ciudadana colombiana que interpuso una acción de tutela para revocar una sentencia emitida el 29 de agosto de 2008 por el Juzgado Décimo de Familia de Cali. Según Sarai, esta decisión afectaba los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella.

Una pareja compuesta por un colombiano, Salomón, y una dominicana, Raquel, residentes en Estados Unidos, contrataron a Sarai para llevar a cabo un alquiler de vientre. Sarai se sometió a un tratamiento en un centro especializado donde se intentó implantar los óvulos de Raquel, pero el procedimiento no tuvo éxito debido al rechazo por parte del organismo de Sarai. Posteriormente, Salomón viajó a Colombia para conocer a Sarai y comenzaron una relación. Él le propuso someterse a un nuevo tratamiento de fertilización utilizando sus propios óvulos, prometiendo que cuidarían juntos al niño resultante del proceso. Tras aceptar y realizar la fertilización in vitro con sus óvulos y el esperma de Salomón, Sarai quedó embarazada de gemelos. Durante el embarazo, Salomón asumió los gastos médicos y envió dinero para la manutención.

El 21 de marzo de 2006 nacieron los mellizos, Samuel y David. A pesar de que Salomón registró a los niños, no proporcionó alimentos ni asistencia médica durante los nueve meses que estuvieron bajo el cuidado de Sarai. Después de una visita del ICBF, se le retiró la custodia a Sarai

y se le otorgó provisionalmente a la tía paterna debido a preocupaciones sobre la salud de los menores, quienes presentaban síntomas gripales tras estar expuestos a un horno de cal cercano a su hogar. Salomón inició un proceso legal para obtener la custodia y privar a Sarai de la patria potestad. Ante esto, Sarai cambió su residencia a Cali y trabajó como mercaderista con un salario mínimo. Salomón solicitó permiso para que los mellizos pudieran vivir en Estados Unidos con él, lo que fue concedido por el Juez Décimo de Familia en su sentencia del 29 de agosto de 2008. El juez fundamentó su decisión en el contrato verbal entre las partes, el incumplimiento alegado por Sarai, y las condiciones económicas y de salud que enfrentaban los niños. El juez también ordenó que Salomón llevara a los niños a Cali dos veces al año durante las vacaciones y permitiera visitas a Sarai cuando ella pudiera viajar a Estados Unidos. No estando conforme con esta decisión, Sarai interpuso una acción de tutela.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali conoció el caso en primera instancia y falló a favor de Sarai mediante el fallo No. 74 del 15 de septiembre de 2008. Sin embargo, tras impugnaciones, el mismo tribunal revocó su decisión el 10 de diciembre del mismo año, argumentando que había incurrido en defectos fácticos y sustantivos.

Finalmente, la Corte Constitucional asumió el caso y ordenó al Juzgado Décimo de Familia cumplir con las medidas protectoras necesarias para restablecer los derechos tanto de los menores como de su madre hasta que se resolvieran definitivamente los procesos legales sobre custodia y patria potestad en curso. También instruyó al ICBF para que acompañara el proceso de reencuentro entre los menores y su madre.

La Corte fundamentó su decisión teniendo en cuenta el interés superior del menor<sup>4</sup>, la unidad familiar<sup>5</sup>, debido proceso y las condiciones económicas en las que se encontraba la madre de los menores.

Es importante mencionar que esta sentencia fue la primera en sentar las bases para una posible regulación, al mencionar puntos que debe tener en cuenta el legislador a la hora de abordar esta práctica, a saber:

---

<sup>4</sup> El interés superior del menor es un principio que ha sido reconocido mundialmente y hace referencia a que cualquier decisión relacionada con menores debe procurar priorizar su bienestar.

<sup>5</sup> El principio de unidad familiar se encuentra contenido en el artículo 44 de la Constitución Política que consagra como derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella y en caso de que ocurra debe ser excepcional y justificada.

*“(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.” (Corte Constitucional, 2009)*

### **9.1.2 Sentencia T- 316 de 2018**

De igual manera, con ocasión de una acción de tutela que revisó la Corte Constitucional, se conoció el caso de Yuli Paola Santacruz Abril quien interpuso la acción constitucional para que fueran amparados sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana, a la igualdad, a la salud sexual y reproductiva, al libre desarrollo de la personalidad, a conformar una familia y a la maternidad.

Yuli Paola Santacruz Abril, de 33 años, padece infertilidad por falta de ovulación debido a una amenorrea secundaria<sup>6</sup> y convive con su pareja Óscar Daniel Cortés Saavedra, con quien no ha podido procrear. En febrero de 2001, a los 17 años, le fueron extirpados ambos ovarios y trompas debido a tumores bilaterales, uno de los cuales presentaba necrosis<sup>7</sup>, comprometiendo su fertilidad.

El médico tratante consideró necesaria la cirugía para evitar complicaciones futuras como cáncer de ovarios, pero sin autorización de sus padres al ser menor de edad, lo que le valió una sanción de 30 días al médico por parte del Tribunal de Ética Médica<sup>8</sup>. La paciente sufrió daños

---

<sup>6</sup> De acuerdo al portal MedlinePlus esta enfermedad consiste en la ausencia de periodos menstruales por periodos de seis meses o más.

<sup>7</sup> De acuerdo al portal Medlineplus la necrosis es la muerte de tejido corporal y ocurre cuando fluye muy poca sangre al tejido.

<sup>8</sup> El artículo 63 de la Ley 23 de 1981 establece la creación de un Tribunal Nacional de Ética Médica con autoridad de conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia.

físicos y psicológicos tras la cirugía, sintiéndose mutilada, incompleta, insegura, triste y con depresión, complicando su vida y la de su familia.

Para el momento de presentar la acción requería un tratamiento de fertilización in vitro con donación de óvulos para poder concebir, pero la EPS FAMISANAR se negaba a autorizarlo y cubrir el costo elevado del tratamiento, argumentando que no era pertinente y existía un riesgo para la vida de la accionante.

Por ende, las pretensiones en la acción de tutela fueron tutelar los derechos fundamentales como son a la salud, a la dignidad humana, a conformar una familia, a la igualdad y no discriminación, a la libertad, a la integridad personal, física, psíquica y social, al libre desarrollo de la personalidad, a los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos, derecho a la maternidad y los demás conexos.

Adicionalmente, se solicitó ordenar a la EPS que un plazo máximo de cuarenta y ocho horas autorizara el tratamiento de fertilización in vitro, y seguidamente realice el tratamiento hasta que el mismo fuera positivo, ordenando también que la accionada suministre medicamentos y realice el acompañamiento necesario durante todo el tratamiento.

El Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal de Bogotá negó la acción de tutela promovida por la Yuli Paola Santacruz Abril. En sustento de su decisión el a quo consideró que tras la entrada en vigor de la Ley Estatutaria de Salud No. 1751 de 2017<sup>9</sup>, los médicos adscritos a las EPS tienen autonomía para determinar los insumos o procedimientos pertinentes y necesarios para cada paciente, de acuerdo al Plan de Beneficios en Salud. Además de esto, el Juez recordó que en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha indicado que todo servicio médico debe ser ordenado por un médico adscrito a la EPS, pues es quien tiene el criterio científico para determinar la pertinencia o necesidad inminente del procedimiento para conservar la salud y vida del paciente.

Luego de ser impugnada la decisión de primera instancia, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá resolvió confirmar el fallo impugnado al considerar que no se demostró que el médico que trató a la accionante haya recomendado el tratamiento de fertilización in vitro tomando en cuenta las condiciones particulares de la paciente.

---

<sup>9</sup> La ley 1751 de 2017 por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

Para tomar su decisión, la Corte tuvo en cuenta como primera medida el derecho a la salud y a la reproducción indicando que el primero es un derecho fundamental que incluye el acceso a tratamientos médicos necesarios para preservar la salud y la vida de los pacientes. En este contexto, el derecho a la reproducción y a la maternidad también se consideran como parte integral de la dignidad humana.

Por otro lado, la Corte reconoció la autonomía de los médicos para determinar los tratamientos pertinentes y necesarios para cada paciente. Sin embargo, esta autonomía debe ejercerse en el marco de la ética médica y la necesidad de garantizar el bienestar del paciente.

Frente al material probatorio aportado por la accionante, la Corte examinó la historia clínica de la peticionaria y los informes médicos presentados. Destacando que, aunque el médico tratante consideró que no había riesgo inminente para la vida de la paciente, la infertilidad de Yuli Paola era consecuencia directa de una cirugía realizada con anterioridad. En cuanto al tratamiento de fertilización in vitro la Corte resaltó las implicaciones médicas de este, los cambios que puede tener en la calidad de vida y el bienestar emocional de la accionante. Esto, teniendo en cuenta los daños que sufrió la paciente tras la cirugía a la que fue sometida.

Ahora bien, referente a la procedencia de la acción de tutela para acceder excepcionalmente a procedimientos orientados a tratar la infertilidad, la Corte indicó que en varias ocasiones se han abordado las razones que justifican la no inclusión de los tratamientos dirigidos a tratar la infertilidad en los planes de beneficios en salud, ya que la maternidad no genera una obligación estatal si se trata de fertilidad asistida. Sólo en algunos casos excepcionales la Corte ha autorizado el suministro de procedimientos para tratar la infertilidad en casos en donde se pretenda garantizar la continuidad del servicio de salud, cuando se busca garantizar la vida, la salud o la integridad personal y cuando la patología de la infertilidad es una enfermedad secundaria.

