

Implicaciones jurídicas de las personas que intervienen en el proceso de maternidad subrogada por falta de regulación en el ordenamiento jurídico colombiano en el periodo comprendido durante el año 2009 hasta el año 2025.

Jimmy Santiago Riascos Arias, y Ricardo Esteban Velasco Pai

Programa de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Universidad CESMAG

Trabajo de grado

Esp. Over Hernán Aux Patiño

1 de junio de 2026

Implicaciones jurídicas de las personas que intervienen en el proceso de maternidad subrogada por falta de regulación en el ordenamiento jurídico colombiano en el periodo comprendido durante el año 2009 hasta el año 2025.

Jimmy Santiago Riascos Arias y Ricardo Esteban Velasco Pai

Programa de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Universidad CESMAG

Nota del autor

El presente Trabajo de Grado tiene como propósito cumplir el requisito exigido para optar al título de pregrado como abogados en la Universidad CESMAG

La correspondencia referente a este trabajo debe dirigirse al Programa de Derecho de la Universidad CESMAG. Correo electrónico: derecho@unicesmag.edu.co

Nota de Aceptación

Firma del presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

NOTA DE
EXCLUSIÓN

El pensamiento que se
expresa en este trabajo de
grado es exclusivamente
responsabilidad del autor y
no compromete la
ideología de la
Universidad CESMAG.

Dedicatoria.

Dedicamos este trabajo, en primer lugar, a Dios, por guiarnos a lo largo de este camino, brindarnos fortaleza en los momentos difíciles, sabiduría para afrontar cada desafío y la oportunidad de culminar una etapa tan importante de nuestras vidas.

Jimmy Santiago Riascos Arias dedica este logro a su madre, Diana Carolina Arias Cruz, y a su padre, Jimmy Riascos Caicedo, quienes con su amor, esfuerzo, sacrificio y apoyo incondicional han sido pilares fundamentales en su formación personal y profesional. Gracias por cada consejo, cada palabra de aliento y por creer siempre en sus capacidades. A su abuelo, Jaime Riascos Segovia, por su ejemplo de vida, sus enseñanzas y el legado de valores que han servido de inspiración para alcanzar esta meta. A su hermano, Andrés Felipe Riascos Arias, por su compañía, apoyo y por compartir cada paso de este proceso, convirtiéndose en una motivación constante para seguir adelante. De igual manera, a su tía Katerine Arias Cruz, por su cariño, respaldo y confianza permanente durante este camino académico.

Ricardo Esteban Velasco Pai dedica este logro a sus padres, Luis Emiro Velasco Fajardo y Martha Aracely Pai Silva, quienes, con su amor incondicional, esfuerzo, dedicación y sacrificio han sido el motor que impulsó cada uno de sus sueños. Gracias por acompañarlo en cada etapa de su vida, por enseñarle el valor de la perseverancia, la responsabilidad y la honestidad, y por brindarle siempre su apoyo en los momentos de dificultad. Este logro es también de ustedes, porque cada esfuerzo realizado y cada enseñanza recibida hicieron posible alcanzar esta meta.

A sus hermanos, Jorge Luis Velasco, Santiago Velasco y Manuel Velasco, por ser compañeros de vida, fuente de inspiración y apoyo permanente. Gracias por las palabras de aliento, por compartir alegrías y dificultades, y por recordarle siempre la importancia de seguir adelante sin importar los obstáculos.

A Daniela Ortiz Santander, por su amor, comprensión, paciencia y compañía incondicional durante este proceso. Gracias por estar presente en los momentos de incertidumbre, por brindar ánimo cuando más se necesitaba y por creer siempre en la capacidad de alcanzar este objetivo. Su apoyo y confianza fueron fundamentales para culminar esta etapa académica.

Finalmente, dedicamos este trabajo a nuestras familias, amigos y a todas aquellas personas que, de una u otra manera, contribuyeron a nuestro crecimiento personal y profesional. Este logro representa el resultado de años de esfuerzo, dedicación y perseverancia, pero también el reflejo del apoyo, la confianza y el cariño de quienes nos acompañaron en este camino.

Agradecimientos.

Expresamos nuestro más sincero agradecimiento a Dios por permitirnos culminar esta importante etapa de formación profesional, brindándonos la fortaleza, la disciplina y la perseverancia necesarias para alcanzar este logro académico.

A la Universidad Cesmag, a la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas y al programa de Derecho, por proporcionarnos los espacios de formación, los conocimientos y las herramientas necesarias para nuestro crecimiento profesional y personal, contribuyendo de manera significativa a la construcción de las competencias que hoy nos permiten culminar esta investigación.

A nuestros docentes, quienes a lo largo de nuestra formación académica compartieron sus conocimientos, experiencias y enseñanzas, aportando de manera invaluable a nuestro desarrollo como futuros profesionales del Derecho. Su compromiso con la educación y la formación integral de los estudiantes constituye una fuente permanente de inspiración.

De manera especial, agradecemos a nuestro director de trabajo de grado el docente Over Hernán Aux Patiño por su orientación, acompañamiento y disposición durante el desarrollo de la investigación. Sus observaciones, recomendaciones y aportes académicos fueron fundamentales para fortalecer el contenido y la calidad de este trabajo.

Asimismo, expresamos nuestro profundo agradecimiento a Ana Sofía Morales, quien durante una parte significativa del proceso investigativo formó parte de este proyecto como compañera de investigación. Reconocemos y valoramos su compromiso, dedicación, esfuerzo y aportes académicos, los cuales contribuyeron al desarrollo y fortalecimiento de esta investigación. Su participación durante las etapas iniciales del trabajo constituyó un apoyo importante para la consolidación de ideas, el análisis de la información y la construcción de los fundamentos que hicieron posible el avance de este proyecto académico.

Igualmente, agradecemos a los docentes evaluadores y a todas las personas que contribuyeron con sus comentarios, sugerencias y observaciones, permitiendo enriquecer el análisis jurídico desarrollado en esta investigación.

Finalmente, expresamos nuestro reconocimiento a los autores, investigadores, instituciones y operadores jurídicos cuyas contribuciones doctrinales, normativas y jurisprudenciales sirvieron de fundamento para el desarrollo de este estudio, permitiendo profundizar en el análisis de las implicaciones jurídicas derivadas de la falta de regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano.

Contenido

Resumen	10
Introducción	12
1. Problema de Investigación	14
1.1 Objeto o Tema de Estudio	14
1.2 Línea de Investigación	14
1.2.2 Derecho, Innovación y Desarrollo Social - DIDS	14
1.3 Planteamiento o Descripción del Problema	14
1.4 Formulación del Problema	17
1.5 Objetivos	17
1.5.2 Objetivo General	17
1.5.3 Objetivos Específicos	17
2.1 Justificación	18
3. Marco Referencial	20
3.1 Antecedentes	20
3.2 Marco Teórico	24
3.2.1 Referente Histórico	24
3.2.2 Referente Contextual	26
3.2.3 Referente Legal	28
3.2.4 Referente Jurisprudencial	39
3.2.5 Referente Doctrinal	45
4. Metodología	52
4.1 Paradigma	52
4.2 Enfoque	53
4.3 Método	54
4.4.1 x de Categorización	55
Cronograma de Actividades	60
5. Análisis de Resultados	63
5.1 El Derecho frente al Desafío de la Maternidad Subrogada	63
5.2 Descifrando el Impacto Multifacético de la Maternidad Subrogada en la Sociedad	73
5.2.1 Gestación Prorrogada: el Puente hacia Nuevas Formas de Crear la Vida	83
6. Conclusiones	94
7. Recomendaciones	96
Referencias	97
Anexos	100

Resumen

La maternidad subrogada en Colombia ha generado importantes debates jurídicos debido a la ausencia de una regulación específica que establezca con claridad los derechos, obligaciones y responsabilidades de las personas que intervienen en esta práctica. Desde la Sentencia T-968 de 2009, mediante la cual la Corte Constitucional reconoció la existencia de la maternidad subrogada y evidenció la necesidad de una intervención legislativa, el ordenamiento jurídico colombiano no ha adoptado un marco normativo integral, situación que ha generado incertidumbre jurídica en aspectos relacionados con la filiación, la identidad jurídica del menor, la validez de los acuerdos de subrogación y la determinación de los efectos jurídicos derivados de estos procedimientos.

La presente investigación tiene como objetivo analizar las implicaciones jurídicas que genera la falta de regulación de la maternidad subrogada para las personas que intervienen en esta práctica, a partir del estudio de la normativa, la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado aplicables durante el periodo comprendido entre 2009 y 2025. Para ello, se empleó un enfoque cualitativo, bajo el paradigma hermenéutico y mediante el método de revisión documental, examinando fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales relacionados con la materia.

Los resultados evidencian la existencia de importantes vacíos normativos que han dificultado la resolución uniforme de conflictos relacionados con la filiación, el registro civil, la identidad jurídica del menor, la responsabilidad de las personas intervinientes y la eficacia de los acuerdos de maternidad subrogada. Asimismo, el análisis jurisprudencial nacional e internacional permitió identificar diferentes modelos de tratamiento jurídico de esta práctica y la necesidad de contar con criterios regulatorios claros que otorguen mayor seguridad jurídica a las relaciones derivadas de las técnicas de reproducción humana asistida.

Se concluye que la ausencia de una regulación específica en Colombia ha generado incertidumbre jurídica respecto de los efectos legales de la maternidad subrogada, por lo que resulta necesario avanzar hacia la construcción de un marco normativo integral que permita definir con claridad los derechos, obligaciones y responsabilidades de las personas involucradas, fortaleciendo la seguridad jurídica y la capacidad del ordenamiento jurídico para responder a los desafíos planteados por esta práctica.

Palabras clave: Maternidad subrogada, filiación, vacío normativo, jurisprudencia, seguridad jurídica, reproducción humana asistida, relaciones jurídicas.

Introducción

La presente investigación se enfoca en la maternidad subrogada, se centra en Colombia, no obstante, se investigarán y analizarán diferentes ordenamientos jurídicos comparando su marco normativo y aplicabilidad sobre el tema. Este tipo de maternidad es un tema novedoso y que ha sido objeto de debate a nivel mundial, ya que conlleva a cierto tipo de complicaciones a nivel cultural, legal, social e inclusive familiar. (Florian Peña & López Casteblanco, 2024).

La característica principal de la maternidad subrogada es que se utiliza el cuerpo de una mujer para hacer madre a otra, siempre y cuando, claro, haya consentimiento de por medio, y esto genera un sinnúmero de inseguridad y ambigüedad en el tema y así mismo con su ejecución y normatividad al respecto.

Es por esta razón que se ha decidido enfocar en la población que se ve afectada porque no existe una regulación acerca de otras modalidades de ser madre, en el caso puntual, la maternidad subrogada, la cual no es muy conocida en nuestro país y probablemente esta sea la razón por la que aún no se encuentra en un marco jurídico-normativo.

La investigación de este tema nace en principio del interés por conocer cuál es el discurso normativo del derecho colombiano sobre la maternidad subrogada. Saber el *qué* y *cómo* se respetarán los derechos de ambas madres y el saber que dará más seguridad la nueva forma de maternidad. Dentro del ordenamiento jurídico colombiano hay un vacío jurídico sobre el tema, la falta de regulación supone un riesgo a derechos de las personas que intervienen en la maternidad subrogada. Así, se llega a la pregunta cuál es la regulación que se maneja en Colombia con la maternidad subrogada o conocida también como maternidad in-vitro.

Para dar respuesta a esta investigación, se realizará un análisis del marco normativo nacional e internacional relacionado con la maternidad subrogada, con el propósito de identificar los vacíos regulatorios existentes dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Asimismo, se examinarán los principales precedentes jurisprudenciales y referentes doctrinales que permitan establecer las consecuencias jurídicas derivadas de la ausencia de regulación, especialmente respecto de las relaciones jurídicas generadas entre las personas intervinientes en esta práctica.

Para el desarrollo de esta investigación se adoptó una metodología fundamentada en el paradigma cualitativo, debido a que este permite comprender fenómenos jurídicos complejos a partir del análisis e interpretación de normas, doctrinas y decisiones judiciales. Bajo esta perspectiva, se empleó un enfoque hermenéutico, el cual resulta adecuado para la interpretación jurídica de normas, precedentes jurisprudenciales y construcciones doctrinales relacionadas con la maternidad subrogada.

De igual forma, se seleccionó como método de investigación la revisión documental, dado que permite recopilar, analizar e interpretar información proveniente de fuentes normativas, jurisprudenciales, doctrinales y académicas, facilitando la construcción de un estado del arte y el análisis de los desarrollos jurídicos existentes frente a la maternidad subrogada en Colombia. Esta metodología permite comprender el fenómeno jurídico desde su contexto normativo y jurisprudencial, sustentando la investigación mediante evidencia documental pertinente y verificable (González, 2013).