La señora Yuli Paola Santacruz Abril fue diagnosticada con infertilidad primaria<sup>10</sup> de pareja por factor ovulatorio tras la extirpación quirúrgica de sus ovarios. Debido a esta condición, busca que se le autorice y suministre tratamiento de fecundación in vitro por parte de la EPS, argumentando que este procedimiento mejoraría su calidad de vida y reduciría los efectos

---

<sup>10</sup> El portal Medlineplus indica que la infertilidad primaria hace referencia a las parejas que no han podido quedar en embarazo después de haber sostenido relaciones sexuales sin usar métodos anticonceptivos por más de un año.

secundarios del tratamiento hormonal que recibe. A pesar de que la EPS autorizó exámenes diagnósticos para evaluar la viabilidad de la TRHA, el tratamiento no se inició. La EPS argumentó que la paciente no estaba en riesgo inminente y que su estado de salud era estable.

La Corte concluyó que la infertilidad de la accionante es primaria y no resulta de una condición tratable mediante otros métodos de reproducción asistida. La solicitud de la fecundación in vitro fue considerada como un deseo de procreación más que una necesidad médica para mejorar su calidad de vida, y se determinó que no existía una orden médica que justificara el tratamiento solicitado. Por lo tanto, se confirmó la decisión de denegar la acción de tutela. Adicional a esto, la Corte indicó que era necesario que el legislador regule cuestiones como:

*“(i) «la donación de óvulos»; (ii) «la congelación de embriones sobrantes»; (iii) «la filiación legal que resulta de la utilización de embriones después de la muerte de los padres»; (iv) «la inexistencia de limitaciones o protocolos para la implantación de óvulos fecundados en vientres distintos de las madres biológicas, lo que es conocido también como “maternidad subrogada” o “maternidad sustituta”»; (v) «lo relativo al registro de la identidad de los donantes de espermatozoides u óvulos; (vi) «el número de descendientes de cada donante», y (vii) «la obligatoriedad en que estarían las entidades promotoras de salud de conseguir óvulos cuando quien solicita la fecundación in vitro no los produce; y, la posibilidad de comercio de óvulos”* (Corte Constitucional, 2018).

### **9.1.3 Sentencia T-357 de 2022**

Con ocasión de una acción de tutela que interpuso Sara (su nombre real fue cambiado por motivos de reserva legal) la Corte estudió un caso en donde solicita que el Juez de tutela le ordene a la Clínica proceder con la implantación del embrión resultante de la unión de los gametos aportados por ella y su expareja. La litis, se da, debido a que Carlos, la expareja de Sara, tomó la decisión de no continuar con el proceso al ya haber conformado una familia, por lo que la Clínica se niega a adelantar dicho procedimiento.

Sara, nacida el 6 de noviembre de 1974, tiene 47 años de edad. En el año 2018 fue diagnosticada con pólipo endometrial. Posteriormente se le diagnosticó obstrucción tubárica bilateral<sup>11</sup>, lo que le impide quedar embarazada de forma natural.

En el mes de septiembre de 2020 Sara y Carlos decidieron iniciar un proceso de fertilización in vitro en La Clínica. El Médico les indicó la importancia de iniciar el procedimiento lo antes posible debido a la edad y las implicaciones propias del proceso. El día 23 de septiembre de 2020 fueron suscritos dos documentos por Carlos, Sara y el representante legal de La Clínica. El primero denominado “*Consentimiento informado para la fecundación in vitro/ICSI propio-semen propio*”. El segundo identificado como “*Consentimiento informado para la vitrificación de embriones*”.

El 23 de octubre de 2020 realizaron un examen, el cual determinó la viabilidad del embrión para ser transferido. Según el registro del procedimiento médico aportado por la accionante del procedimiento que inició con 6 óvulos resultó únicamente un embrión. En ese mismo mes, la relación entre Sara y Carlos terminó. Pese a ello, Sara decidió continuar con el tratamiento de fecundación in vitro con base en una de las cláusulas contenida en el documento denominado “*Consentimiento informado para la vitrificación de embriones*” conforme a la cual, en caso de separación o divorcio de la pareja, el destino de los embriones criopreservados<sup>12</sup> será determinado por la madre. Sin embargo, la clínica y el Médico se negaron a continuar el proceso asegurando que Carlos retiró su consentimiento con el fin de evitar la implantación del embrión. En consecuencia, el 1 de marzo de 2021 la Clínica le solicitó llegar a un acuerdo o conciliación con Carlos, para poder continuar con el proceso de fecundación in vitro.

En octubre de 2020, Carlos se comunicó con el médico vía WhatsApp y correo electrónico para solicitar la interrupción del proceso de fertilización in vitro debido al comportamiento de Sara, quien sabía que Carlos se iba a casar con otra persona en EE.UU. Carlos afirmó que Sara intentó dañar su matrimonio y que no ha sido posible dialogar con ella, considerándola una amenaza para la paz de su hogar. El Médico confirmó que la implantación no se realizó porque Carlos revocó su

---

<sup>11</sup> Es un método de anticoncepción permanente o definitivo donde se cortan las trompas de Falopio y se ligan para impedir el paso del óvulo y de los espermatozoides.

<sup>12</sup> El Instituto Nacional del Cáncer explica que la criopreservación de embriones es el método de conservación de un embrión a temperaturas bajo cero y es útil para mujeres con cáncer que quieren tener hijos luego de haberse sometido a radioterapia, quimioterapia o cirugías.

consentimiento, lo cual es permitido según el artículo 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO<sup>13</sup>.

El 21 de enero de 2021, Carlos solicitó información sobre la revocación de su consentimiento. El Médico le respondió que, según el consentimiento firmado, la decisión sobre el embrión en caso de separación recayó en Sara, recomendándole llegar a un acuerdo. El 10 de febrero de 2021, Carlos reiteró su solicitud de suspender el tratamiento hasta llegar a un acuerdo con Sara, pero dicho acuerdo no fue remitido a La Clínica.

Sara afirmó haber realizado varios pagos a La Clínica desde el año 2020, cubriendo el proceso de FIV. Sin embargo, el Médico indicó que aún falta el pago del saldo por criopreservación adicional. La abogada de Sara confirmó un pago de dos millones de pesos el 27 de octubre de 2021. Ya para enero de 2021, Sara se sometió a una miomectomía por laparoscopia para tratar su miomatosis y preparar su cuerpo para la FIV. El 7 de julio de 2021, intentó comunicarse con Carlos para pedirle una oportunidad de ser madre, eximiéndolo de responsabilidades futuras.

Como pretensiones, Sara solicitó que se declare que La Clínica ha vulnerado sus derechos a la salud sexual y reproductiva, autodeterminación, dignidad humana, familia, libertad constitucional y el derecho-interés constitucional a la vida de su hijo. También pidió que se ordene a La Clínica implantar el embrión según los términos del consentimiento informado.

El 7 de mayo de 2021, el juzgado de primera instancia negó el amparo solicitado por Sara. En sustento de su decisión el a quo indicó que la no realización del procedimiento de fertilización in vitro (FIV) debido a la infertilidad primaria por obstrucción tubárica bilateral no pone en peligro los derechos a la salud, vida o integridad de Sara. Adicional a esto, la accionante puede optar por la adopción como medio legal para formar la familia que desea. Además de esto, aunque Carlos había autorizado el uso del embrión criopreservado, su posterior revocación del consentimiento debe ser respetada, por lo que La Clínica no puede proceder en contra de esta decisión.

Aunado a eso, el Juez de primera instancia estableció que la relación entre Sara, Carlos y La Clínica es contractual, lo cual excede la competencia del juez de tutela y acceder a las

---

<sup>13</sup> El artículo 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos establece que la persona interesada en la intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica podrá revocar el consentimiento en cualquier momento y por cualquier motivo sin que recaiga sobre ella algún perjuicio.

pretensiones de Sara violaría el derecho de Carlos a decidir libre y responsablemente sobre el número de sus hijos, conforme al artículo 42 de la Constitución.

Después de ser impugnada la decisión, el 15 de junio de 2021, el juzgado de segunda instancia confirmó la decisión de primera instancia. Para soportar esta decisión el ad quem indicó que la accionante tenía recursos legales en la justicia ordinaria para reclamar el cumplimiento del acuerdo suscrito y que independientemente de si el embrión es objeto o sujeto de protección constitucional, está en criopreservación y hay dos años para disponer del mismo, por lo que no existe un perjuicio irremediable, considerando también la incertidumbre del resultado de la transferencia del embrión.

De igual forma, sostuvo que en la sentencia de primera instancia no hubo ninguna discriminación, ya que se garantiza la igualdad de derechos de la accionante y Carlos, dado que el embrión es resultado del material genético de ambos. Además, no sólo están en juego los derechos de Sara, sino también los de Carlos y aunque este último consintió la fertilización, los documentos indican que ambas partes tenían el derecho de suspender el tratamiento en cualquier etapa.

La Corte Constitucional tuvo en cuenta en sus consideraciones el derecho a la autodeterminación reproductiva de la accionante destacando la importancia de proteger este derecho, especialmente desde una perspectiva de género. Esto incluye el acceso a servicios de salud reproductiva y la validez de los acuerdos privados sobre técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). De la misma manera, enfatizó la necesidad de un consentimiento libre e informado antes de iniciar cualquier procedimiento de TRHA. Las partes deben conocer el alcance de las técnicas, los riesgos, los objetivos del acuerdo, los derechos y obligaciones, y cómo resolver disputas.

Frente a la decisión que el a quo tomó en primera instancia, la Corte consideró que la sentencia de primera instancia no fue discriminatoria, ya que garantizó la igualdad de derechos de ambas partes, dado que el embrión es resultado del material genético de ambos. También, reconoció que ambas partes tenían el derecho de suspender el tratamiento en cualquier etapa, lo cual es fundamental para respetar la voluntad de las partes involucradas. La Corte, además, indicó que era necesario hacer un estudio integral del acto contractual para evitar decisiones prematuras que podrían resultar en situaciones irreversibles.

Finalmente, la Corte Constitucional decide tutelar la garantía a la autodeterminación sexual y reproductiva de la accionante. Como consecuencia de ello, declaró que la actora es titular del derecho a decidir sobre la implantación del preembrión en su propio cuerpo. Además, estableció que la expareja de la tutelante se asimilará a un donante anónimo y, en consecuencia, no se configurará ningún vínculo de filiación si el procedimiento es exitoso, debiéndose preservar su anonimato. Sin embargo, se le otorgó la posibilidad de manifestar su decisión de asumir la relación filial dentro del término establecido en el fallo. En esta sentencia el máximo tribunal constitucional deja sentada la importancia de una regulación integral con un enfoque de género, a saber:

*“Una regulación integral de esta materia debe ocuparse de manera detallada y a partir de un enfoque de género, entre otras cosas, de (a) las etapas de las TRHA, (b) los intervinientes en ellas, sus derechos y obligaciones, (c) la naturaleza, alcance y efectos de los acuerdos celebrados para su desarrollo, (d) las condiciones para prestar el consentimiento, las posibilidades de modificarlo y la oportunidad para hacerlo, (e) el destino posible de los gametos y embriones conservados así como el tiempo durante el cual ello puede ocurrir, (f) la responsabilidad de las clínicas y del personal sanitario que participa en el proceso y (g) los efectos en materia de filiación.” (Corte Constitucional, 2022)*

#### **9.1.4 Sentencia T-275 de 2022**

En esta oportunidad, la Corte estudió el caso de un ciudadano que interpuso una acción de tutela solicitando que su EPS le otorgara una licencia de maternidad de 18 semanas para cuidar a su hija, quien fue gestada por una mujer contratada como gestante subrogada. La concepción de la menor se realizó mediante fecundación in vitro utilizando la técnica de ovodonación<sup>14</sup>. La EPS concedió al demandante 14 días de licencia de paternidad y a la gestante subrogada, 18 semanas de licencia de maternidad. Después de que fuera accionada la EPS, al dar respuesta de la acción de tutela, ésta argumentó que la situación del demandante no se encontraba dentro de los supuestos legales para extender la licencia de maternidad al padre. Según la normativa vigente, la licencia de maternidad debía ser reconocida a la mujer que dio a luz a la bebé, y no al padre.

El juez de primera instancia negó la acción de tutela presentada por el ciudadano. En sustento de su decisión, básicamente argumentó que la EPS había actuado conforme a la normativa vigente, la cual no contemplaba la extensión de la licencia de maternidad al padre en casos de

---

<sup>14</sup> Reproducciónasistida.org indica que la ovodonación es una modalidad de la fecundación in vitro y está indicado para aquellas mujeres que no pueden tener hijos con óvulos propios.

maternidad subrogada. Luego de ser impugnada la decisión, el juez de segunda instancia confirmó la decisión del juez de primera instancia sosteniendo que, según la legislación actual, la licencia de maternidad debía ser otorgada a la mujer que dio a luz, y no al padre biológico, incluso en casos de maternidad subrogada.

La Corte Constitucional señaló que, aunque ha advertido en al menos tres ocasiones la necesidad de legislar sobre la maternidad subrogada y los aspectos relacionados con esta figura, el Congreso de la República ha evitado sistemáticamente hacerlo. Esta falta de legislación ha creado una situación jurídica que obliga al juez de tutela a resolver casos específicos sin que las reglas puedan aplicarse a otros casos debido a la ausencia de regulación. En el caso del demandante, la falta de regulación sobre la maternidad subrogada impidió a la EPS definir cómo proceder. Es decir, la negativa de la EPS no fue arbitraria, sino que se basó en la aplicación de las normas vigentes que regulan los supuestos en los que es posible extender la licencia de maternidad al padre. Sin embargo, la imposibilidad de extender la licencia de maternidad al demandante desconoció el interés superior de la niña.

La corte tuvo en cuenta en primera medida el interés superior de la niña, asegurando que tuviera el cuidado y la atención necesarios durante sus primeras semanas de vida. También, señaló la falta de regulación específica sobre la maternidad subrogada en la legislación colombiana. De la misma manera, la Corte consideró que negar la licencia de maternidad al padre biológico en un caso de maternidad subrogada constituía una forma de discriminación. La decisión buscó promover la igualdad de derechos entre padres y madres en situaciones similares y también proteger la unidad familiar y el derecho del padre biológico a participar activamente en el cuidado y crianza de su hija desde el nacimiento.

Por lo tanto, la Corte ordenó a la EPS reconocer la extensión de la licencia de maternidad al demandante. Para ello, autorizó a la EPS a descontar el tiempo y el dinero reconocidos al demandante como licencia de paternidad y solicitar a la ADRES el reembolso de los montos que deba pagar al demandante como consecuencia de la extensión de la licencia de maternidad reconocida en la sentencia. Esto, teniendo en cuenta que la negativa a la solicitud de extensión de la licencia de maternidad se debió a la falta de una norma que regulara la materia, y no a una decisión arbitraria de la EPS. La Corte hizo un llamado al Congreso de la República para que legisle sobre la maternidad subrogada, con el fin de evitar situaciones similares en el futuro y

proporcionar un marco legal claro y específico. Resaltando la necesidad de regular los siguientes temas:

*“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”* (Corte Constitucional, 2022).

#### **9.1.5 Sentencia T-127 de 2024**

La Sentencia T127 de 2024 es el pronunciamiento más reciente que ha tenido la Corte Constitucional entorno al objeto de estudio de la presente investigación. El máximo tribunal constitucional conoce el caso de una niña que fue concebida por medio de la maternidad o gestación subrogada, en donde el padre de la menor inicia un proceso de impugnación de la maternidad, con el propósito de que un juez declarara que la demandada (madre comitente) no era la madre biológica de la menor, ya que su nacimiento se originó por medio de la gestación subrogada.

Una menor nacida en Bogotá en el 2020, fue registrada en una Notaría y en su registro civil, se indicaba que sus padres biológicos eran un hombre de nacionalidad estadounidense, y una señora de nacionalidad colombiana. Este registro fue resultado de un acuerdo de gestación subrogada suscrito entre ellos, gestionado a través de una clínica especialista en fertilidad.

El 7 de octubre de 2020, el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió el Pasaporte No. XXX a nombre de la menor. Sin embargo, el 5 de febrero de 2021, se admitió una demanda de impugnación de la maternidad presentada por el padre comitente contra la señora madre comitente. El objetivo era declarar que la demandada no era la madre de la niña, dado que su nacimiento se había producido a través de un proceso de gestación subrogada, solicitando así su exclusión del registro civil. El 20 de mayo de 2021, el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá dictó sentencia favorable para el demandante, declarando que la madre comitente no era la madre legal de la niña y ordenando las anotaciones correspondientes en el registro civil. En cumplimiento del fallo, se expidió un nuevo registro civil el 22 de junio de 2021, modificando el nombre de la niña a EZ y registrando a la madre como "sin información".

Posteriormente, el 3 de diciembre de 2022, el padre de la menor solicitó al Consulado de Colombia en Orlando, Florida, un pasaporte con el nuevo nombre de su hija. Sin embargo, esta solicitud fue negada verbalmente por el Consulado, argumentando que la niña no era colombiana

debido a que había nacido mediante un proceso de gestación subrogada. El padre de la menor interpone una acción de tutela manifestando la violación que fueron vulnerados los derechos de la menor a un nombre, nacionalidad, igualdad e interés superior del menor. Como pretensión principal, solicitó la expedición de un nuevo pasaporte de manera inmediata.

En esta oportunidad la Corte Constitucional subrayó la necesidad de regular la gestación subrogada en Colombia para proteger a las partes involucradas en este contrato. Citó conceptos del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho y de ACCER<sup>15</sup>, quienes emitieron un manual sobre subrogación uterina<sup>16</sup>. Y también el Centro de Fertilidad CELAGEM informó que en el 2022 todas las donantes de óvulos fueron colombianas y que la mayoría de los usuarios de fertilización asistida en 2022 fueron extranjeros. Además, contó con la intervención del ICBF, que destacó los problemas legales y administrativos por la falta de regulación, afectando la filiación y permisos de salida de menores, haciendo énfasis en lo imperativo que es una regulación que proteja los derechos de los menores nacidos por medio de gestación subrogada.

Para resolver el caso en concreto, la Corte abordó varios puntos que sirvieron como sustento para tomar su decisión. En primera instancia, recordó que el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia<sup>17</sup> pone de manifiesto la igualdad con la que nacen todas las personas ante la ley y el artículo 42 de la misma carta la da los mismos derechos y deberes a los hijos sin considerar su origen. Después de citar la jurisprudencia existente en torno al tema y hacer un análisis de derecho comparado, la Corte hizo referencia a algunos casos de gestación subrogada abordados por tribunales internacionales, en especial por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos donde se ha reafirmado la importancia del interés superior del menor.