Finalmente, la organización de la información recopilada se desarrollará desde una perspectiva histórica, normativa y jurisprudencial, permitiendo analizar la evolución del tratamiento jurídico de la maternidad subrogada, los vacíos regulatorios existentes y las implicaciones jurídicas derivadas de la ausencia de una regulación específica en el ordenamiento jurídico colombiano.

1. Problema de Investigación

1.1 Objeto o Tema de Estudio

Implicaciones jurídicas de las personas que intervienen en el proceso de maternidad subrogada por la falta de regulación en el ordenamiento jurídico colombiano durante el periodo comprendido entre el año 2009 hasta el año 2025.

1.2 Línea de Investigación

1.2.2 Derecho, Innovación y Desarrollo Social - DIDS

La elección de la línea de investigación Derecho, Innovación y Desarrollo Social (DIDS) responde a la necesidad de abordar problemáticas jurídicas contemporáneas que tienen un impacto directo en los derechos fundamentales y en la transformación social. La regulación de la maternidad subrogada en Colombia constituye un tema novedoso y de gran relevancia, pues involucra derechos como la dignidad humana, la autonomía reproductiva, el interés superior del menor y la igualdad, los cuales carecen aún de un marco normativo claro y coherente en el país.

Esta línea de investigación resulta pertinente porque integra el análisis jurídico con la innovación social, permitiendo proponer soluciones normativas que protejan a las partes involucradas —madres gestantes, padres intencionales y menores nacidos bajo esta modalidad—, al tiempo que fomenta el desarrollo de políticas inclusivas y responsables. A través del enfoque DIDS, el estudio no solo contribuye al fortalecimiento del conocimiento académico y la proyección social del Programa de Derecho de la Institución Universitaria CESMAG, sino que también aporta a la construcción de un ordenamiento jurídico más justo, equitativo y adaptado a los avances científicos en materia de reproducción asistida.

En consecuencia, la línea DIDS es el marco idóneo para orientar esta investigación, dado que vincula el derecho con los desafíos éticos, tecnológicos y sociales contemporáneos, generando propuestas que favorezcan la garantía y protección jurídica de las personas intervinientes en contextos emergentes como la maternidad subrogada.

1.3 Planteamiento o Descripción del Problema

Colombia es un Estado Social de Derecho según el artículo 1 de la Constitución Política de 1991, se encuentra conformado como república unitaria con una división de poderes tripartita, es pluralista, democrática y participativa y se funda bajo los principios de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad. La carta política en su artículo 42 reconoce el nacimiento de niños mediante asistencia científica. Esta práctica en la actualidad es más recurrente, sin embargo, data de hace muchos años atrás. Desde la *lex* del código Hammurabi en donde se establecía que si una mujer era infértil podría su esposo tener una esclava con la cual procrear. La licenciada mexicana Brena dice que la maternidad *subrogada*, se remonta al año 1940, en donde se establece en Estados Unidos el primer banco de semen, el cual, durante la Segunda Guerra Mundial, fue una práctica común la realización de inseminaciones en forma masiva, transportando el esperma de los soldados. El avance científico de los últimos años y el cambio social que produjo la revolución tecnología ha hecho de la maternidad subrogada una práctica mas frecuente. En ésta intervienen los siguientes actores. a) quien da en alquiler su vientre, b) quien alquila el vientre, c) el banco de esperma o quien da su esperma, d) el niño resultado del alquiler del vientre. Además, el cambio en el pensamiento colectivo y en prácticas sociales e instituciones sociales, ha llevado a que el acto de procrear vida se desprenda *in substantia* de la naturaleza y se desplace al campo de acción humano y tecnológico, lo que implica una deconstrucción social sobre el concepto de familia, de maternidad y de relación en pareja. (Brena Sesma, 2012)

El derecho como ciencia social, a través del análisis comportamental de los individuos que componen una sociedad evoluciona junto con la practicas del grupo, y no puede entenderse la ciencia jurídica sin que a través de la confluencia de discursos de distintas áreas del saber se encuentre en constante cambio adaptativo. El fenómeno social de la maternidad subrogada implica un desafío para la ciencia jurídica, porque supone una práctica nueva, comportamientos nuevos, riesgos a derechos que antes no existían, y procedimiento que no cuentan con una regulación clara. (Brena Sesma, 2012).

La Corte Constitucional ha tratado este tipo de maternidad como una relación contractual entre privados, determinándolo como una simple relación contractual y acuerdo de voluntades entre partes, reconociéndolo como un acuerdo jurídico o un contrato de arrendamiento. Ni la Ley ni la Jurisprudencia han logrado establecer una normatividad clara y precisa sobre la maternidad subrogada, y ello pone en riesgo los derechos de las personas que llegan al acuerdo de alquiler de vientre.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la maternidad subrogada constituye una práctica que carece de una regulación específica e integral. Aunque la Corte Constitucional, especialmente a partir de la Sentencia T-968 de 2009, ha reconocido la existencia de esta modalidad de reproducción humana asistida y ha señalado algunos criterios para su desarrollo, el legislador no ha establecido un marco normativo que regule de manera clara los derechos, obligaciones y responsabilidades de las personas que intervienen en este proceso.

Esta ausencia de regulación genera importantes interrogantes jurídicos relacionados con la determinación de la filiación, la identidad jurídica del menor, la validez y alcance de los acuerdos celebrados entre las partes, así como con los efectos legales derivados de la intervención de la mujer gestante, los padres intencionales y, en algunos casos, los donantes de material genético. La complejidad de estas relaciones jurídicas supera las categorías tradicionales previstas por el ordenamiento jurídico, lo que ha llevado a que muchas de las controversias sean resueltas a través de la interpretación jurisprudencial.

Asimismo, la falta de un marco regulatorio específico ha generado escenarios de incertidumbre jurídica respecto de la forma en que deben resolverse los conflictos derivados de la maternidad subrogada, especialmente en materias relacionadas con la filiación, el registro civil, la responsabilidad de las partes intervinientes y la eficacia jurídica de los acuerdos de subrogación. En este contexto, resulta relevante determinar cuál ha sido el tratamiento que el ordenamiento jurídico colombiano ha otorgado a la maternidad subrogada durante el periodo comprendido entre 2009 y 2025, así como identificar las implicaciones jurídicas que la ausencia de regulación ha generado para las personas involucradas en esta práctica.

1.4 Formulación del Problema

¿Cuáles son las implicaciones jurídicas derivadas de la ausencia de regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano durante el periodo comprendido entre 2009 y 2025?

1.5 Objetivos

1.5.2 Objetivo General

Analizar las implicaciones jurídicas derivadas de la ausencia de regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano durante el periodo comprendido entre 2009 y 2025, mediante el estudio de la normativa, la jurisprudencia y la doctrina aplicables, con el fin de identificar los vacíos regulatorios existentes y los efectos que estos generan sobre las relaciones jurídicas derivadas de esta práctica..

1.5.3 Objetivos Específicos

1. Contextualizar el marco normativo nacional e internacional aplicable a la maternidad subrogada, con el fin de evidenciar los vacíos regulatorios existentes en el ordenamiento jurídico colombiano.
2. Revisar los principales pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Civil y Familia de la Corte Suprema de Justicia relacionados con la maternidad subrogada, con el fin de identificar los criterios jurídicos aplicables a las relaciones derivadas de esta práctica.
3. Identificar las consecuencias jurídicas derivadas de la ausencia de regulación de la maternidad subrogada respecto de las relaciones jurídicas existentes entre las personas que intervienen en esta práctica en Colombia.

2.1 Justificación

La presente investigación sobre las implicaciones jurídicas de las personas que intervienen en el proceso de maternidad subrogada según la regulación del ordenamiento jurídico colombiano entre 2009 y 2025 resulta novedosa, porque analiza una práctica cada vez más presente en el país pero que carece de un marco normativo claro. Aunque la Corte Constitucional, desde la sentencia T-968 de 2009, ha señalado criterios mínimos, no existe una regulación integral que garantice de manera efectiva los derechos de las partes involucradas: las mujeres gestantes, los padres intencionales y los menores nacidos bajo esta modalidad. Esta investigación se centra en un periodo clave 2009-2025, durante el cual se han dado avances normativos, jurisprudenciales y debates sociales que necesitan ser sistematizados y analizados críticamente. (Corte Constitucional, 2009).

La propuesta es importante porque aborda una problemática jurídica derivada de la ausencia de una regulación específica sobre la maternidad subrogada en Colombia. La falta de un marco normativo claro ha generado escenarios de inseguridad jurídica respecto de aspectos fundamentales como la determinación de la filiación, la identidad jurídica del menor, la validez de los acuerdos celebrados entre las partes y la definición de las responsabilidades de las personas que intervienen en esta práctica. En este sentido, un estudio que analice estas implicaciones jurídicas permite identificar los vacíos normativos existentes y aportar elementos para la construcción de un marco regulatorio coherente con los principios del Estado Social de Derecho, fortaleciendo la seguridad jurídica y la capacidad del ordenamiento jurídico para responder a los desafíos planteados por las técnicas de reproducción humana asistida.

Es necesario responder la pregunta de investigación, ya que el análisis de las implicaciones jurídicas permite identificar las brechas existentes entre los avances científicos en reproducción asistida y la protección legal efectiva de las personas involucradas. Este estudio es clave para resguardar principios como la dignidad humana, el interés superior del menor, la igualdad, la autonomía reproductiva y la protección de la mujer gestante, que actualmente pueden verse comprometidos ante la falta de regulación específica.

El desarrollo de esta propuesta es pertinente, porque se sitúa en la intersección entre los avances tecnológicos, la bioética y el derecho, tres ámbitos que requieren respuestas normativas claras. Además, el periodo analizado 2009-2025 coincide con los debates más significativos en Colombia y en el contexto internacional sobre la maternidad subrogada, lo que permite comprender su evolución y orientar propuestas ajustadas a las necesidades actuales.

La presente investigación contribuye al derecho público mediante la generación de insumos académicos y jurídicos que permiten comprender las implicaciones derivadas de la ausencia de regulación de la maternidad subrogada en Colombia. Asimismo, aporta elementos para la formulación de políticas públicas y marcos normativos que otorguen seguridad jurídica a las relaciones surgidas entre los sujetos que intervienen en esta práctica, fortaleciendo la capacidad del ordenamiento jurídico para responder a los desafíos planteados por las técnicas de reproducción humana asistida.

El desarrollo de la investigación beneficia a diversos actores: a las mujeres gestantes, al proteger su dignidad, salud y autonomía; a los padres intencionales, al otorgarles seguridad jurídica sobre la filiación; al menor nacido bajo esta modalidad, al garantizar el pleno ejercicio de sus derechos; y al Estado, al contar con insumos para diseñar políticas públicas inclusivas y efectivas.

La falta de desarrollo de esta investigación contribuiría a la permanencia de los vacíos normativos existentes en materia de maternidad subrogada, limitando la comprensión de las implicaciones jurídicas que se derivan de esta práctica en el contexto colombiano. Como consecuencia, continuarían presentándose incertidumbres relacionadas con la filiación, la identidad jurídica del menor, la naturaleza y validez de los acuerdos celebrados entre las partes, así como con la determinación de los derechos y obligaciones de las personas que intervienen en el procedimiento. Esta situación perpetuaría escenarios de inseguridad jurídica y dificultaría la construcción de propuestas regulatorias orientadas a brindar mayor certeza y coherencia al tratamiento jurídico de la maternidad subrogada en Colombia.

3. Marco Referencial

3.1 Antecedentes

La maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema

Es un trabajo de grado realizado por Cadavid y Barrera (2016), estudiantes de décimo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad CES- Medellín. Este estudio ocurrió por no encontrar un marco jurídico como tal en el país. Las estudiantes realizan su investigación en base al derecho de familia, por lo que traído a nuestro trabajo se nutre mucho con lo que ellas han investigado, ya que también han visto derecho comparado, que al igual que nosotros también se fijaron en que hay más allá de Colombia y la regulación de otros países como nos ayudarían.

Luego de haber investigado los referentes más importantes en derecho nacional e internacional, se puede concluir que la maternidad subrogada es un procedimiento mediante el cual nacen miles de niños a nivel mundial, pero sin embargo no tiene un enfoque jurídico que se le pueda dar con total certeza. Al igual que todos los contratos, el de alquiler de vientre también tiene unos elementos esenciales para su existencia, los cuales son:

- Las partes (la madre sustituta y los futuros padres);
- Consentimiento;
- Entrega del recién nacido.

Existen diferenciadas posiciones con respecto al precio, pago o remuneración por el alquiler de vientre, el cual dependerá del acuerdo al que se llegue entre las partes. Pero de manera generalizada, son estos elementos los que configuran el contrato de alquiler de vientre, ya cada legislación le podría añadir algunas particularidades. A continuación un breve análisis de cada uno de estos elementos:

Las partes: se hace necesario que las partes sean como mínimo dos personas. Por un lado, a la madre sustituta que es la mujer que gestará, llevará a cabo el embarazo y dará a luz al bebé; por el otro lado tendríamos a la pareja o a la persona que quiere convertirse en padre o madre, que será quien posiblemente aporte material genético, y quién o quiénes dado el caso pagará por

los gastos acordados. Las diferentes legislaciones pueden imponer a la parte una serie de requisitos (como edad, exámenes, haber tenido hijos previamente, etc.)