Es de importancia resaltar que en esta ocasión la Corte habla de la protección constitucional y legal que tiene el nasciturus, la cual debe estar siempre fundamentada en la dignidad humana. Frente a los riesgos que puede conllevar esta práctica, se incluyen los de explotación sexual de las mujeres y trata de personas.

---

<sup>15</sup> Asociación de Centros Colombianos de Reproducción Humana, es una agremiación medica fundada en el 2015 creada para agrupar a las clínicas de reproducción asistida en Colombia, la cual busca promover los mejores estándares médicos en los servicios de salud reproductiva.

<sup>16</sup> El Manual de recomendaciones para subrogación uterina fue publicado el 28 de octubre de 2022 y tiene como objetivo delimitar condiciones para el perfecto funcionamiento de los procesos de reproducción asistida.

<sup>17</sup> El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, de esta manera tendrán que recibir la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ningún tipo de discriminación por sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Finalmente, la Corte concluyó que en ningún momento el Ministerio de Relaciones Exteriores vulneró los derechos de la menor, esto teniendo en cuenta que la situación se originó producto del proceso de impugnación de la maternidad que promovió el padre de la menor. Asimismo, se evidenció que para el momento de la solicitud del nuevo pasaporte la menor ya tenía otra nacionalidad y frente al nombre podía usarlo en Colombia sin que existiera ninguna restricción.

Después de exhortar de nuevo al Congreso y al Ministerio de Justicia para lograr una regulación por medio de la presentación de un proyecto de ley la Corte recomienda tener en cuenta la igualdad de derechos de los menores nacidos por medio de esta TRHA, filiación, regulación de nacionalidad (en los casos de padres extranjeros), el cuidado que se debe tener para evitar trata de personas por medio de un control de estos procesos y el enfoque de género que debe tener esta regulación frente a las mujeres que sirven como gestantes.

## 10 CAPITULO IV

### 10.1 Análisis Comparativo de la Maternidad Subrogada: Colombia y el Ámbito Internacional

En Colombia, no existe regulación de la maternidad subrogada, sin embargo, las realidades sociales han hecho que parejas o personas con problemas para concebir de manera natural y con la ilusión de conformar una familia, acudan a centros especializados en fertilidad que practican esta TRHA, lo que ha incentivado el estudio de esta problemática desde distintos ámbitos académicos. Asimismo, al no ser un tema pacífico en la sociedad colombiana, la maternidad subrogada o gestación por subrogación ha tenido un desarrollo complejo estando marcada siempre por debates jurídicos. Desde 1998, se han presentado al menos 16 proyectos de ley en el Congreso de la República que han terminado archivados (Ámbito Jurídico, 2024).

Solo hasta el 2009 a través de la Sentencia T-968 la Corte Constitucional reconoció la maternidad subrogada como un método legítimo para resolver problemas de infertilidad. Por medio de esta sentencia se sentaron las bases para que los jueces que conozcan casos relacionados a la maternidad subrogada, resuelvan los casos concretos haciendo uso de los principios constitucionales. Del 2014 al 2022 la Corte Constitucional desarrolló una línea jurisprudencial confirmando su legalidad siempre y cuando se tengan en cuenta ciertos criterios que no afecten los derechos de las partes involucradas en la celebración de este contrato (Melo, González, 2023)

Al observar el contexto en el que se ha desarrollado la práctica de la maternidad subrogada, se puede notar que, a lo largo de los estudios académicos realizados, no es raro encontrar similitudes en las opiniones que desata esta práctica desde lo ético y jurídico en Latinoamérica y en los países donde no se encuentra regulada esta TRHA. La regulación de esta TRHA se puede dar prohibiendo su práctica, permitiéndole con fines altruistas o regular con fines comerciales. En Colombia, los diferentes proyectos que han buscado regular han fracasado siendo archivados sin que siquiera se logre pasar de una cámara a otra, ejemplo de esto, son los últimos dos proyectos presentados, uno por el Gobierno del presidente Gustavo Petro (después de que fuera exhortado por la Corte Constitucional para presentar el proyecto) y el representante a la cámara Jorge Alejandro Ocampo, los cuales fueron archivados por el Congreso de la República. En estos se buscaba una regulación altruista.

Precisamente, la Corte Constitucional ha delimitado ciertos requisitos que se deben tener en cuenta a la hora de celebrar el contrato de maternidad subrogada como lo son un examen médico y psicológico al que se debe someter la mujer gestante; debe existir un consentimiento informado y claro para evitar conflictos y se debe procurar porque la madre gestante no aporte material genético. Tal y como lo dice Pacheco et al., (2020) La Corte ha subrayado la importancia de proteger los derechos tanto de las mujeres gestantes como de los niños nacidos a través de estos acuerdos. Esto incluye garantizar que la mujer gestante no actúe motivada por fines lucrativos y que se respeten todos los derechos inherentes a su salud y bienestar.

## **10.2 La Maternidad Subrogada en el Ámbito Internacional**

Existen países como España, Italia, Austria, Francia, Alemania, Suiza, Burkina Faso, Marruecos, Egipto, China, Indonesia, Filipinas y Guatemala que han optado por prohibir la práctica de esta TRHA. En España, por ejemplo, es nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación subrogada<sup>18</sup> sin atender que sea por fines comerciales o altruistas (Ley 14/2006, 2006).

Cruz (2012) explica que en ese país también se manejan diferentes puntos de vista de la regulación y por esto se ha tornado complejo un avance que no sea prohibicionista, La maternidad subrogada plantea una gran diversidad de cuestiones tanto éticas como jurídicas, por lo que tiene detractores, gran parte de la doctrina civilista y muchos defensores, especialistas en fertilidad,

---

<sup>18</sup> El artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece que los contratos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho.

agrupados en la Sociedad de Reproducción Humana y Embriología (E.S.H.R.E.) y muchos juristas especialistas en Derecho Internacional Privado. El mismo autor en su investigación habla de la importancia de regular y no prohibir, ya que a pesar de que el contrato para celebrar esta práctica sea nulo, en la realidad esta práctica se realiza y su limitación sólo fomenta el turismo reproductivo y deja a un lado la posibilidad de procrear de parejas que tienen limitaciones para este fin, caso muy similar a lo que ocurre en Colombia.

A diferencia de los casos donde está taxativamente prohibida el uso de la maternidad subrogada, en algunos países está permitida siempre y cuando sea con fines altruistas. Para no ir muy lejos Brasil y Uruguay son de los pocos países en Latinoamérica que permiten esta práctica. Uruguay por su parte regula la maternidad subrogada con la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida<sup>19</sup> y sólo está autorizada en casos donde la mujer tenga problemas para gestar en su útero por problemas genéticos.

Precisamente, el artículo 25 de la Ley 19167 de 2013 establece que serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones. La misma ley establece que el acuerdo celebrado entre la mujer gestante y los padres comitentes deberá ser gratuito y la filiación del recién nacido corresponderá a los padres comitentes (Ley 19167, 2013).

En el caso de Brasil la práctica no está regulada pero tampoco existe una prohibición y se da por los conceptos dados por la comunidad médica<sup>20</sup> (Resolución 2.168, 2017). Tal y como lo explica Espejo Yaksic et al., (2022) el Consejo Federal de Medicina ha ido emitiendo actos normativos que han servido como orientación de los médicos al practicar esta TRHA. En la misma investigación, los autores explican que al no existir una ley que regule la gestación por sustitución no deja de ser legítima su práctica, ya que la misma constitución reconoce el uso de las tecnologías de reproducción asistida.

Para autores como Capella (2017) no es viable hablar de una maternidad subrogada altruista si no resulta obvia la distinción entre compensación resarcitoria y retribución, es por eso

---

<sup>19</sup> El artículo 25 de la Ley 19.167 establece que los acuerdos de gestación subrogada se entienden nulos absolutos con excepción a los casos donde una persona no pueda concebir y acuda a un familiar de hasta segundo grado de consanguinidad. El acuerdo que celebren las partes debe ser gratuito, por ende, se entiende que tiene que mediar un móvil altruista.

<sup>20</sup> La Resolución 2.168 del 21 de septiembre del 2017 tiene como objeto adoptar estándares éticos para el uso de técnicas de reproducción asistida siempre en defensa de la mejora de las prácticas y del cumplimiento de principios éticos y bioéticos que ayuden a aportar mayor seguridad y eficacia a los procedimientos éticos.

que el autor es enfático al indicar que en la maternidad subrogada altruista no es viable que la madre gestante reciba una retribución, a menos de que se trate de compensar las molestias físicas que con ocasión al embarazo se le causan a la mujer que presta su vientre.

La maternidad subrogada no ha sido un tema pacífico en la sociedad y su regulación o implementación en varios países ha sido fallida. Existen diferentes motivos por los cuales la práctica de esta TRAH va en aumento, tal y como lo dice Candal (2010) existen distintas razones por las cuales aumenta el número de personas que optan por el uso de TRAH como un mayor número de especialistas, el creciente aumento de porcentajes de infertilidad, la dificultad que conlleva el proceso de adopción, la divulgación de del tema por los nuevos medios de difusión y las expectativas que generan estas prácticas.