El consentimiento: es un presupuesto imprescindible al acuerdo que llegan las partes en el contrato. Aquí las partes previamente han considerado una serie de condiciones, y llegan a un acuerdo para voluntariamente aceptarlas y cumplirlas. Son muchas las personas que dentro de su posición alegan que el mero interés económico, o las necesidades de la misma índole de la madre sustituta en principio estaría afectando su voluntad, y en virtud de esto, su consentimiento se vería viciado; y es este el principal motivo por el cual en diversas legislaciones se prohíbe la obtención de una remuneración económica derivada de la práctica de la maternidad subrogada, o como lo mencionamos anteriormente, sólo permiten la subrogación altruista. Sin embargo, este tipo de subrogación también presenta sus conflictos en el tema del consentimiento, tal como lo evidencia el resultado de una investigación en Suecia, que dentro de sus conclusiones expresa que “en la maternidad subrogada altruista, incluso después de una cuidadosa evaluación, y con los requisitos establecidos, no es posible asegurar que el consentimiento de la mujer no ha sido el resultado de la presión emocional o motivos económicos encubiertos” (Cadavid y Becerra, 2016).

No obstante, como más adelante se expone, existen países en donde la remuneración económica es considerada un factor incluso esencial del contrato de alquiler de vientre. Es de mucha importancia que los acuerdos y este consentimiento (con la declaración de la voluntad) se realice de manera previa al primer paso para iniciar la gestación, es decir, a la fecundación e implantación del gameto. Así lo ha dado a entender algunos proyectos donde se llega a afirmar que:

En definitiva, para que haya un verdadero supuesto de maternidad subrogada es necesario que el acuerdo o contrato de gestación sea previo al embarazo, que éste se desarrolle precisamente en base a este acuerdo, tenga su causa en él, y por tanto sea posterior al mismo. (López et al., 2015, p. 10)

Entrega del recién nacido: es en razón a este elemento que se ha considerado que el bebé recién nacido es el producto que se negoció. El fin u objeto de este contrato es precisamente la entrega del recién nacido, para que los contratantes finalmente puedan ejercer el derecho a la

paternidad que tanto anhelan. Es en este elemento donde muchos críticos se basan para decir que se está cosificando la vida, que no se puede vender una vida humana (Amador, 2010).

Por otra parte, la maternidad subrogada. ***Estudio de derecho comparado, análisis de la más reciente jurisprudencia y proposición de Lege Ferenda.*** Este trabajo de grado fue realizado por Olmos (2021), estudiante de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Este trabajo nos trae a colación el derecho comparado respecto de distintos países, por lo cual es supremamente importante para desarrollar uno de nuestros objetivos, el cual es investigar a profundidad el derecho comparado.

La maternidad subrogada es una modalidad de reproducción asistida que ha suscitado distintas opiniones alrededor del mundo. Mientras que algunos estados la permiten y regulan en su modalidad altruista (Grecia, Portugal, Canadá o Reino Unido), en otros se conocen prácticas más cercanas a la modalidad comercial (Rusia, Ucrania o Estados Unidos; y en España, junto con otros países de la Unión Europea, se opta por prohibir dicha práctica en territorio español. La solicitud de inscripción registral en España de los menores nacidos por subrogación en un estado extranjero ha desencadenado la publicación de algunas Instrucciones y el pronunciamiento de algunos tribunales al respecto.

Ello, no obstante, el legislador español todavía no ha regulado la situación de los menores nacidos por subrogación en el extranjero y ello ha suscitado debate sobre la dignidad de la madre, la renuncia de la filiación, la vulneración del orden público español y la falta de consentimiento libre, entre otros aspectos.

En **Dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y derechos sexuales y reproductivos de las mujeres** el autor Miguel Ángel Presno Linerar, en el artículo publicado por la revista Asuntos Constitucionales, pone en discusión los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la autonomía reproductiva y el derecho a la intimidad, expone que se ampara métodos anticonceptivos e interrupciones voluntaria del embarazo, como la decisión a tener descendientes, por otra parte dice el autor que ese mismo principio del libre desarrollo de la personalidad se desconoce en los métodos de reproducción asistida, o maternidad subrogada, según el autor la autonomía reproductiva se ampara en el derecho *ius constitucional* al libre desarrollo de la personalidad, porque toda persona tiene derecho a decidir sobre su cuerpo, la

autonomía forma parte de la libertad personal y el estado no puede imponer modelos obligatorios sobre la reproducción. (Presno Linerar, 2021)

La paradoja jurídica es el principio de la dignidad humana también limita los derechos reproductivos y el libre desarrollo de la personalidad, desde una ética Kantiana el ser humano no puede ser utilizado como medio sino como fin en si mismo, que el estado debe producir normas jurídicas conforme estas puedan ser elevadas a máximas universales que respeten la dignidad humana, y que traten al hombre como fin *en sí*. (Kant, I. 2003)

Ahora bien, el límite de los derechos reproductivos es porque se corre el riesgo de que se mercantilice la maternidad, se cosifique a la mujer y al niño. Según el autor para el ordenamiento jurídico español la maternidad subrogada esta prohibida por la Ley 14 de 2006, la cual establece en su artículo 10 que todo contrato que verse sobre la maternidad subrogada será nulo de pleno derecho.

En el texto **El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción**. Derecho Privado y Constitución, de Núñez Bolaños, M., Nicasio Jaramillo, I. M., & Pizarro Moreno. El artículo explica que el interés superior del menor constituye un principio jurídico rector que obliga a todas las autoridades y tribunales a colocar el bienestar del niño por encima de cualquier otro interés en conflicto. Esto significa que, cuando existe una controversia relacionada con maternidad, debe aplicarse el principio *pro infans*, e interpretar conforme a garantizar los derechos del niño.

El texto desarrolla cómo la maternidad subrogada ha generado un profundo problema jurídico respecto a la filiación. Tradicionalmente, el derecho determinaba la maternidad mediante el parto: la madre era la mujer que daba a luz. Sin embargo, la subrogación rompe esa estructura clásica porque intervienen varias figuras: la mujer gestante, la madre genética, la madre intencional y los padres contratantes.

El texto analiza especialmente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Mennesson v. Francia* y *Labassee v. Francia*. En estos casos, Francia se negó a reconocer la filiación de niños nacidos mediante subrogación en el extranjero debido a que el derecho francés prohibía dicha práctica. Sin embargo, el Tribunal Europeo concluyó que esa negativa afectaba gravemente el derecho a la vida privada de los menores, protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El artículo también explica que esta situación genera una enorme tensión jurídica. Por un lado, muchos Estados consideran que los contratos de subrogación vulneran la dignidad humana y el orden público porque pueden implicar mercantilización del cuerpo femenino y cosificación del menor. Pero, por otro lado, negar toda eficacia jurídica a esos contratos puede perjudicar directamente al niño ya nacido.

Este artículo desarrolla el consentimiento desde una perspectiva jurídico-constitucional y de derecho internacional privado. Los autores explican que, en la maternidad subrogada, el consentimiento de la madre gestante constituye un requisito esencial para que cualquier reconocimiento jurídico pueda considerarse válido. El texto señala que las autoridades españolas deben comprobar que dicho consentimiento haya sido otorgado.

El consentimiento informado presupone: 1) un acto biomédico; 2) Basado en una relación profesional – participante; 3) Con un fuerte componente ético; y 4) Puede tener consecuencias jurídicas. (Bolaños, M., Nicasio Jaramillo, I. M., y Pizarro Moreno, 2015)

3.2 Marco Teórico

3.2.1 Referente Histórico

Se habla que el primer caso de maternidad subrogada se remonta al año 1780 a.c. referenciando, El Código del Rey Hammurabi - Mesopotamia (Cáceres Lara, 2018). En donde la mujer infértil o estéril que deseaba tener hijos debía concederle una esclava a su esposo con el fin de procrear, perdiendo así el esposo el derecho de realizar cualquier acto de repudio hacia su esposa.

De otra parte, en la antigua Grecia y Roma, se acordaba que, si un matrimonio resultaba estéril por causa del esposo, entonces un hermano o un pariente de este último debía sustituirlo y la mujer tenía que procrear con ese hombre. El hijo que nacía de esa unión se consideraba como del marido y continuaba su culto. (Cáceres Lara, 2018).

No obstante, la Licenciada Mexicana Brena Sesma (2012) plantea que los antecedentes de la gestación o llamada en su artículo *maternidad subrogada*, se remonta al año 1940, en donde se establece en Estados Unidos el primer banco de semen, el cual, durante la Segunda Guerra

Mundial, fue una práctica común la realización de inseminaciones en forma masiva, transportando el espermatozoides de los soldados con el objeto de fecundar a sus esposas.

Posterior a esta fecha, en 1944, existe el antecedente de la primera fecundación extracorpórea de embriones humanos, realizada por los biólogos John Rock (1890 - 1984) y Miriam Menkin (1901 - 1992), después de seis (6) años de intentar el procedimiento en su laboratorio del Free Hospital for Women in Brookline, Massachusetts (Beetar Bechara, 2019)

Sin embargo, el caso más referenciado, se da en el año 1975 en el Estado de California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publicó un anuncio en el cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril que a cambio de este servicio ofrecía una remuneración (Beetar Bechara, 2019)

No obstante, la culminación del trabajo de más de treinta (30) años de los biólogos Rock y Menkin, fue el nacimiento del primer *bebe probeta* por medio de la técnica de Fecundación in vitro (FIV), la niña Louise Brown, nació el día 25 de julio de 1978 en perfectas condiciones de salud en el Reino Unido. (Beetar Bechara, 2019)

Otro antecedente importante es el caso del año 1989, que consistió en la celebración de un contrato de maternidad subrogada entre el matrimonio Whitehead y el señor Stern, cuya nulidad, a pesar de haber sido decretada por la Suprema Corte de New Jersey, ante el reconocimiento de la maternidad de la señora Mary Beth Whitehead, determinó entregar la custodia de la menor al padre biológico, William Stern. (Beetar Bechara, 2019)

En este año, también se evidencia el surgimiento del proyecto del *Genoma Humano* patrocinado por el Departamento de Energía y los institutos nacionales de salud en los Estados Unidos. El cual abrió la puerta al desarrollo de la genética molecular, que permitiría prevenir enfermedades hereditarias entre otros objetivos.

La exposición de estos antecedentes evidencia la divergencia respecto al origen de la subrogación, o también llamado alquiler de vientre o útero. Sin embargo, su finalidad, independiente de su forma de ejecución, es el génesis de las técnicas de reproducción humana asistidas. (Beetar Bechara, 2019)

3.2.2 Referente Contextual

Era el año de 1978, cuando los ojos del mundo se centraron en el nacimiento de Louise Brown. ¿La razón? Era el primer niño en la historia concebido mediante fecundación in vitro. La técnica que consiguió que la pareja formada por Leslie y John Brown tuviera un hijo consistió en extraer un óvulo de la mujer, inseminarlo en un laboratorio especializado con los espermatozoides del varón y posteriormente implantar el óvulo fecundado en el útero para que allí terminara de desarrollarse (UNICEF, 2022).

Desde entonces, las técnicas de reproducción asistida se han convertido en una opción para parejas heterosexuales con problemas de infertilidad, parejas del mismo sexo o mujeres solteras que desean ser madres. Como parte de esta revolución científica ha surgido la maternidad subrogada, una práctica en la que una mujer acuerda —ya sea con fines altruistas o económicos— gestar en su útero un embrión que puede o no tener su material genético. Al término del embarazo, entrega el recién nacido a los solicitantes (Estellés Peralta, 2022).

Existen diversas clases de maternidad subrogada, en función de quién aporte el material genético (óvulos y espermatozoides). A la participación dentro de la unidad familiar de un individuo ajeno al grupo familiar (la madre de alquiler) se puede añadir la intervención de otros actores, complejizando considerablemente el entramado de parentesco (Cáceres Lara, 2018).

El cruce de grupos adquiere una gran complejidad, pudiendo aparecer tres padres: el biológico, el legal y el social. Asimismo, pueden darse tres tipos de madres: la biológica, la jurídica y la social. Tan compleja red de posibles modalidades de maternidad y paternidad solo permite estar seguros de quién es la madre legal —la que alumbra—, perdiendo todo el sentido el dicho español de que “madre no hay más que una” (Florian Peña & López Casteblanco, 2024).

En cualquier caso, la maternidad subrogada ha planteado importantes desafíos para los ordenamientos jurídicos contemporáneos, especialmente en lo relacionado con la determinación de la filiación, la validez de los acuerdos celebrados entre las partes, la autonomía de la voluntad y los efectos jurídicos derivados de las técnicas de reproducción humana asistida. Estas circunstancias han generado debates doctrinales y legislativos sobre los límites y alcances de la regulación aplicable a esta práctica.