La misma autora hace referencia al creciente aumento de anuncios en internet (tal y como está sucediendo en Colombia), en donde las mujeres ofrecen sus servicios en Argentina para alquiler de vientre con la finalidad de obtener una suma de dinero que les permita solventar sus necesidades económicas. De igual manera, pone como ejemplo casos ocurridos en Estados Unidos en donde las TRAH sólo están permitidas en algunos Estados.

Del mismo modo, Martínez S, (2018) en su trabajo “*Maternidad Subrogada*” muestra los tipos de maternidad subrogada y menciona que el Derecho debe atender estas nuevas realidades que traen consigo controversias que versan sobre religión, ética y derechos no solo de la mujer que presta su vientre, sino también del niño concebido por medio de esta TRHA, el cual tiene derecho a conocer su verdadera identidad legal y genética. Asimismo, el autor hace referencia a la falta de regulación en el ordenamiento jurídico venezolano, ya que a pesar de que, en el código civil de ese país, se menciona la inseminación artificial, han sido las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia las que han desarrollado el tema.

Algo que llama la atención de esta investigación es la consideración que el autor da de no permitir que rija la autonomía de la voluntad de los particulares que usan esta TRHA al ser un tema de orden público. En el caso de Colombia, al no existir regulación prima el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en este contrato atípico.

Otros trabajos como el de Hernández (2017) abogan por la protección de las partes involucradas (padres comitentes, mujer que va a prestar su vientre y el menor) mencionando la importancia de regular esta TRHA para generar una certeza jurídica y evitar el turismo

reproductivo promoviendo el interés superior del menor que fue concebido por medio de esta práctica.

En la misma línea Heredia (2019) teniendo en cuenta derechos fundamentales como la vida, integridad física, autonomía, dignidad, interés del menor y libre desarrollo de la personalidad de la madre gestante, menciona que la manera más correcta de abordar esta problemática es desde una perspectiva global pues como ha afirmado la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado las diferencias en las leyes nacionales de los Estados puede dar lugar a cuestiones complejas de derecho internacional privado sobre el establecimiento o reconocimiento de la filiación legal de los niños y esto podría afectar sus derechos.

Guzmán (2012) hace referencia al respeto que debe haber a la dignidad del “nuevo ser” considerando la maternidad subrogada como una especie de mercantilización de la filiación, en donde se cosifica al menor concebido por medio de esta práctica en donde sólo se acuerdan aspectos referentes hasta antes del nacimiento del menor. De igual manera, pone de manifiesto las posibles alteraciones psicológicas que puede llegar a padecer el menor.

El análisis comparativo del marco internacional y el desarrollo normativo sobre la maternidad subrogada revela diferencias significativas entre Colombia y otros países, tanto en Europa como en América Latina. En Colombia, la maternidad subrogada es considerada un contrato atípico y no cuenta con una regulación específica, aunque la Corte Constitucional ha establecido ciertas pautas a través de la jurisprudencia que ha desarrollado entorno a este tema.

Países como el Reino Unido han desarrollado marcos legales más claros que regulan esta práctica, permitiendo tanto la maternidad subrogada altruista como la comercial bajo ciertas condiciones. En el Reino Unido, por ejemplo, la Ley de Maternidad Subrogada de 1985<sup>21</sup> establece un marco legal que permite a las madres gestantes recibir compensación por gastos relacionados con el embarazo, aunque prohíbe cualquier forma de lucro (Gonzalez, 2020). Esta regulación busca proteger los derechos de todas las partes involucradas y garantizar que la maternidad subrogada se realice de manera ética. Por otro lado, en España, no existe una legislación específica sobre maternidad subrogada, el Tribunal Superior de Justicia ha reconocido la validez de los contratos de maternidad subrogada celebrados en el extranjero, siempre que se respetan los derechos del menor y se cumplen los requisitos legales establecidas en el país (Lozano et al., 2018).

---

<sup>21</sup> La ley de acuerdos de subrogación de 1985 prohibió la maternidad subrogada con móviles comerciales y permitió la altruista.

En Francia y Alemania, la maternidad subrogada es completamente ilegal. En Francia, el Código Civil prohíbe expresamente cualquier forma de maternidad subrogada<sup>22</sup> y considera nulos los contratos que pretenden regularla (Code Civil français, 2021). La postura francesa se basa en una visión ética que protege la dignidad humana y evita la mercantilización del cuerpo femenino. En Alemania, aunque se permite la inseminación artificial y otras técnicas de reproducción asistida, la gestación subrogada sigue siendo un tema controvertido y no está regulada legalmente (Gamboa Bernal, 2023)

En América Latina, países como Argentina han adoptado enfoques diferentes hacia la maternidad subrogada ya que, aunque no hay una legislación específica sobre esta práctica, varios fallos judiciales han reconocido contratos de maternidad subrogada celebrados en el extranjero. La jurisprudencia argentina ha enfatizado la importancia de proteger los derechos del niño nacido a través de este método (Scotti, 2014).

El contraste entre estos marcos normativos resalta las lagunas existentes en Colombia respecto a la regulación de la maternidad subrogada. Mientras que otros países han avanzado hacia legislaciones más claras que protegen a todas las partes involucradas y establecieron mecanismos para resolver conflictos potenciales, Colombia aún enfrenta desafíos significativos para formalizar un marco legal que regule adecuadamente esta práctica. La falta de claridad normativa puede dar lugar a situaciones problemáticas en caso de incumplimiento contractual o conflictos sobre los derechos parentales que suponen desafíos jurídicos que deben ser abordados por la academia. Además, es fundamental establecer un control o registro de las mujeres que se dedican a la maternidad subrogada, así como asegurarse de que la compensación que reciban esté destinada exclusivamente a cubrir los gastos asociados con el embarazo. Esto es importante para prevenir que esta práctica se transforme en una forma de comercialización de personas.

## 11 CAPÍTULO V

### 11.1 La Regulación de la Maternidad Subrogada y Las Alternativas de Solución que Pueden Implementarse

La regulación de la maternidad subrogada en Colombia ha sido un tema poco pacífico en la sociedad y de gran debate e interés en la academia. Desde 1998 se han presentado al menos 18

---

<sup>22</sup> El artículo 47 del Código Civil Frances sin embargo establece que cualquier acto de estado civil de los franceses y de los extranjeros realizado en un país extranjero y redactado en los formularios habituales se presume auténtico.

proyectos de ley que han buscado modificar el Código Civil colombiano para regular esta práctica. A partir de la sentencia T-968 de 2009 emitida por la Corte Constitucional se reconoció la maternidad subrogada como una opción válida para personas que enfrentan dificultades para concebir. Sin embargo, a pesar de este reconocimiento, al no existir una regulación que prohíba o permita esta práctica, hace que Colombia sea un mercado de reproducción atractivo para el mundo.

La falta de un marco regulatorio ha llevado a situaciones problemáticas donde los acuerdos entre las partes se realizan sin supervisión legal adecuada, lo que puede resultar en conflictos judiciales y vulneración de derechos (Corte Constitucional, 2024).

La Asociación de Centros Colombianos de Reproducción Humana (ACCER) comunicó el 25 de julio de 2023 que esta agremiación médica elaboró un "Manual de recomendaciones para subrogación uterina", con la finalidad de establecer las mejores condiciones para el tratamiento de reproducción asistida, protegiendo tanto a la mujer gestante como a los padres intencionales y al neonato (Corte Constitucional, 2024).

Pese a esto, también es cierto que los últimos dos proyectos que buscaron regular esta TRHA fracasaron en el Congreso. El primero, fue el proyecto radicado por el congresista Alejandro Ocampo, que presentaba serios problemas inconstitucionales en cuanto a terminología y que buscaba regular la maternidad subrogada con un enfoque en la indemnización a las gestantes con el acompañamiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). El segundo, fue el proyecto de ley PLE 345/2023 presentado por el Gobierno nacional con ocasión al exhorto que hizo la Corte Constitucional por medio de la Sentencia T- 275 de 2022, el cual fue promovido por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Salud. Este proyecto establecía parámetros para regular el proceso asistencial y clínico relacionado con la subrogación uterina. Incluía disposiciones sobre el consentimiento informado, el manejo de tejidos reproductivos y embriones, así como la filiación del niño resultante de esta práctica. Además de contar con el respaldo de La Academia Nacional de Medicina, destacando la necesidad urgente de legislar sobre el tema para proteger a las mujeres que optan por ser gestantes altruistas y garantizar condiciones dignas durante todo el proceso (Cámara de Representantes, 2023).

La Corte Constitucional de Colombia ha emitido varias recomendaciones clave para la regulación de la maternidad subrogada, enfatizando la necesidad de establecer un marco legal que proteja los derechos de todas las partes involucradas. En la sentencia T-127 de 2024, la Corte subrayó la importancia de garantizar el bienestar del menor, sugiriendo que cualquier regulación

debe contemplar la protección integral de los derechos del niño nacido y se recomendó la implementación de mecanismos claros para el consentimiento informado de las gestantes, asegurando que comprendan plenamente las implicaciones legales y emocionales del proceso. Esta orientación busca prevenir situaciones de explotación y asegurar que las gestantes actúen en un entorno que respete su dignidad y autonomía.