La maternidad subrogada ha sido un tema de debate en los ámbitos médico, científico, bioético, social y jurídico, por los diferentes escenarios que pueden intervenir en el proceso (Vivas Barrera, 2023).

Dentro del debate académico sobre la maternidad subrogada existen posiciones divergentes respecto de sus efectos jurídicos y sociales. Algunos sectores doctrinales cuestionan esta práctica por considerar que puede generar escenarios de vulnerabilidad para la mujer gestante y conflictos derivados de la intervención de intereses económicos en los procesos reproductivos. Estas discusiones han influido en las distintas respuestas regulatorias adoptadas por los ordenamientos jurídicos frente a la maternidad subrogada, explica una académica de la UNAM (Ruiz, 2004).

El artículo “Maternidad subrogada en Colombia: Explorando desafíos y preguntas sin resolver” de Gómez Córdoba, Borda Restrepo y Luna Benítez (2024) examina la problemática jurídica y bioética de la maternidad subrogada en el país, destacando el vacío normativo que persiste a pesar de los avances en las técnicas de reproducción asistida. Los autores señalan que, aunque la maternidad subrogada no está prohibida en Colombia, la falta de una legislación específica ha generado incertidumbre jurídica y ha dejado desprotegidos tanto a los menores nacidos mediante esta práctica como a las mujeres gestantes, quienes con frecuencia se encuentran en condiciones de vulnerabilidad.

El artículo enfatiza que, desde la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional, que reconoció la validez de los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida (Corte Constitucional, 2009), no se han promulgado normas claras que regulen el proceso ni protejan de manera efectiva los derechos fundamentales de los involucrados. La falta de legislación ha derivado en conflictos relacionados con la filiación, la identidad del menor y el riesgo de explotación de las mujeres gestantes. Además, los autores mencionan que el proyecto de ley presentado en 2023 para regular la subrogación uterina fue archivado, lo que prolonga el vacío normativo (Gómez Córdoba et al., 2024).

Este texto resulta relevante para la presente investigación, ya que aporta elementos doctrinales para comprender las implicaciones jurídicas derivadas de la falta de regulación de la maternidad subrogada en Colombia durante el periodo comprendido entre 2009 y 2025. Asimismo, permite analizar los vacíos normativos existentes, la respuesta jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional y los desafíos que enfrenta el ordenamiento jurídico colombiano en aspectos relacionados con la filiación, la identidad jurídica del menor, la responsabilidad de las personas intervinientes y la validez de los acuerdos de maternidad subrogada.

Finalmente, otros sectores doctrinales consideran que, más allá de admitir o prohibir la maternidad subrogada, resulta necesario establecer un marco normativo que regule de manera

integral esta práctica. Desde esta perspectiva, la intervención legislativa permitiría definir con claridad los derechos, obligaciones y responsabilidades de las personas intervinientes, así como brindar mayor seguridad jurídica frente a los conflictos relacionados con la filiación, la identidad jurídica del menor y los efectos legales derivados de los acuerdos de maternidad subrogada. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2017).

3.2.3 Referente Legal

La maternidad subrogada en Colombia, es un tema bastante actual del que hoy en día, no encontramos como tal, una legislación que lo regule, lo cual nos deja un gran vacío jurídico, al ser un tema experimental, lo que sí encontramos son proyectos de ley encaminados al desarrollo del tema en cuestión. Esto se analiza más adelante.

Para dar inicio al análisis se comienza por el proyecto de Ley N° 334/2023C de autoría del congresista Jorge Ocampo Giraldo, la cual tiene por objeto establecer las regulaciones que el Estado debe imponer para así proteger y controlar la maternidad subrogada por lo que el proyecto de ley expresa que:

Permitir la subrogación gestacional con fines altruistas con indemnización, garantizando la protección de los derechos a la dignidad humana, autonomía, igualdad, salud, la protección de la mujer y el nasciturus y prohibir la práctica de maternidad subrogada con fines de lucro. (Ocampo, 2023, p. 5)

En esta iniciativa se encuentra, tanto los requisitos para ser una gestora subrogada, como los requisitos para ser encargante, a saber:

Artículo 5. Requisitos mínimos para ser gestante subrogada Para que pueda efectuarse el procedimiento de maternidad subrogada en cualquiera de las IPS autorizadas para ello, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a) La edad mínima para ser gestante subrogada es de veinticuatro (24) años.
- b) La gestante subrogada debe tener al menos un (1) hijo previo al inicio del proceso de fertilización in vitro de maternidad subrogada.

- c) La IPS deberá emitir un concepto médico, ginecológico y psicológico donde conste el idóneo estado de salud de quien pretende ser gestante subrogada para iniciar el procedimiento.
- d) El tiempo mínimo desde el último parto no puede ser inferior a un (1) año de quien pretende ser gestante subrogada para iniciar un procedimiento de maternidad subrogada.
- e) Sólo podrán tenerse máximo dos (2) embarazos para maternidad subrogada.

Artículo 6. Requisitos mínimos para ser encargado. Toda persona que pretenda acceder al procedimiento de maternidad subrogada en calidad de encargante debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) Ser mayor de veintiocho (28) años.
- b) Deberá haber conformado una familia en matrimonio o en unión marital de hecho declarada.
- c) No podrá exceder los cincuenta años de edad al momento de iniciar el procedimiento de maternidad subrogada.
- d) Tener ingresos mensuales mínimos de 5 SMMLV.
- e) Tener condiciones óptimas de salud física y mental acreditadas por la IPS, donde deberá acreditarse que no sufre de alcoholismo, ni abuso problemático de estupefacientes.
- f) No haber sido condenado, o estar en juicio por delitos de violencia sexual, contra menores de edad, abuso, delitos contra la libertad sexual, violación y explotación sexual; delitos contra la familia específicamente los artículos; 127, 128, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 213, 2139, 214, 215, 217, 217^a, 218, 219, 219^a, 219b, 233, 237 del código penal y los artículos 6,7 y 93 de la ley 1453 de 2011.
- g) Asistir a una charla sobre el proceso de adopción colombiano, sobre las obligaciones de los adoptantes y el conocimiento de los menores de edad en custodia del ICBF en el territorio donde se realizará el proceso de maternidad subrogada.

Así mismo, presenta medidas de tipo penal con el fin de proteger la autonomía de las personas gestantes al momento de decidir alquilar su vientre y durante toda la gestación:

Artículo 187A: Constreñimiento a la maternidad subrogada: El que por sí o por intermedio de un tercero, con el ánimo de obtener beneficio alguno para sí o a favor de otro, constriña directa o indirectamente a una mujer para realizar un proceso de maternidad subrogada incurrirá en prisión de setenta y dos (72) a ciento veinte (120) meses de prisión y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo: Las penas previstas se aumentarán hasta en una tercera parte en los siguientes eventos:

- a) Cuando el agente sea integrante del núcleo familiar de la víctima.
- b) Cuando el agente sea un servidor público.
- c) Cuando se cometa en persona en condición de discapacidad.
- d) Cuando el agente sea un profesional en la salud.
- e) Cuando en el cometimiento de la conducta se ejerza violencia física sobre la víctima

Artículo 187B Constreñimiento e inducción a la maternidad subrogada en menor de edad: el que por intermedio de un tercero constriña o induzca a una mujer menor de edad a la maternidad subrogada incurrirá en una pena privativa de la libertad de ciento veinte (120) meses a doscientos (200) meses multa de doscientos (200) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes sin perjuicio de incurrir en otras conductas punibles autónomas.

Entre otras propuestas se encuentran: una indemnización para la persona gestante, el acompañamiento del ICBF, el rol de las EPS durante la gestación, modificaciones al Código Sustantivo del Trabajo con el fin de brindar licencias de maternidad tanto a los encargantes como a las personas gestantes, los elementos que deberán constituir los contratos de vientres de alquiler, entre otros.

Cabe recordar que para que este proyecto se convierta en una realidad deberá superar cuatro debates en el Congreso. De ser así y tener éxito en su trámite legislativo, la iniciativa pasaría a sanción presidencial y se convertiría en ley.

Se hará un estudio del proyecto de Ley N° 263/20 de autoría de los Senadores Santiago Valencia González, María del Rosario Guerra y los Representantes de la Cámara Juan Fernando Espinal y José Jaime Uzcátegui, una de las finalidades de esta ley es que no se llegue a un fin solo lucrativo donde solo se limiten a que los cuerpos de las mujeres se conviertan en máquinas de hacer bebés o que solo tengan el fin de satisfacer los deseos de otras personas tanto así que esta práctica convierte a los niños en objetos de consumo o productos comerciales que se encargan, se compran, se venden e incluso se devuelven o se cambian si no se satisface al cliente.

De conformidad a la maternidad subrogada se escogió el proyecto de Ley N° 345/2023 de autoría de los ministros Néstor Iván Osuna Patiño y Diana Carolina Corcho Mejía, con el proyecto buscan asegurar la correcta protección de los derechos de los intervinientes en el momento de practicar la maternidad subrogada, especialmente el interés superior de niños, niñas o adolescentes.

Teniendo en cuenta el contexto en el cual se vienen desarrollando las prácticas de subrogación uterina en el país, esto es admisión tolerada, manejada de manera privada por los centros de fertilidad y equipo jurídicos que realizan prestación de servicios legales para la definición de la filiación y demás trámites de Registro Civil; prestaciones que de manera general puede afirmarse se adelantan sin vigilancia y control suficiente, generando prácticas que si bien permiten el reconocimiento abierto de múltiples formatos de familia, y dan cuenta de la autonomía reproductiva como ejercicio de libertad para que se tomen decisiones relacionadas con el antes y después de la reproducción, acontecen sin que se haya dado un debate sobre la manera en la cual se generan límites, condiciones de los acuerdos, como dirimir conflictos, éticos, bioéticos y legales cuando estos se presentan.

En consecuencia, es fundamental generar condiciones dignas y seguras para que quienes realicen esta práctica tengan la posibilidad de hacerlo con observancia de todos sus derechos humanos. Incluyendo unas garantías básicas en materia de aseguramiento para la persona gestante y el recién nacido. Adicionalmente, es prioritario que existan unas prerrogativas que garanticen un proceso seguro, incluyendo el consentimiento libre, informado y cualificado, el cual no es igual al acuerdo contractual entre las partes (Osuna & Corcho, 2023).

En nuestra legislación aún no contamos con normas que regulen el tema, sólo existe la sentencia T-968/09, en la cual se realizó una *permisión* de esta técnica de reproducción asistida, sin embargo, no se hace un análisis que se pueda considerar completo respecto al tema.

La Sentencia T-968 de 2009 constituye el principal precedente constitucional colombiano sobre maternidad subrogada. En esta decisión, la Corte Constitucional reconoció la existencia de esta práctica dentro del territorio nacional y advirtió la ausencia de una regulación legislativa específica que estableciera reglas claras sobre su desarrollo. Sin embargo, la Corte no creó un régimen jurídico contractual ni declaró expresamente la legalidad de la maternidad subrogada como figura regulada por el ordenamiento jurídico colombiano.

La Corte señaló la necesidad de que el legislador expida una normativa integral que permita proteger los derechos e intereses de las personas que intervienen en estos procedimientos, especialmente frente a aspectos relacionados con la filiación, la identidad del menor, las obligaciones derivadas del acuerdo y las consecuencias jurídicas de su ejecución.

Según nuestro ordenamiento jurídico no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de acuerdos; además la doctrina ha considerado que según lo dispuesto en el Art 42– 6 de la Constitución Nacional se puede practicar la subrogación en nuestro País, ya que este prevé que

“los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”. Así, nos llevan a pensar que las técnicas de reproducción asistida están legitimadas jurídicamente.

En esta sentencia la Corte Constitucional hace referencia a la maternidad subrogada o alquiler de vientre o útero en los siguientes términos: “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.

En este caso la madre sustituta no aporta sus “óvulos”. Finalmente, concluye que al terminar el embarazo la madre sustituta entregará al bebé a quienes asumieron los gastos médicos y la remuneración.

Se establece también la necesidad de hacer una regulación exhaustiva y una serie de condiciones que deben tenerse presentes al momento de la realización del contrato, tales como:

Implicaciones jurídicas de la maternidad subrogada

- a) Que la mujer contratante tenga problemas fisiológicos para concebir.
- b) Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita el vientre).
- c) Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.
- d) Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como la mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.
- e) Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante, y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas.
- f) Que se preserve la identidad de las partes
- g) 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.
- h) Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.
- i) Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.
- j) Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica. Todo esto con el fin de garantizar que los padres biológicos del menor sean los donantes de los gametos, o que por lo menos la madre sustituta no tenga relación genética con el que está por nacer y de esta forma poder otorgarles a los contratantes los derechos conexos a una relación filial.

Ya en el año 2009, la Corte Constitucional era consciente del auge que venía teniendo este tema en nuestro país, tanto que hace referencia a los innumerables anuncios que encontramos en internet de mujeres que están ofreciendo alquilar su vientre a cambio de una remuneración económica.

Entonces, según lo anteriormente descrito, se podría dar a entender en términos generales que en Colombia es una práctica que está aceptada desde el punto de vista jurídico, aunque no se encuentre regulada. Y para ir más allá podríamos decir de igual manera que la maternidad de la que habla la sentencia es con fines económicos, porque se menciona los términos económicos que se tienen en cuenta a la hora de entregar al recién nacido.

Por su parte la Declaración de los Derechos del Niño establece en su segundo principio que:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño (Organización de la Naciones Unidas [ONU], 1959, p. 3)

Otro instrumento importante en el que se hace referencia al tema es la Convención sobre los derechos del niño, que establece, todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada

protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.

Artículo 3.

3.1 En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

3.2 Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [UNICEF], 1989, p. 3)

Proyecto de ley 202 de 2016, precisamente en este año (2016) se presentó un proyecto de ley ante la Cámara de Representantes del Congreso (proyecto de ley 202), por medio de la cual se pretende se prohíba la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos.

Se busca proteger los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, procreación y salud de la mujer; y el derecho a la vida y a conformar una familia del que está por nacer. Este proyecto de ley busca incluso que todo acto jurídico en donde la mujer tenga la obligación de renunciar a la filiación materna se entienda nulo de pleno derecho.

Los proponentes de este proyecto de ley establecen dentro de sus motivos que la maternidad subrogada con fines lucrativos es una explotación al cuerpo de la mujer y de los menores, pues la misma constituye una objetivación del cuerpo de las mujeres convirtiéndolas en máquinas para hacer bebés que se arriendan y se explotan con el fin de satisfacer a terceros y de otra parte convierte a los niños en mercancía que se encarga, se compra, se vende y se devuelven o se cambian si no satisfacen al cliente. Para ilustrar esta posición, se trae a colación un caso ocurrido en Tailandia, donde una pareja de hombres homosexuales, encargaron un par de bebés mediante el alquiler de vientre, uno de los recién nacidos nació con síndrome de Down, por esta razón los hombres se llevaron al bebé sano y la madre sustituta tuvo que quedarse con el bebé enfermo, a pesar de sus condiciones económicas.

Otra problemática que evidencian en el proyecto de ley con miras a que se prohíba la subrogación, es que es una práctica que se realiza con más frecuencia en los países menos desarrollados, donde se encuentran las mujeres con menos recursos económicos. Este es un motivo que ha tenido fuerte peso en los diferentes debates que se presentan en los países cuando se habla de maternidad subrogada, puesto que en muchas ocasiones se ha evidenciado que las parejas que buscan convertirse en padres mediante la maternidad subrogada, viajan a aquellos lugares en donde viven mujeres muy pobres, ya que les sale más barato todo el procedimiento (incluido el tratamiento para gestar al bebé) y estas mujeres de tan escasos recursos, obligadas por la necesidad alquilan su vientre a precios mucho más bajos que en aquellos países más desarrollados, donde el procedimiento es mucho más costoso.

Aquí, como lo mencionamos anteriormente, es donde se llega a argumentar que no existe una plena voluntad por parte de la mujer que está alquilando su vientre, pues las condiciones externas como su condición económica entrarían a viciar su real voluntad.

De igual manera se hace referencia al tema de la filiación, que en nuestro ordenamiento jurídico es la figura mediante la cual se establecen las relaciones familiares (patria potestad, orden sucesoral, derecho de alimentos, nacionalidad y autoridad de los padres)

Para las madres la filiación se da por el hecho del nacimiento, así se establece en el Código Civil (1873), artículo 335:

La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero. Con respecto al padre, se establece que la filiación se determina por: Se presume que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento. (p. 25)

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 93, establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos prevalecen en el orden interno. Esto significa que los instrumentos internacionales que Colombia ha ratificado son de obligatorio cumplimiento y sirven como parámetro para la protección de los derechos humanos en la maternidad subrogada. Esta disposición asegura que los derechos de la mujer gestante, del menor nacido mediante subrogación y de los padres comitentes se interpreten conforme a los estándares internacionales. (Corte Constitucional, 2009).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en 1948 y acogida por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, reconoce en su artículo 1 que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. El artículo 3 garantiza el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, mientras que el artículo 5 prohíbe los tratos crueles, inhumanos o degradantes. El artículo 16 reconoce el derecho de hombres y mujeres a fundar una familia, pero no a costa de los derechos de otros, y el artículo 25 protege la maternidad y la

infancia. Estos principios resultan fundamentales para la maternidad subrogada, ya que reafirman la dignidad de la mujer gestante y los derechos del niño. (ONU, 1948).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado en 1966 y ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968. Este instrumento garantiza en su artículo 7 que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El artículo 17 reconoce el derecho de toda persona a la intimidad personal y familiar, y el artículo 23 dispone que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado. Estas disposiciones son esenciales en el contexto de la maternidad subrogada, ya que protegen a la mujer frente a la explotación y al menor frente a la cosificación y el tráfico de personas. (ONU, 1948).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también adoptado en 1966 y ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, reconoce en su artículo 10 la obligación de los Estados de proteger a la familia, a las madres durante el embarazo y después del parto, así como a los niños contra la explotación. El artículo 12 establece el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En el marco de la maternidad subrogada, estos derechos obligan al Estado a garantizar la salud y la protección de la mujer gestante y del niño nacido bajo este procedimiento. (ONU, 1966b).

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada en 1979 y ratificada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981, establece en su artículo 5 la obligación de los Estados de modificar patrones socioculturales que perpetúan la discriminación contra la mujer. El artículo 6 ordena suprimir todas las formas de explotación de la mujer, incluida la reproductiva, y el artículo 12 exige garantizar a las mujeres el acceso a servicios de salud, incluida la salud reproductiva. Esta convención es crucial para el análisis de la maternidad subrogada porque muchas mujeres que participan como gestantes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad socioeconómica. (ONU, 1979).

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989 y ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, establece en su artículo 3 que en todas las medidas concernientes a los niños debe primar el interés superior del niño. El artículo 7 reconoce el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, y el artículo 9 establece que los niños no deben ser separados de sus padres salvo por decisión de autoridad competente y en su interés superior. El artículo 35 compromete a los Estados a prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños. Estas normas son esenciales en el contexto de la maternidad subrogada, pues protegen al menor de la comercialización y garantizan su derecho a la identidad y al cuidado familiar. (ONU, 1979).

Este Protocolo, adoptado en el año 2000 y ratificado por Colombia mediante la Ley 765 de 2002, define la venta de niños como cualquier acto o transacción mediante la cual un menor es transferido a otra persona a cambio de remuneración u otro beneficio. Es de gran importancia en el análisis de la maternidad subrogada, ya que establece parámetros para prevenir que esta práctica, especialmente cuando es de carácter comercial, se convierta en un mecanismo de tráfico de menores. (ONU, 2000).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, adoptada en 1969 y ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, consagra en su artículo 4 el derecho a la vida, en su artículo 5 el derecho a la integridad personal, en su artículo 11 el derecho a la honra y a la dignidad, en su artículo 17 la protección a la familia y en su artículo 19 la protección especial a los derechos de los niños. Este instrumento es central en el marco de la maternidad subrogada, pues refuerza la obligación del Estado de proteger tanto a las mujeres gestantes como a los menores contra la explotación y la instrumentalización de sus cuerpos. (ONU, 1979).

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, conocido como Protocolo de Palermo, fue adoptado en el año 2000 y ratificado por Colombia mediante la Ley 800 de 2003. Este instrumento establece la obligación de los Estados de prevenir y sancionar la trata de personas con fines de explotación, incluida la explotación reproductiva. En el contexto de la maternidad subrogada, es clave para abordar

situaciones en las que las mujeres gestantes son sometidas a prácticas que pueden constituir formas de trata. (ONU, 2000).

3.2.4 Referente Jurisprudencial

Sentencia Labassee contra Francia, No. 65941/11 – Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El 26 de junio de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió el caso Labassee contra Francia, donde las autoridades francesas se negaron a reconocer la filiación de un menor nacido mediante maternidad subrogada en Estados Unidos, alegando que esta práctica contravenía el orden público. El Tribunal concluyó que esta negativa violaba el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que garantiza el derecho al respeto de la vida privada y familiar, pues el menor fue privado del reconocimiento de su identidad jurídica y de un entorno familiar estable. Además, la decisión vulneró el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que consagra el interés superior del menor como consideración primordial en todas las decisiones que le afecten. La sentencia resalta que los estados deben priorizar los derechos fundamentales de los menores por encima de consideraciones de orden público en materia de filiación, lo que es directamente aplicable al contexto colombiano donde la falta de regulación deja a los menores en un estado de inseguridad jurídica.

Sentencia Mennesson contra Francia, No. 65192/11 – Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El 26 de septiembre de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió el caso Mennesson contra Francia, en el cual las autoridades francesas se negaron a inscribir en el registro civil a los hijos nacidos mediante un contrato de maternidad subrogada realizado en Estados Unidos. El Tribunal determinó que esta negativa vulneró el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al afectar el derecho de los menores a la vida privada y familiar, así como su identidad jurídica. La decisión también desconoció el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que reconoce el derecho del niño a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. Este precedente pone de relieve que los menores no pueden ser privados de su identidad y de la protección de su entorno familiar por las restricciones legales de los estados, un problema que

resulta pertinente para Colombia dado que el vacío normativo sobre la subrogación puede generar situaciones similares.

Sentencia D.B. y otros contra Suiza, Nos. 58817/15 y 58252/15 – Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El 22 de noviembre de 2022, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió el caso D.B. y otros contra Suiza, donde el país solo reconoció la filiación del padre biológico y se negó a reconocer al padre intencional de un niño nacido mediante subrogación en Estados Unidos. El Tribunal concluyó que esta negativa vulneró el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al afectar el derecho del menor al respeto de su vida privada y familiar, así como su derecho a la identidad. La decisión también vulneró el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 al no priorizar el interés superior del menor en la determinación de su filiación. Este caso demuestra que la omisión de los estados en reconocer plenamente la filiación de los menores nacidos mediante subrogación genera una desprotección de derechos fundamentales, situación que guarda una relación directa con la falta de regulación existente en Colombia.

Sentencia Paradiso y Campanelli contra Italia, No. 25358/12 – Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala: El 24 de enero de 2017, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió el caso Paradiso y Campanelli contra Italia, donde las autoridades italianas retiraron a un niño de los padres intencionales al descubrir que había nacido mediante un contrato de maternidad subrogada celebrado en Rusia, práctica prohibida en Italia. Aunque el Tribunal reconoció que esta medida afectaba el derecho al respeto de la vida privada y familiar protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, concluyó que estaba justificada para proteger el orden público y el interés superior del menor. Sin embargo, esta decisión dejó en evidencia el riesgo de desprotección de los derechos del niño, consagrados en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, y generó tensiones entre las medidas estatales de protección y el derecho del menor a permanecer en un entorno estable y familiar. Este precedente refleja los desafíos que enfrenta Colombia para armonizar la protección de los derechos humanos de los menores con las políticas nacionales que aún carecen de regulación específica en materia de subrogación.

Sentencia C contra Italia, No. 47196/21 – Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El 31 de agosto de 2023, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió el caso C contra Italia, en el que las autoridades italianas se negaron a reconocer la filiación de un menor nacido mediante subrogación en el extranjero. El Tribunal determinó que esta negativa vulneró el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al afectar el derecho del menor a la vida privada, especialmente a su identidad y a gozar de un entorno familiar seguro. Asimismo, la falta de reconocimiento atentó contra el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, al impedir que el menor pudiera ejercer plenamente su derecho a ser inscrito y a conocer su filiación. Este caso refuerza la necesidad de que los estados adopten medidas normativas claras que garanticen los derechos de los menores nacidos mediante subrogación, cuestión crucial para el ordenamiento jurídico colombiano que carece de una regulación específica.