Tal y como lo indica Guío Camargo y Woolcott Oyague (2024), El enfoque legal para regular la maternidad subrogada debe fundamentarse en los principios constitucionales que sustentan el sistema jurídico. En otras palabras, la base para abordar este tema reside en los principios fundamentales del ordenamiento legal, a partir de los cuales se pueden desarrollar políticas legislativas que guíen la implementación de estas técnicas de reproducción asistida.

De acuerdo a lo anterior, los suscritos también consideramos que es necesaria una regulación que aborde temas como la filiación, los derechos del niño concebido por medio de esta práctica, la protección del nasciturus en estos casos. Además, dicha regulación debe propender por tener un contenido con un enfoque de género que evite la explotación de las mujeres y la posible comercialización de personas. Es necesario también, dejar inmersa la responsabilidad que se deriva de la madre gestante y de los padres comitentes y si es posible, evitar que esta práctica sea realizada por extranjeros en Colombia. Por lo tanto, a continuación, se deja una propuesta para la regulación.

### **PROYECTO DE LEY 511 DE 2024**

*“Por medio del cual se regula la práctica y contrato de maternidad subrogada en Colombia”*

#### **PREÁMBULO**

Este proyecto de ley tiene como objetivo regular la práctica de la maternidad subrogada en Colombia, estableciendo un marco legal que garantice los derechos de todas las partes involucradas, en especial los de la mujer gestante y el recién nacido como sujeto de especial protección constitucional, en cumplimiento con las recomendaciones establecidas por la Corte Constitucional y lo abordado por diferentes trabajos académicos.

**Artículo 1.** Objeto de la Ley. La presente ley tiene por objeto regular la maternidad subrogada en Colombia, permitiendo únicamente la práctica altruista y prohibiendo cualquier forma de lucro en los acuerdos de subrogación.

**Artículo 2.** Definiciones. Para los efectos de esta ley, se entiende por:

**Maternidad Subrogada:** Acuerdo mediante el cual una mujer (gestante) acepta llevar a término un embarazo con el propósito de entregar al recién nacido a otra persona o pareja (comitente).

**Comitente:** Persona o pareja que solicita la gestación subrogada y que no puede concebir por sí misma.

**Artículo 3.** Requisitos para la Mujer Gestante. La mujer gestante deberá cumplir con los siguientes requisitos:

Ser mayor de edad.

Tener capacidad psicofísica adecuada, comprobada mediante exámenes médicos.

Haber tenido al menos un hijo biológico.

No tener como objetivo un fin lucrativo, sino el deseo de ayudar a otras personas.

**Artículo 4.** Prohibiciones. Se prohíbe:

La maternidad subrogada con fines de lucro.

Cualquier forma de mediación lucrativa entre las partes.

La cosificación del recién nacido.

La disposición del propio cuerpo contraria a lo establecido en esta ley.

**Artículo 5.** Consentimiento Informado. El consentimiento informado deberá ser obtenido antes de cualquier procedimiento relacionado con la maternidad subrogada, asegurando que todas las partes comprendan plenamente los términos del acuerdo.

**Artículo 6.** Exámenes y Valoraciones. La mujer gestante estará obligada a someterse a exámenes médicos y valoraciones psicológicas antes, durante y después del embarazo, asegurando su salud y bienestar.

**Artículo 7.** Protección del Recién Nacido. El recién nacido no podrá ser rechazado bajo ninguna circunstancia por parte de los padres biológicos.

**PARAGRAFO.** En caso de fallecimiento de los padres biológicos antes del nacimiento, se garantizará la protección del menor conforme a lo establecido en esta ley.

**Artículo 8.** Interrupción del Embarazo. La mujer gestante solo podrá interrumpir el embarazo por prescripción médica y en situaciones que comprometan su salud o vida.

**Artículo 9.** Identidad y Registro Civil. Se establecerán mecanismos para preservar la identidad de todas las partes involucradas y se garantizará que la mujer gestante no sea registrada como madre biológica en el registro civil.

**Artículo 10.** Filiación. Los padres comitentes serán reconocidos como los padres legales del niño desde el momento del nacimiento.

Se garantizará que el niño concebido mediante maternidad subrogada tenga acceso a todos los derechos inherentes a su filiación, incluyendo identidad, nacionalidad y protección legal.

**Artículo 11.** Seguimiento y Control. Se creará un sistema de seguimiento para garantizar el cumplimiento de esta ley, así como un registro estadístico sobre los procesos de maternidad subrogada, evitando así la desprotección del menor.

**Artículo 12.** Protección del Nasciturus. Se reconoce al nasciturus como sujeto de derechos desde su concepción, garantizando su protección integral durante el proceso gestacional.

**Artículo 13.** Responsabilidad. La mujer gestante será responsable por cualquier daño que cause al recién nacido durante el embarazo si actúa con negligencia o incumple con las obligaciones establecidas en esta ley.

Los padres comitentes serán responsables por el bienestar del niño desde su nacimiento, incluyendo su educación y cuidado.

**Artículo 14.** Exclusión para Extranjeros. La maternidad subrogada no podrá ser solicitada por personas o parejas extranjeras en territorio colombiano, garantizando así que esta práctica se realice únicamente entre ciudadanos colombianos.

**Artículo 15.** Incumplimiento. En caso de incumplimiento por parte de cualquiera de las partes involucradas en el acuerdo de subrogación, se deberá compensar a título de daños y perjuicios a la parte afectada conforme a lo establecido un Juez.

**Artículo 16.** Compensación durante el embarazo. La mujer gestante recibirá una compensación económica por los gastos relacionados con el embarazo, el parto y el postparto, así como por las implicaciones que esta práctica conlleva. Esta compensación será de carácter altruista y no podrá ser considerada como un pago por la venta de su capacidad reproductiva.

La compensación económica se establecerá en un monto total que no podrá ser inferior a seis (6) salarios mínimos mensuales legales vigentes, distribuidos en cuotas mensuales durante el periodo de gestación y hasta tres meses después del parto. Este monto deberá ser acordado previamente en el contrato de subrogación.

La compensación económica deberá cubrir, entre otros, los siguientes conceptos:

1. Gastos médicos relacionados con el control prenatal, el parto y el postparto.
2. Gastos de transporte y alimentación necesarios durante el embarazo.
3. Asesoramiento psicológico y legal que la mujer gestante requiera durante el proceso.
4. Indemnización por pérdida de ingresos si la mujer gestante debe ausentarse de su trabajo debido a complicaciones relacionadas con el embarazo.

**PARAGRAFO:** La mujer gestante deberá presentar comprobantes de los gastos incurridos para acceder a la compensación.

La compensación se entregará bajo la supervisión de una entidad competente que garantice su correcta distribución y uso.

**Artículo 17.** Protección contra explotación. Se establecerán mecanismos para asegurar que la compensación no derive en una explotación económica de la mujer gestante, garantizando que su decisión sea libre y voluntaria, sin coerción ni presión económica.

**Artículo 18.** Disposiciones Finales. Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación y se dictarán las normas necesarias para su implementación efectiva.

Como en momento se ve lejana una posible regulación, al existir un interés de parte del Congreso de debatir sobre otros asuntos, una alternativa innovadora para abordar el conflicto generado por la falta de regulación en la maternidad subrogada en Colombia, desde la academia se podrían utilizar redes sociales para difundir información de esta TRHA y contrato atípico. A través de campañas de sensibilización y educación dirigidas tanto a la comunidad universitaria como al público en general.

La utilización de redes sociales permitirá un alcance amplio y efectivo, facilitando el acceso a información crítica que puede ayudar a las partes interesadas a comprender mejor sus derechos y responsabilidades. Además, se aprovechará la emisora universitaria para llevar a cabo programas y entrevistas con profesionales en derecho que puedan otorgar puntos de vista en torno al tema de investigación. La creación de estos espacios académicos y mediáticos tiene el potencial de contribuir significativamente a una mayor comprensión social del tema. Al fomentar un diálogo informado sobre la maternidad subrogada, se espera mitigar conflictos futuros relacionados con esta práctica y servir como base para una futura regulación. La educación pública y el acceso a información confiable son fundamentales para preparar a la sociedad para enfrentar los desafíos jurídicos que se presentan por estas prácticas en un contexto donde aún prevalece la incertidumbre

legal. Actualmente, ya está circulando un video en la plataforma Youtube, que explica en qué consiste esta TRHA, aspectos relevantes a la hora de celebrar este contrato, prohibiciones y responsabilidades.

## **12 Formulación de Hipótesis**

“La falta de una regulación específica sobre el contrato de maternidad subrogada en Colombia genera incertidumbre legal y vulnerabilidad para las partes que celebran este contrato de naturaleza atípica, lo que se traduce en conflictos judiciales y en la violación de derechos”

## **13 Marco Metodológico**

### **13.1 Líneas de Investigación**

De acuerdo con Bobbio (2023), una investigación socio-jurídica se basa en los estudios sobre la eficacia de la norma jurídica, en otras palabras, el derecho en la práctica. La investigación socio-jurídica se enfoca en problemas sociales relacionados con temáticas jurídicas. En la presente investigación, al no existir una regulación de la maternidad subrogada, se puede evidenciar que las normas vigentes no son eficaces, ya que no abordan por completo la realidad social. Esto deja un vacío jurídico en el que las madres gestantes, padres comitentes y los niños concebidos por medio de esta práctica pueden verse expuestos a una violación de sus derechos.