La Sentencia T-232 de 2024 constituye un precedente trascendental sobre maternidad subrogada, apatridia y protección reforzada de niños nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, pues la Corte desarrolló una interpretación constitucional basada en la dignidad humana, el interés superior del menor y las obligaciones internacionales del Estado colombiano. La Sala identificó que el principal problema jurídico no radicaba únicamente en la modificación del registro civil, sino en la omisión estatal frente al riesgo previsible de apatridia derivado del vacío normativo existente sobre maternidad subrogada en Colombia. En este sentido, la Corte reconoció que aunque la maternidad subrogada no está prohibida expresamente en el ordenamiento jurídico colombiano, tampoco existe una regulación integral que establezca reglas claras sobre filiación, nacionalidad y protección de menores nacidos mediante estos procedimientos, especialmente en contextos internacionales. La Corte sostuvo que la ausencia de regulación legislativa no exonera al Estado de garantizar los derechos fundamentales comprometidos y, por el contrario, impone obligaciones positivas de protección. La ratio decidendi de la sentencia se centró en afirmar que el Estado colombiano vulnera los derechos fundamentales de niños nacidos mediante maternidad subrogada cuando, pese a conocer el riesgo cierto de apatridia derivado de conflictos de filiación y vacíos regulatorios, omite adoptar medidas eficaces para garantizar el reconocimiento de la nacionalidad y la protección integral del menor. Bajo esta lógica, la Corte consideró que las autoridades administrativas actuaron de

manera excesivamente formalista al limitarse a exigir requisitos documentales y desconocer la situación material de vulnerabilidad en la que se encontraba la niña. Asimismo, la Sala desarrolló una concepción robusta de la nacionalidad como derecho fundamental autónomo, entendiendo que no se trata únicamente de un vínculo administrativo con el Estado, sino de un atributo esencial de la personalidad jurídica y una condición indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales. La sentencia también evidenció cómo la maternidad subrogada desafía las categorías tradicionales del derecho civil relativas a la maternidad y la filiación, pues en el caso coexistían una madre gestacional, una donante genética y un padre biológico extranjero, lo que reveló la insuficiencia de los modelos jurídicos clásicos frente a las nuevas realidades biotecnológicas. Además, la Corte incorporó estándares internacionales derivados de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, señalando que Colombia tiene deberes internacionales de prevención activa frente a escenarios de exclusión jurídica de menores. Finalmente, la sentencia formuló una crítica estructural al modelo colombiano de tolerancia desregulada frente a la maternidad subrogada, advirtiendo riesgos asociados a la mercantilización reproductiva, la explotación de mujeres gestantes, la inseguridad filiatoria y la desprotección de niños nacidos mediante acuerdos reproductivos transnacionales, razón por la cual exhortó nuevamente al Congreso de la República a expedir una regulación integral sobre la materia. (T-2322024)

Sentencia t-309 de 2025: La Sala Novena de Revisión fundamentó su decisión de revocar los fallos de instancia y amparar los derechos de la accionante con base en las siguientes consideraciones jurídicas determinantes:

Inaplicabilidad de la exclusión del PBS ante la protección de derechos fundamentales: Si bien la fertilización in vitro se encuentra expresamente excluida de la cobertura del Plan de Beneficios en Salud (PBS) por razones de sostenibilidad financiera, esta exclusión debe inaplicarse cuando su negación afecte de manera desproporcionada la dignidad humana y los derechos reproductivos (en sus facetas de autonomía reproductiva y acceso a la salud reproductiva). La infertilidad, aunque no compromete la vida en sentido biológico, impacta gravemente el bienestar psicológico, la salud mental y el proyecto de vida familiar de la paciente.

Prohibición de trasladar barreras administrativas al usuario: Las Entidades Promotoras de Salud (EPS) tienen la obligación constitucional y legal (conforme a la Ley Estatutaria de Salud y la Resolución 740 de 2024) de prestar los servicios bajo los principios de accesibilidad e integralidad. La Corte determinó que Sura EPS incurrió en una práctica negligente al permitir de forma consecutiva el vencimiento de las prescripciones en la plataforma Mipres debido a su propio silencio u omisión de trámite, lo cual constituye una barrera administrativa injustificada que vulnera el derecho a la salud.

Cumplimiento de las reglas de financiación parcial (Sentencia SU-074 de 2020): La Sala verificó que en el caso concreto se cumplían los presupuestos de la jurisprudencia constitucional unificada para el acceso excepcional a tratamientos de reproducción asistida con recursos públicos:

Condición de infertilidad y necesidad del tratamiento: Se demostró mediante la historia clínica y el testimonio del médico especialista que la actora padece de infertilidad absoluta irreversible por vía natural, debido a antecedentes de cáncer de cérvix, endometriosis y a una salpingectomía bilateral previa requerida para optimizar el procedimiento. La fertilización in vitro se consolidó como la única alternativa médica viable.

Ausencia de capacidad económica: Se acreditó la falta de recursos para costear de forma privada el procedimiento, toda vez que el salario de la accionante es el único ingreso de su núcleo familiar y sus egresos mensuales consumen casi la totalidad de este, configurando el riesgo de un "gasto catastrófico".

Por consiguiente, la Corte concluyó que la EPS no podía escudarse en la vigencia formal del Mipres (cuya expiración fue provocada por su propia inacción) ni en la incertidumbre del éxito del tratamiento para negar el servicio, ordenando la intervención de la ADRES para determinar el porcentaje específico de cofinanciación estatal. (T-309. 2025)

Sentencia t-031 de 2026: La Sala Segunda de Revisión decidió revocar el fallo de instancia que había negado la tutela, basándose en los siguientes pilares de fundamentación jurídica:

La autonomía reproductiva como derecho fundamental exigible: La Corte estableció que la decisión de una persona de optar por gestar o abstenerse de hacerlo, así como de determinar el número de hijos que desea tener, constituye un asunto que trasciende la mera voluntad y se eleva a la categoría de derecho fundamental reivindicable. La autonomía reproductiva no solo implica la faceta negativa (evitar embarazos), sino también la faceta positiva: asegurar los medios científicos, tecnológicos y materiales para consolidar y materializar el deseo de fecundidad cuando este se ha modificado tras un evento traumático o un cambio en el plan de vida.

La infertilidad adquirida como condición médica atendible: Con el respaldo del concepto de la Defensoría del Pueblo, la Sala de Revisión determinó que la infertilidad generada por una esterilización quirúrgica previa (método anticonceptivo permanente) no deja de ser una condición médica anatómica y fisiológica. Por lo tanto, el hecho de que haya sido producto de una decisión voluntaria inicial no faculta al sistema de salud para excluir de forma absoluta a la mujer de recibir consejería, información integral y tratamientos médicos de restauración cuando surjan nuevas necesidades asociadas a su libertad reproductiva.

La Sala reconoció la validez de los conceptos emitidos por la junta médica respecto de los riesgos que un nuevo embarazo podría representar para la salud de Valeria debido a sus antecedentes obstétricos. No obstante, consideró que tales riesgos no constituyen una limitación jurídica absoluta que impida el acceso al procedimiento solicitado. En consecuencia, determinó que la decisión final debe recaer en la paciente, siempre que esta cuente con información suficiente, clara y comprensible sobre las posibles consecuencias médicas derivadas de su elección. En este contexto, la función de los profesionales de la salud consiste en suministrar la información necesaria para garantizar un consentimiento libre e informado, así como brindar el acompañamiento médico correspondiente, sin sustituir la voluntad de la paciente ni restringir injustificadamente su capacidad de decisión.

Deficiencia en el consentimiento informado original: La Corte resaltó que un consentimiento para la esterilización definitiva, emitido en un contexto médico traumático o de alta urgencia (como una cesárea por preeclampsia severa a las 28 semanas), puede adolecer de vicios si no se evalúan las contingencias emocionales derivadas de la potencial pérdida del

neonato. Al asociarse la literatura científica con una tasa de arrepentimiento del 20% cuando el Pomeroy se realiza bajo escenarios críticos, el sistema de salud debe flexibilizar sus posturas de exclusión financiera para no perpetuar un daño al proyecto de vida de la mujer. (T-301 2026)

3.2.5 Referente Doctrinal

Siempre que se hace referencia a los sujetos de derechos normalmente se asimila esto con el concepto de persona, entendiendo a ésta como la única concepción que existe dentro de la categoría de sujetos de derechos sin que se incluyan otras concepciones tales como la de sujeto de relevancia jurídica, sujeto de especial protección, etc; (Herrera, 2018).

Tello (2009, como se cita en Monroy, 2013) define la maternidad subrogada como: El compromiso entre una mujer, llamada "mujer gestante", a través del cual esta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados el o los "subrogantes", a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con el o los subrogantes. (p. 141)

León y Millán (2013) mencionan que el contrato de maternidad subrogada es de carácter bilateral, al existir obligaciones en cabeza de ambas partes; aleatorio, por ser incierto si la subrogada dará a luz un hijo; de ejecución instantánea, puesto que con la ejecución de la obligación se termina el contrato; consensual o solemne, dependiendo si en el país en que se ha permitido el contrato se exige algún tipo de solemnidad; y oneroso o gratuito, dependiendo lo acordado por las partes y lo permitido por la legislación.

Así como algunos iuspositivistas negaron la existencia de lagunas, otros defienden su existencia. Tal es el caso de Alchourrón y Bulygin (como se cita en Ramos, 2017), quienes mencionan que, si las soluciones previstas por las normas de un sistema jurídico no alcanzan a resolver todos los casos, ese sistema jurídico tiene lagunas (p. 35) o cuando un caso genérico no encuentra solución en las normas de un sistema jurídico se dirá que ese caso es una laguna. (Ramos. 2017).

Para Ramos (2017) existen cuatro tipos de lagunas:

Lagunas normativas: se presentan cuando un caso relevante jurídicamente no encuentra solución en las normas de un sistema jurídico. Son auténticas carencias de regulación

del sistema jurídico y se consideran verdaderas lagunas del derecho. En este tipo de lagunas el sistema jurídico no ofrece solución para determinados casos.

Lagunas de conocimiento: se presentan cuando no es posible determinar si un caso individual pertenece o no a un caso genérico, porque no se conocen bien las propiedades del hecho.

Lagunas de reconocimiento: se presentan cuando en casos individuales en los cuales, por falta de precisión semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico, no se sabe si pertenecen o no al caso genérico en cuestión.

Lagunas axiológicas: aquellas en las cuales las normas no solucionan casos o propiedades que deberían considerarse relevantes con arreglo a alguna hipótesis de relevancia referida al sistema jurídico de que se trate. En este tipo de lagunas el sistema jurídico sí ofrece solución, pero es una solución insatisfactoria para el intérprete, porque este cree que debería considerarse relevante algún caso o propiedad al que el legislador no atribuye la relevancia que merece. (pp. 58-60)

Camacho (2009, citado por López & Aparisi, 2012) afirma que:

La maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda.

En Colombia es evidente la ausencia de una ley expresa que regule la maternidad subrogada, respecto al tema, Russi (2010) afirma que:

Si bien no existe una regulación específica en la materia, tampoco existe norma que la prohíba; por el contrario, con fundamento en el artículo 42 de nuestra Constitución Política, el cual otorga los mismos derechos de los hijos naturales a aquellos que hayan

sido procreados con asistencia científica, podría decirse que el arrendamiento de vientre está permitido. (p. 5)

Como se ha mencionado anteriormente, la práctica de la maternidad subrogada en nuestro país carece de una ley clara y específica en esta materia. Ante la necesidad de legislación, se han presentado varios proyectos de ley los cuales han sido archivados. Actualmente, cursa en el Congreso de la República el proyecto de ley 202 del 2016, el cual tiene por objeto prohibir la práctica de la maternidad subrogada en Colombia, con el fin de proteger los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, procreación y salud de la mujer, así como el derecho a la vida y al de conformar una familia de quien está por nacer. El fundamento de su prohibición se basa en que esta práctica se considera como una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos. Aunque hay muchas perspectivas acerca del tema, es válido que cada doctrinante realice un estudio acerca de lo que podría llegar a ser lo más cercano a resolver paradigmas.

El artículo “*Maternidad subrogada a debate*” de Gilberto A. Gamboa-Bernal (2023) realiza un análisis de las implicaciones bioéticas, jurídicas y sociales asociadas a la maternidad subrogada. El autor señala que, aunque esta práctica surge como una alternativa frente a los problemas de infertilidad y esterilidad, su implementación ha generado diversas discusiones doctrinales relacionadas con la naturaleza de los acuerdos de subrogación, el papel de la mujer gestante y las consecuencias derivadas de la intervención de terceros en los procesos reproductivos. Asimismo, expone las posiciones críticas que consideran que la maternidad subrogada puede generar riesgos de instrumentalización de las relaciones humanas y plantea la necesidad de establecer marcos regulatorios claros que permitan delimitar los derechos, obligaciones y responsabilidades jurídicas de las personas que intervienen en esta práctica.

El texto evidencia que en muchos países la subrogación es un negocio lucrativo con costos elevados y una regulación jurídica desigual, que ha generado fenómenos como el “turismo reproductivo”. Este vacío legal deja en situación de vulnerabilidad a las madres gestantes, a los niños nacidos bajo estos acuerdos y a los propios padres contratantes, quienes a menudo enfrentan conflictos de filiación, riesgos de fraude y problemas legales transnacionales.

Desde la perspectiva bioética, Gamboa sostiene que la maternidad subrogada rompe el vínculo natural madre-hijo, fomenta prácticas eugenésicas y contribuye a una visión utilitarista

de la procreación humana. Además, critica que, bajo la apariencia de un acto altruista, la subrogación suele responder a intereses económicos, beneficiando principalmente a agencias, clínicas, abogados y médicos que se lucran con esta actividad, mientras los demás actores se encuentran en situaciones de alta vulnerabilidad.

El autor concluye que la maternidad subrogada, incluso cuando se presenta como altruista, es contraria a la dignidad humana y propone que debería prohibirse universalmente, ya que priorizar el interés público y la protección de los derechos de las mujeres y los niños debe prevalecer sobre los deseos individuales de tener descendencia biológica.

El texto ayuda a identificar los principales vacíos y dilemas que enfrenta la regulación jurídica de la maternidad subrogada. Gamboa resalta que, en contextos donde la legislación es insuficiente o inexistente, los derechos de las madres gestantes y de los menores nacidos mediante este procedimiento se ven comprometidos, lo que coincide con la realidad colombiana, donde no existe un marco normativo específico.

Además, el artículo muestra cómo la desigualdad en el acceso a la maternidad subrogada, la instrumentalización de las mujeres en situación de vulnerabilidad y la confusión en torno a los derechos del menor plantean graves retos para el Estado social de derecho. También destaca los riesgos del “turismo reproductivo” en países con regulación débil o inexistente, un aspecto crucial para comprender las implicaciones de la práctica en Colombia.

Por tanto, el presente estudio constituye un aporte para la reflexión académica y jurídica sobre la necesidad de establecer un marco normativo que regule de manera integral la maternidad subrogada en Colombia. Asimismo, proporciona elementos de análisis para la identificación de los vacíos normativos existentes, las consecuencias jurídicas que estos generan para las personas que intervienen en esta práctica y los desafíos que enfrenta el ordenamiento jurídico frente a las nuevas formas de reproducción humana asistida, contribuyendo al fortalecimiento de la seguridad jurídica y a la construcción de respuestas regulatorias acordes con la realidad social y jurídica contemporánea.

La profesora Estellés Peralta en el artículo del Observatorio de Bioética de la Universidad Católica de Valencia analiza críticamente la práctica de la maternidad subrogada, señalando que vulnera los derechos y la dignidad tanto de las mujeres gestantes como de los niños nacidos bajo esta modalidad. La maternidad subrogada convierte la reproducción humana en un acto

comercial, reduciendo a la mujer a un mero instrumento para cumplir los deseos de paternidad de otros y cosificando al niño, tratándolo como un objeto de intercambio. Esta práctica afecta especialmente a mujeres en situación de pobreza y vulnerabilidad, quienes, bajo presión económica o social, aceptan contratos que limitan su autonomía y someten su cuerpo a las decisiones de terceros, lo que implica explotación reproductiva y sexual. (Estellés Peralta, P. M. 2022)

El texto también destaca que el Tribunal Supremo de España ha declarado la nulidad de los contratos de maternidad subrogada, afirmando que son contrarios al orden público y al interés superior del menor, por lo que la filiación debe atribuirse a la madre gestante. Asimismo, resalta que el deseo de ser padres no puede imponerse sobre los derechos de la gestante ni del menor, y que la adopción es la vía legal para reconocer la relación de filiación, aunque no resuelve completamente los problemas derivados de esta práctica y puede generar nuevas dificultades, como la idoneidad de los padres de intención que han eludido las leyes. (Estellés Peralta, P. M. 2022)

El autor sostiene una postura crítica frente a la maternidad subrogada, argumentando que esta práctica puede generar riesgos asociados a la instrumentalización de las relaciones reproductivas y a la intervención de intereses económicos en los procesos de gestación. Asimismo, plantea la necesidad de establecer mecanismos regulatorios que permitan delimitar con claridad las condiciones bajo las cuales puede desarrollarse esta práctica y las responsabilidades de las personas involucradas. Desde esta perspectiva, el artículo aporta elementos relevantes para el análisis de los desafíos jurídicos que plantea la maternidad subrogada y la necesidad de contar con un marco normativo que otorgue seguridad jurídica a las relaciones surgidas entre la mujer gestante, los padres intencionales y el menor nacido mediante estas técnicas de reproducción humana asistida.

El contenido del artículo guarda relación con la presente investigación, en la medida en que contribuye al estudio de las implicaciones jurídicas derivadas de la falta de regulación de la maternidad subrogada en Colombia, permitiendo identificar algunos de los vacíos normativos y conflictos jurídicos que pueden surgir entre las personas que intervienen en esta práctica durante el periodo comprendido entre 2009 y 2025.

La exposición de los riesgos de vulneración de derechos humanos en la maternidad subrogada que señala el artículo, como la explotación reproductiva de las mujeres y la cosificación de los niños, coincide con los principales aspectos a examinar en el contexto colombiano. El texto evidencia cómo la ausencia de una regulación clara puede permitir la explotación de mujeres en situación de vulnerabilidad y el tráfico de menores, situaciones que constituyen violaciones a los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales.

Además, el artículo proporciona un enfoque comparativo, mostrando cómo la jurisprudencia española prioriza el interés superior del menor y la dignidad de la mujer gestante, lo que puede servir como referencia para reflexionar sobre los vacíos normativos en el ordenamiento jurídico colombiano y la necesidad de desarrollar políticas y normas que protejan efectivamente a todos los involucrados en este tipo de procesos.

El documento “Consideraciones clave: derechos de los niños y las niñas nacidos mediante maternidad subrogada” (UNICEF, 2022) analiza los principales retos y riesgos para los derechos humanos de los niños nacidos a través de la maternidad subrogada, especialmente en el contexto de los acuerdos internacionales. Señala que, aunque todos los niños tienen los mismos derechos según la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la falta de marcos legales claros en la mayoría de los Estados deja a estos niños en situación de vulnerabilidad.

Entre los principales problemas se encuentran la violación del derecho a la identidad, que incluye el nombre, la nacionalidad, la filiación y el acceso a los orígenes, así como la posibilidad de ser víctimas de venta y tráfico. También se aborda el riesgo de apatridia, derivado de conflictos de jurisdicción entre países, la discriminación basada en la discapacidad o el género y las dificultades en el establecimiento seguro de la filiación legal. Además, advierte que los aspectos comerciales predominantes en muchos acuerdos de subrogación transforman a los niños en objetos de transacción, lo que atenta contra su dignidad y sus derechos fundamentales.

El documento subraya la necesidad de proteger a las mujeres gestantes, quienes a menudo se encuentran expuestas a explotación, coerción y falta de consentimiento informado, lo que incrementa la vulneración de los derechos humanos.

Para enfrentar estos desafíos, UNICEF propone a los Estados la implementación de sistemas de registro civil que garanticen el acceso a la identidad, la prohibición expresa de la venta y el tráfico de niños, la regulación estricta de los intermediarios, la realización de evaluaciones

rigurosas del interés superior del menor tanto antes como después del nacimiento, la eliminación de la discriminación contra los niños con discapacidad y la garantía de que todos los niños nacidos mediante subrogación tengan una nacionalidad desde su nacimiento.

El documento de UNICEF es de gran relevancia para el problema de investigación titulado “¿Cuáles son las implicaciones jurídicas de las personas que intervienen en el proceso de maternidad subrogada según la regulación del ordenamiento jurídico colombiano durante el periodo comprendido entre el año 2009 hasta el año 2025?”.

El texto destaca que los vacíos normativos afectan no solo a los niños nacidos mediante la maternidad subrogada, sino también a las mujeres gestantes, lo cual coincide con los desafíos que enfrenta Colombia debido a la falta de legislación específica sobre la materia. Esta ausencia de regulación deja expuestos a los menores y a las mujeres a violaciones de derechos humanos, lo que evidencia la necesidad de desarrollar políticas claras y coherentes que garanticen su protección.

Además, el documento ofrece criterios y estándares internacionales, como los establecidos en la CDN, el Protocolo Facultativo sobre la venta de niños y los Principios de Verona, que sirven de marco de referencia para comparar la situación en Colombia y evaluar las brechas existentes. Esto permite ubicar la investigación dentro de los compromisos internacionales del país y resalta la urgencia de armonizar la legislación nacional con estos estándares globales.

El enfoque del texto también demuestra que las implicaciones de la maternidad subrogada no se limitan al ámbito contractual o familiar, sino que abarcan cuestiones centrales del derecho público, como la identidad, la filiación, la protección contra la trata y el interés superior del menor, todos ellos relevantes para el desarrollo de la investigación.

4. Metodología

4.1 Paradigma

De acuerdo con Roberto Hernández Sampieri (2012), la búsqueda de respuestas frente a las problemáticas que se presentan en la sociedad debe desarrollarse mediante una investigación cualitativa, toda vez que este tipo de metodología permite comprender la realidad social desde una perspectiva amplia, crítica e interpretativa. En este sentido, el paradigma cualitativo no se limita únicamente a la recolección de datos, sino que busca analizar, interpretar y comprender los fenómenos sociales y jurídicos en su contexto, permitiendo al investigador acercarse de manera profunda al objeto de estudio y a las dinámicas que lo rodean.

Desde esta perspectiva, el paradigma de investigación jurídica adoptado en el presente trabajo parte de la necesidad de comprender cómo determinadas problemáticas jurídicas surgen y evolucionan dentro de la sociedad, teniendo en cuenta que el derecho no puede analizarse de forma aislada, sino en permanente relación con las transformaciones sociales, culturales, económicas y políticas. Así, la investigación jurídica cualitativa permite estudiar las normas, los precedentes judiciales, las interpretaciones doctrinales y las prácticas sociales desde una visión integral, orientada a identificar las causas, consecuencias y alcances de los fenómenos objeto de análisis.

Asimismo, las investigaciones jurídicas desarrolladas bajo este paradigma deben enfocarse en aspectos relevantes relacionados con la evolución de las relaciones sociales y el comportamiento de las instituciones jurídicas frente a las necesidades de la comunidad. Los esquemas sociales no son estáticos; por el contrario, se transforman constantemente debido a la interacción entre los individuos, las instituciones y el entorno. En consecuencia, las necesidades humanas y los conflictos que emergen dentro de la sociedad exigen estudios más amplios y profundos, capaces de abordar la realidad desde dimensiones conceptuales, sociales, normativas y axiológicas.

En este orden de ideas, la investigación jurídica cualitativa permite al investigador construir una comprensión crítica del fenómeno estudiado, analizando no solo el contenido de las normas, sino también su aplicación práctica, sus efectos sociales y las interpretaciones realizadas por los operadores jurídicos. De esta manera, el paradigma cualitativo aporta herramientas

metodológicas que facilitan el análisis de las problemáticas jurídicas desde una visión reflexiva y argumentativa, orientada a la producción de conocimiento y a la formulación de posibles soluciones frente a las situaciones objeto de estudio.

4.2 Enfoque

El enfoque adoptado para la presente investigación es el hermenéutico. Según Gonzales (2013), las investigaciones cualitativas con enfoque hermenéutico permiten comprender e interpretar los múltiples sentidos de las acciones humanas, así como las diferentes manifestaciones sociales y jurídicas presentes dentro de un contexto determinado. Este enfoque busca profundizar en la interpretación de las experiencias, los discursos, las normas y los fenómenos sociales, permitiendo al investigador desarrollar una comprensión integral del objeto de estudio.

La hermenéutica jurídica constituye una herramienta fundamental dentro de las investigaciones en derecho, debido a que posibilita interpretar el contenido y alcance de las normas jurídicas, los precedentes judiciales y las diferentes fuentes del derecho, teniendo en cuenta el contexto histórico, social y jurídico en el que se producen. En consecuencia, este enfoque no se limita a una lectura literal de las disposiciones normativas, sino que busca comprender el sentido y la finalidad de las mismas, así como su impacto dentro de la realidad social.

En el desarrollo de esta investigación, el análisis de precedentes judiciales, normas, doctrina y demás fuentes de información resulta esencial para comprender la problemática jurídica planteada. Por ello, el enfoque hermenéutico se ajusta adecuadamente al propósito del estudio, ya que permite interpretar críticamente las distintas posturas jurídicas existentes y construir un análisis argumentativo sobre el fenómeno investigado. Además, mediante la construcción de un “estado de la cuestión”, como lo plantea la autora citada, se logra consolidar una revisión sistemática y analítica del conocimiento existente sobre el tema, identificando vacíos, debates y posiciones doctrinales relevantes.

De igual forma, este enfoque facilita el estudio de campo y acción en relación con el problema jurídico objeto de investigación, permitiendo comprender cómo las normas y decisiones judiciales son aplicadas en la práctica y cuáles son sus implicaciones dentro del entorno social. Así, la interpretación hermenéutica se convierte en un instrumento indispensable para el análisis crítico del derecho, orientado no solo a describir las disposiciones jurídicas, sino también a evaluar su eficacia, coherencia y pertinencia frente a las necesidades de la sociedad contemporánea. (Gonzales 2013)

4.3 Método

De acuerdo con Gómez et al. (2017), la revisión documental constituye una técnica fundamental dentro de las investigaciones académicas y científicas, especialmente en aquellos estudios orientados al fortalecimiento de las competencias de lectura, escritura y análisis crítico en estudiantes universitarios. Los autores sostienen que el análisis y desarrollo de documentos permite ampliar las ideas y perspectivas del investigador mediante la búsqueda sistemática de información relevante, contribuyendo no solo a la comprensión de un fenómeno determinado, sino también a la construcción de posturas críticas y argumentativas frente al problema objeto de estudio.