Siguiendo el acuerdo No. 069 de 2022 “Por el cual se actualizan las líneas institucionales de investigación para la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca”, la presente investigación se encuentra inmersa dentro de las siguientes líneas de investigación:

Estado, sociedad y cultura, teniendo en cuenta que aborda las problemáticas que surgen en el ámbito social y público en aras por responder a las tensiones que se generan al momento de implementar los derechos a nivel nacional e internacional, al no existir una regulación de la practica de esta TRHA.

Vida y salud, la cual está orientada al diagnóstico y tratamiento de las enfermedades en los seres vivos, dado el aumento en casos de infertilidad, se estudia el concepto de calidad de vida en los diferentes ámbitos humanos, desde un modelo bio-psico-socio-cultural, focalizando necesidades y facilitando la toma de decisiones en variables relevantes para la calidad de vida, esto se podría traducir en la necesidad o deseo de concebir de personas que acuden a estas TRHA.

Ética y bioética, ya que al ser una investigación que aborda los aspectos relacionados con la maternidad subrogada se enmarca en esta línea de investigación. Esto debido a sus complejas

implicaciones éticas, legales y sociales, que no solo involucra esta TRHA, sino que también plantea cuestiones fundamentales sobre la dignidad humana y los derechos de las partes que celebran este contrato.

### **13.2 Tipos de Investigación**

La presente investigación se clasifica como descriptiva debido a su enfoque en detallar las características y la situación actual de los contratos de maternidad subrogada en el contexto colombiano. Según el portal Concepto.de, una investigación descriptiva tiene como objetivo especificar las propiedades del fenómeno estudiado, ofreciendo un panorama claro y completo del tema. En este sentido, la investigación busca proporcionar una representación precisa y sistemática de la realidad observada en relación con los desafíos jurídicos que presentan los contratos de maternidad subrogada en Colombia, debido a su naturaleza atípica (Concepto.de, s.f.).

Solano de Jinete y Sepúlveda López (2008), indican que con la investigación descriptiva se busca especificar propiedades, características, perfiles de grupos, personas, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis, como es el caso de la presente investigación, en donde se analizan los principales desafíos jurídicos que enfrentan los contratos de maternidad subrogada en Colombia.

Como lo señala Sampieri (2014) las investigaciones descriptivas, son todas aquellas que se orientan a recolectar informaciones relacionadas con el estado real de las personas, objetos, situaciones o fenómenos, tal cual como se presentaron en el momento de su recolección.

### **13.3 Técnicas por Aplicar**

En la presente investigación se aplicó un sistema de análisis de contenido, estudiando comunicaciones escritas de manera sistemática con la finalidad de discernir su contenido e individualizar las creencias de los investigadores que han abordado lo referente a la maternidad subrogada. Según Bardin (2011), el análisis de contenido es una técnica que permite interpretar y analizar la información textual para extraer significados y patrones relevantes en el contexto del fenómeno estudiado.

## **14 Descripción, análisis e interpretación de la información**

Este apartado se centra en la recopilación y evaluación de datos relevantes que permiten comprender la complejidad del fenómeno de la maternidad subrogada como contrato atípico en el contexto colombiano.

### **14.1 Descripción de la Información Recopilada**

En primer lugar, se llevó a cabo una exhaustiva revisión bibliográfica que incluyó materiales videográficos, sentencias de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, artículos académicos y estudios previos sobre maternidad subrogada tanto en Colombia como en otros países. Se identificaron las principales fuentes de información que abordan los aspectos jurídicos y sociales relacionados con esta práctica.

La información recopilada se organizó en categorías temáticas que reflejan los distintos aspectos del fenómeno. Estas categorías incluyen la validez y naturaleza atípica de los contratos de maternidad subrogada, el desarrollo jurisprudencial en Colombia y las comparaciones con normativas internacionales. Este enfoque estructurado facilitó un análisis más profundo y detallado de cada uno de los elementos involucrados.

### **14.2 Análisis de la Información**

El análisis de la información recopilada se realizó mediante un enfoque cualitativo que permitió identificar patrones y tendencias significativas. Se examinaron las sentencias emitidas por la Corte Constitucional colombiana en relación con la maternidad subrogada, destacando cómo estas decisiones han influido en la interpretación legal los contratos de maternidad subrogada y en el reconocimiento de derechos de los padres comitentes. Asimismo, se llevó a cabo un análisis comparativo con otros países que han regulado la maternidad subrogada. Este ejercicio permitió identificar experiencias en el marco internacional que podrían ser aplicables al contexto colombiano.

### **14.3 Interpretación de los Resultados**

La interpretación de los resultados obtenidos del análisis revela una serie de conclusiones significativas. En primer lugar, se confirma la hipótesis inicial de que la falta de regulación específica genera incertidumbre legal y vulnerabilidad para las partes involucradas. Esta situación no solo crea un entorno propenso a conflictos judiciales, sino que también pone en riesgo el bienestar emocional y psicológico tanto de las gestantes como de los padres intencionales.

Además, se destaca la necesidad urgente de legislar sobre los contratos de maternidad subrogada en Colombia. La comparación con otros sistemas jurídicos demuestra que una regulación adecuada puede ofrecer seguridad jurídica y proteger los derechos fundamentales de la madre gestante, el menor concebido y los padres comitentes.

## 15 Conclusiones

La maternidad o gestación subrogada ha tomado gran relevancia en Colombia, tanto en la academia como en la sociedad por los desafíos jurídicos que se han desprendido de esta TRHA, debido a la creciente demanda de personas con problemas de infertilidad a la que acuden no solo colombianos, sino también extranjeros.

Aunque se reconoce y permite la práctica de la gestación o maternidad subrogada, al no estar regulada en el ordenamiento jurídico colombiano da pie para que haya riesgos relacionados a la comercialización de personas y vulneración de derechos de los niños concebidos por medio de esta TRHA, las madres gestantes y los padres comitentes.

De los casos que ha conocido la Corte Constitucional y dada la falta de regulación se pueden presentar varios desafíos jurídicos como la incertidumbre legal que genera el contrato atípico donde predomina la autonomía de las partes y en donde no hay claridad de lo que pasaría en caso de un incumplimiento; los derechos de los niños concebidos por medio de esta TRHA al no existir una claridad de la filiación y custodia en los casos de la muerte de los comitentes; la posible explotación de la madre gestante en caso de que los comitentes no cumplan con lo pactado en el contrato.

El contrato de maternidad subrogada en Colombia se presenta como un acto atípico que, ha sido reconocido por La Corte Constitucional. Este contrato debe tener unos elementos esenciales para su validez, como la manifestación de voluntad, el objeto del contrato y los requisitos de capacidad y causa lícita. Estos elementos son cruciales para asegurar que el acuerdo se ajuste a los principios del derecho privado, lo que permite a las partes definir sus derechos y obligaciones en un contexto donde la incertidumbre legal es predominante.

Es necesaria una regulación que aborde aspectos investigados desde la academia, como también la implementación de las recomendaciones hechas por la Corte Constitucional. Tal regulación debe propender por defender los derechos del menor nacido, padres comitentes y contar con un enfoque de género que proteja a la mujer que presta su vientre. Además, se debe establecer

la responsabilidad de las entidades que harían seguimiento a esta práctica para evitar la comercialización de personas, procurando que los fines sean realmente altruistas.

A pesar de que en Colombia se han presentado cerca de 18 proyectos de ley que han buscado la regulación de la gestación subrogada, ninguno ha tenido éxito y han terminado archivados. Por ende, se hace necesario hacer uso de la academia y las redes sociales para informar a la comunidad en general sobre este contrato. A medida que la práctica de la maternidad subrogada sigue avanzando y tomando popularidad, se hace necesario propender por una regulación que tome como referencia algunos ejemplos de países extranjeros, que tenga en cuenta las consideraciones dadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia y por la academia a través de los diferentes trabajos de investigación que existen.

### **16 Alternativas de Solución Socio Jurídicas**

Al tratarse de una investigación de carácter socio jurídica, a continuación, se presentarán dos alternativas de solución. Una de carácter netamente jurídico y otra con un enfoque más social.

Para empezar, como ya se dijo con anterioridad es necesaria una regulación que ponga fin al intenso debate que ha generado esta problemática en Colombia. Para esto, por medio de esta investigación se propone una regulación normativa de acuerdo con la naturaleza del contrato que se suscribe entre las partes, en donde se tengan en cuenta los siguientes aspectos:

En primera instancia, se debe tener en cuenta el consentimiento informado, donde la mujer que presta su vientre este segura de los riesgos y consecuencias que conlleva celebrar este contrato; Prohibición de lucro, como ya se había mencionado, los fines de esta práctica deben ser de carácter altruista para evitar la explotación de las mujeres en situaciones vulnerables y la posible comercialización de personas; Protección del menor, es el punto más relevante al ser sujetos de especial protección constitucional, se deben garantizar sus derechos a la identidad, filiación, cuidado y familia; Requisitos para celebrar este contrato, en cuanto a la madre, debe acreditar ser mayor de edad y gozar de un estado de salud adecuado, no tener problemas psicológicos que puedan afectar el desarrollo exitoso del contrato, no haber servido con anterioridad como madre subrogante y de acuerdo a lo recomendado por la Corte Constitucional debe haber tenido un hijo previamente. Ahora bien, frente a los padres comitentes, es importante señalar que estos deben demostrar que tienen problemas de fertilidad o condiciones médicas que impidan concebir, además de someterse también a un examen psicológico.

Frente al contrato celebrado, al aprobarse una regulación, lógicamente cambiaría su naturaleza atípica. Este contrato debe contemplar los derechos y deberes que deben tener las partes, incluyendo el cuidado médico durante el embarazo, los gastos que deben sufragar los comitentes y la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de alguna de las partes. Asimismo, deben existir cláusulas sobre el bienestar del menor buscando que cualquier decisión sea tomada en pro del interés superior del niño y delimitar como se llevará a cabo el registro del menor y la transmisión de derechos parentales.

Por último, es importante la creación de un organismo regulador que supervise los procesos de maternidad subrogada con facultades para realizar auditorías a las clínicas o agencias que ofrecen dichos servicios. Esta entidad, tendría que manejar una base de datos con información de las mujeres que han servido como madres subrogantes para evitar que pueda hacerlo en más de una ocasión. Además, tendría que tener la potestad de imponer sanciones a quienes violen las disposiciones legales, realizando la práctica con fines lucrativos o comerciales.

Ahora bien, dada la remota probabilidad de que se regule la práctica de la maternidad subrogada en Colombia en un futuro cercano, así como la escasa información disponible acerca de este contrato, esta investigación propone una alternativa innovadora para abordar e informar sobre esta TRHA. Se sugiere utilizar plataformas de redes sociales con el objetivo de difundir información sobre el contrato atípico de maternidad subrogada. A través de campañas de sensibilización y educación dirigidas tanto a la comunidad universitaria como al público general, se busca aumentar el conocimiento sobre esta práctica.

## 17 Referencias

- MedlinePlus. (n.d.). *MedlinePlus: Your online health information resource*. National Library of Medicine. Recuperado de <https://medlineplus.gov/>
- Ámbito Jurídico. (2024). *¿En qué está Colombia con la gestación subrogada?* <https://www.ambitojuridico.com/noticias/constitucional/en-que-esta-colombia-con-la-gestacion-subrogada>
- Areiza Valencia, L. (2019). *La viabilidad de la maternidad subrogada en Colombia desde la teoría del negocio jurídico* [Tesis de maestría, Universidad Nacional]. Repositorio Institucional de la Universidad Nacional. Recuperado de <https://repositorio.unal.edu.co/>

- Becerra Becerra, G., & Mejía Abello, R. (2022). *Filiación entre la madre que alquila su vientre y el hijo producto de dicha técnica de reproducción en Colombia*. Recuperado de <https://hdl.handle.net/10901/24053>
- Candal, L. (2010). *La “maternidad intervenida”: Reflexiones en torno a la maternidad subrogada*. Universidad de Buenos Aires, 1-15. Recuperado de <https://redbioetica.com.ar/>
- Capella, V. B. (2017). *Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista*. Cuadernos de bioética, 28(2), 229-243. Recuperado de <https://www.redalyc.org/>
- Casado Domech, A. de M. (2018). *Los límites de la autonomía privada en los negocios jurídicos*. Recuperado de <https://repositorio.comillas.edu/>
- Corte Suprema de Justicia. (2017). *Sentencia SC6359*. Recuperado de <https://cortesuprema.gov.co/sala-civil-relatoria/>
- Corte Suprema de Justicia. (2021). *Sentencia SC2218-2021*. Recuperado de <https://cortesuprema.gov.co/sala-civil-relatoria/>
- Cortés Falla, M. (2004). *Comentarios a los negocios atípicos en Colombia*. Recuperado de <https://repository.unab.edu.co/>
- Cruz Méndez, J. M. (2012). *La maternidad subrogada*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, 30, 639-654. Recuperado de <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/afdue30&div=29&id=&page=>
- Espejo Yaksic, N., Fenton-Glynn, C., Lathrop Gómez, F., & Scherpe, J. M. (2022). *La gestación por subrogación en América Latina*. México: Suprema Corte de Justicia. Recuperado de <https://biblioteca.enj.org/>
- Flórez, A. S. (2013). *Los contratos atípicos y los mecanismos para su interpretación*. Revista Análisis Internacional, (7), 20-20. Recuperado de <https://revistas.utadeo.edu.co/>
- Gamboa-Bernal, G. A. (2023). *Maternidad subrogada a debate*. Persona y Bioética, 27(1). Recuperado de <http://www.scielo.org.co/>
- González, N. I. (2020). *La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España*. Política y Sociedad, 57(3), 887. Recuperado de <https://www.proquest.com/>

- Guzmán, J. L., & Miralles, Á. A. (2012). *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*. Cuadernos de bioética, 23(2), 253-267. Recuperado de <https://www.redalyc.org/>
- Heredia, A. V. (2019). *La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales*. Teoría y realidad constitucional, (43), 421-440. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/>
- Hernández, J. G. (2017). *La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)*. Revista Aranzadi Doctrinal, 1. Recuperado de <https://produccioncientifica.uhu.es/>
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Boletín Oficial del Estado, n.º 126, de 27 de mayo de 2006. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-10216>
- López, M. E. C. (2005). *Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana*. Revista E-Mercatoria, 4, 1. Recuperado de <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/revemerc4&div=6&id=&page=>
- Lozano, R. O., Díaz, J. A. Á., Ruiz-Valdepeñas, B. H., & Gonzalez, M. A. S. (2018). *Gestación subrogada: aspectos éticos*. Dilemata, (28), 63-74. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/>
- Martínez, H. J. (2018). *Maternidad subrogada*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, No. 10, 270. Recuperado de <https://rvlj.com.ve/>
- Melo-González, A. M. (2023). *Un estudio del contrato de maternidad subrogada como una nueva forma de concebir en Colombia* [Tesis de maestría, Universidad Católica de Colombia]. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/>
- Méndez Guzmán, R., & Contreras Garibello, J. C. (2019). *Métodos de reproducción asistida en Colombia*. Universidad Cooperativa de Colombia.
- Monroy Cabra, G. (2017). *Derecho de familia y de menores*. Jurídicas Wilches.
- Naranjo, G. P. (1997). *La ley colombiana ante la reproducción asistida*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 98, 104-116.
- National Cancer Institute. (n.d.). *Diccionario de cáncer*. Recuperado de <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionarios/diccionario-cancer/>

- Ortega Lorenzo, L. (2017). *La maternidad subrogada: limitaciones existentes en nuestra regulación y legislación comparada con otros países*. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6694794.pdf>
- Ospina Fernández, G., & Ospina Acosta, E. (2022). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (7. ed.). Editorial Temis.
- Pacheco Chaparro, J. M., Monsalve León, M. A., & Torregrosa Donado, I. (año). *Los elementos del contrato de maternidad subrogada*. Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/>
- Santamaría Solís, L. (2000). *Técnicas de reproducción asistida, aspectos bioéticos*. Cuadernos de bioética, 1(41), 37-47.
- Scotti, L. B. (2014). *La maternidad subrogada en la legislación y jurisprudencia argentinas*. Revista digital En Letra, 1(1), 47-78. Recuperado de <https://revistaenletra.wordpress.com/>
- Los Informantes. (2024). *El controversial mundo de la maternidad subrogada: el vacío legal y la alta demanda* [Video]. Caracol Televisión. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=2njsJM3Shy0>
- *Código Civil Colombiano*. (1887). *Ley 57 de 1887*. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535>
- *Constitución Política de Colombia*. (1991). Recuperado de <https://www.constitucioncolombiana.com/>
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia T-968 de 2009. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-968-09.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia T-316 de 2018. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-316-18.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022). Sentencia T-357 de 2022. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-357-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022). Sentencia T-275 de 2022. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-275-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2024). Sentencia T-127 de 2024. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2024/T-127-24.htm>

- Cámara de Representantes de Colombia. (2023). *Proyecto de ley 345 de 2023: Subrogación uterina*. Recuperado de <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2023-02/P.L.E.345-2023C%20%28SUBROGACION%20UTERINA%29.pdf>
- Barrios De la Cruz, C. del C., Criado de Diego, M., Estupiñán Achury, L., Leiva Ramírez, E., Novoa Moreno, M. L., Pabón Mantilla, A. P., & Parra Sánchez, D. T. (2021). *Manual de metodología de investigación jurídica para la práctica judicial en la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"*. Editorial.
- Jurado, Y. (2005). *Técnicas de investigación documental*. Thomson.
- Bobbio, N. (2023). *Teoría de la norma jurídica*. Temis.
- Babbie, E. (2016). *The practice of social research* (14th ed.). Cengage Learning.
- Creswell, J. W. (2014). *Research design: Qualitative, quantitative, and mixed methods approaches* (4th ed.). Sage Publications.
- Denzin, N. K., & Lincoln, Y. S. (Eds.). (2011). *The SAGE handbook of qualitative research* (4th ed.). Sage Publications.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. P. (2014). *Metodología de la investigación* (6th ed.). McGraw-Hill.
- Concepto.de. (s.f.). Investigación descriptiva. Recuperado de <https://concepto.de/investigacion-descriptiva/>
- Guío Camargo, R. E., & Woolcott Oyague, O. (2024). Confrontación de principios en la regulación de la maternidad subrogada: Mirada desde la experiencia comparada y el derecho colombiano. *Revista chilena de derecho y ciencia política*, 15.
- Solano de Jinete, N., & Sepúlveda López, M. (2008). *Metodología de la investigación social y jurídica*. Editorial Ibáñez