En este sentido, la revisión documental posibilita identificar antecedentes, teorías, conceptos y posiciones doctrinales que enriquecen el desarrollo de la investigación, permitiendo contrastar diferentes puntos de vista y generar un análisis más profundo y fundamentado. Asimismo, esta técnica facilita la organización y sistematización de la información obtenida, lo cual resulta indispensable para construir bases teóricas sólidas y elaborar interpretaciones coherentes sobre el tema investigado.

La revisión documental constituye el método de investigación más adecuado para el desarrollo del presente trabajo, toda vez que el análisis jurídico requiere acudir a diversas fuentes de información que permitan comprender integralmente la problemática planteada. Para ello, es necesario seguir parámetros metodológicos previamente establecidos, relacionados con la selección, verificación y análisis de los instrumentos documentales utilizados durante la

investigación, garantizando así la confiabilidad, pertinencia y validez de la información recopilada.

Dentro de esta técnica, el concepto de documento abarca una amplia variedad de fuentes, entre las cuales se encuentran libros, artículos científicos, informes investigativos, manuscritos, registros audiovisuales, actas, jurisprudencia, sentencias judiciales, normas, leyes, decretos y demás documentos de carácter jurídico y académico. Cada una de estas fuentes aporta elementos relevantes para la construcción del marco teórico y el análisis del problema jurídico abordado, permitiendo identificar criterios doctrinales y jurisprudenciales aplicables al objeto de estudio.

De igual manera, la revisión documental facilita el análisis crítico de las decisiones judiciales y de la normatividad vigente, permitiendo interpretar el alcance de las disposiciones legales y evaluar su aplicación dentro de la realidad social. En consecuencia, esta técnica metodológica no solo contribuye a la recolección de información, sino que también fortalece la capacidad argumentativa del investigador, favoreciendo la construcción de conclusiones fundamentadas y coherentes con los objetivos planteados en la investigación jurídica.

Por lo tanto, la utilización de la revisión documental dentro del presente trabajo investigativo resulta esencial para el desarrollo del análisis jurídico, debido a que permite examinar de manera sistemática las diferentes fuentes relacionadas con el problema de investigación, aportando elementos teóricos, normativos y jurisprudenciales que sustentan el estudio y contribuyen a la producción de conocimiento jurídico.

4.4 Técnicas e Instrumentos de Recolección de Información

4.4.1 x de Categorización

Tabla 1

Matriz de categorización

Objetivos específicos	Categoría	Subcategoría
-----------------------	-----------	--------------

Implicaciones jurídicas de la maternidad subrogada

1. Analizar el ordenamiento jurídico nacional y el derecho comparado en la maternidad subrogada.	1	Ordenamiento	•	Constitución.
	·	Jurídico.	•	Jurisprudencia.
		Derechos Humanos.	•	Tratados internacionales.
	2	Derecho	•	Sentencias de diferentes países.
	·	Internacional	•	Regulación en el exterior.
	3	Comparado.	•	Leyes.
			•	Límites al derecho a procrear.
			•	Protección a la trata de personas.

2. Determinar cuáles son los factores que a nivel nacional se hayan visto involucrados por la maternidad en subrogada.	1	Derechos y	•	Verificar el consentimiento informado respecto a los riesgos médicos de la futura
	.	Obligaciones de la madre que alquila su vientre.	•	práctica. Con los avances y actualización científica,
	2	Desactualización científica a nivel nacional.		permiten que las parejas estériles o mujeres
	.	Como en el paso del tiempo se ha ido		médicamente no aptas para sobrellevar el embarazo,
	3	aceptando esta	•	tengan una posibilidad de tener hijos.
	.	modalidad de ser padres.		concepto de filiación y sus diferentes variables, y a las
		Casos de infertilidad y como esta afecta socialmente y		respuestas desde el Derecho Penal y la jurisprudencia de las altas cortes colombianas con relevancia temática.
	4			
	.			
		personalmente.	•	Testimonios la realidad social que han vivido las personas que han sido parte del proceso de ser parte de un proceso como este.
			•	Estudios psicológicos sobre cómo afecta a las mujeres prestar su vientre y como lo viven las mujeres que se vuelven madres por este mismo mecanismo.

3.Establecer que es la 1. maternidad del vientre 2. de alquiler en ámbitos generales y todo lo que 3. ella conlleve.	Riesgo de la madre. Contrato de servicios de madre subrogada. Obligaciones de los nuevos padres.	• Tener una idoneidad psicofísica y una edad que no implique un embarazo de alto riesgo. En los contratos de maternidad subrogada se determinan aspectos como la manifestación de la voluntad. • Las obligaciones futuras de los padres de los trámites legales como lo es la filiación. • Establecer una limitación en cuanto al número de veces que puede prestar su cuerpo para el alquiler de vientre. • Visualizar que control se puede llevar una vez se finalice el proceso de reproducción asistida. • Saber que existe un nuevo concepto de maternidad, estudiar el ¿Qué es ser madre?
--	--	---

Cronograma de Actividades

El desarrollo de este proyecto se llevará a cabo a lo largo de un periodo continuo de cinco meses, estructurado de manera secuencial y progresiva para avanzar desde la fundamentación teórica hasta la redacción de los resultados finales. Las actividades iniciarán formalmente en el mes de enero, dedicando las dos primeras semanas exclusivamente a la recolección de información relevante, para posteriormente emplear las dos semanas restantes de este primer mes en la estructuración de los antecedentes que sustentan la problemática a abordar.

Posteriormente, durante el mes de febrero, el enfoque se trasladará a la construcción de los marcos conceptuales fundamentales; de este modo, se asignará la primera semana al marco teórico, la segunda al marco contextual y las últimas dos semanas a un profundo desarrollo del marco doctrinal. Continuando con esta línea fundadora, el mes de marzo se centrará por completo en los componentes normativos de la investigación, distribuyendo equitativamente el tiempo en dos semanas para la elaboración del marco legal y las siguientes dos semanas para el desarrollo del marco jurisprudencial, consolidando así todo el sustento teórico y jurídico del estudio.

Una vez consolidada esta base, el mes de abril se reservará en su totalidad, a lo largo de sus cuatro semanas, para la ejecución del trabajo de campo mediante la aplicación y análisis de entrevistas. Finalmente, el mes de mayo representará la fase de consolidación y cierre del proyecto a través de la redacción formal del informe; esta etapa final comenzará con una semana asignada al desarrollo del capítulo uno, continuará con una segunda semana dedicada al capítulo dos, y concluirá de manera definitiva con dos semanas enfocadas en la redacción y revisión integral del capítulo tres.

Una vez consolidada esta base, el mes de abril se reservará en su totalidad, a lo largo de sus cuatro semanas, para la ejecución del trabajo de campo mediante la aplicación y análisis de entrevistas. Finalmente, el mes de mayo representará la fase de consolidación y cierre del proyecto a través de la redacción formal del informe; esta etapa final comenzará con una semana asignada al desarrollo del capítulo uno, continuará con una segunda

semana dedicada al capítulo dos, y concluirá de manera definitiva con dos semanas enfocadas en la redacción y revisión integral del capítulo tres.

Una vez consolidada esta base, el mes de abril se reservará en su totalidad, a lo largo de sus cuatro semanas, para la ejecución del trabajo de campo mediante la aplicación y análisis de entrevistas. Finalmente, el mes de mayo representará la fase de consolidación y cierre del proyecto a través de la redacción formal del informe; esta etapa final comenzará con una semana asignada al desarrollo del capítulo uno, continuará con una segunda semana dedicada al capítulo dos, y concluirá de manera definitiva con dos semanas enfocadas en la redacción y revisión integral del capítulo tres.

5. Análisis de Resultados

5.1 El Derecho frente al Desafío de la Maternidad Subrogada

La maternidad subrogada, también conocida como gestación por sustitución o vientre de alquiler, es una práctica reproductiva que ha generado intensos debates éticos, legales y sociales en todo el mundo. Se define como el acuerdo mediante el cual una mujer acepta gestar un bebé para otra persona o pareja, que se convertirán en los padres legales del niño una vez nazca.

En Colombia, como en muchos otros países, la maternidad subrogada se encuentra en un limbo jurídico. La falta de una legislación específica ha llevado a que esta práctica se realice en un marco de incertidumbre legal, planteando desafíos significativos para todas las partes involucradas: los padres intencionales, las gestantes, los profesionales médicos y, por supuesto, los niños nacidos mediante esta técnica.

La relevancia de este tema en el contexto colombiano y global es innegable. Por un lado, representa una esperanza para aquellas personas que no pueden concebir por medios naturales. Por otro, plantea interrogantes fundamentales sobre los derechos reproductivos, la autonomía corporal, la explotación potencial de mujeres en situación vulnerable y los derechos de los niños.

En Colombia, a la fecha de 2024, no existe una ley específica que regule la maternidad subrogada. Esta ausencia de legislación no implica una prohibición expresa, lo que ha llevado a que la práctica se realice en un marco de alegalidad.

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 42, 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. Este artículo ha sido interpretado por algunos como una apertura Constitucional hacia las técnicas de reproducción asistida, incluida la maternidad subrogada.

A falta de legislación específica, la jurisprudencia ha jugado un papel crucial en el abordaje de casos relacionados con la maternidad subrogada:

Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional: esta sentencia es considerada un hito en la materia. La Corte estableció que la maternidad subrogada no está prohibida en Colombia,

pero enfatizó la necesidad de una regulación exhaustiva por parte del Congreso. Además, señaló algunos lineamientos básicos para su práctica, como la no persecución de fines lucrativos y el requisito de que la madre gestante tenga sus propios hijos.

Sentencia SU-696 de 2015: en este caso, la Corte Constitucional ordenó el registro de dos menores nacidos por maternidad subrogada en el extranjero, reconociendo así los efectos jurídicos de esta práctica realizada fuera del país.

La falta de una regulación específica ha generado numerosos vacíos legales y debates, entre los que se destacan:

- Determinación de la filiación: No está claro cómo se establece legalmente la paternidad y maternidad en casos de maternidad subrogada.
- Derechos y obligaciones de las partes: Existe incertidumbre sobre los derechos y responsabilidades de los padres intencionales y la gestante.
- Validez de los contratos: No hay claridad sobre la legalidad y exigibilidad de los acuerdos de maternidad subrogada.
- Comercialización: Debate sobre si debe permitirse la compensación económica a las gestantes más allá de los gastos médicos.
- Turismo reproductivo: Preocupación por la llegada de extranjeros a Colombia para acceder a estos servicios debido a la falta de regulación.
- Derechos del niño: Debates sobre cómo garantizar el interés superior del menor en estos acuerdos.

Estos vacíos y debates han llevado a llamados recurrentes para que el Congreso legisle sobre la materia. Varios proyectos de ley se han presentado en los últimos años, pero hasta la fecha ninguno ha sido aprobado.

La situación actual en Colombia refleja la complejidad del tema y la necesidad de un debate profundo que involucre a todos los sectores de la sociedad para lograr una regulación equilibrada que proteja los derechos de todas las partes involucradas, especialmente los de los niños nacidos mediante esta práctica.

En Colombia, de acuerdo con la Biblioteca del Congreso de la Nación (2022), y otras fuentes como Cáceres (2018) o Beetar (2018), ha habido proyectos de ley que en su momento cursaron en la célula parlamentaria del país sin que terminaran en normativas vigentes y obligatorias alrededor de la maternidad subrogada, lo que representa un panorama parecido al brasileño en lo que respecta a la negligencia congresual. En cuanto a los proyectos, estos han virado desde la permisividad regulada (Ley Lucia –Proyecto de Ley 88 de 2017-) hasta la extrema proscripción debido a su asocio con la trata de personas y con la explotación de la mujer con fines reproductivos (Cáceres, 2018).

Aspectos interesantes tocados por el Proyecto de Ley 88 de 2017 “Ley Lucia” es el atinente a la necesaria elaboración de un convenio por escrito entre la mujer gestante y la mujer subrogada en el que “se obliga a la primera a practicarse previamente al tratamiento de RHA los exámenes necesarios para establecer qué enfermedades padece a fin de evitar la transmisión de patologías prevenibles al futuro niño” (Cáceres, 2018, p.8), en ese mismo acuerdo la madre sustituta declina de sus derechos maternos con relación al menor, y la pareja interesada está en el deber de cubrir los gastos derivados del estado de gestación de aquella respecto a la cual se contrató (Cáceres, 2018). Pese a esta delineada reglamentación, la ley no encontró aprobación manteniéndose el vacío legislativo alrededor de la maternidad subrogada.

No obstante, lo anterior, pueden rastrearse fundamentos constitucionales a la maternidad subrogada. En efecto, el artículo 42 constitucional al reparar sobre la familia sugiere que esta se constituye por “vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla” (Constitución Política del país,

1991, art. 42). Acto seguido al referirse a los hijos comenta que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes” (Constitución Política del país, 1991, art. 42).

Todo lo cual refiere a la posibilidad de que se conformen familias en las que la prole derive de la técnica de reproducción asistida. A escala infraconstitucional, el intento más reciente por reglamentar ese derecho de los padres a tener y criar hijos procreados con asistencia científica lo ha adelantado el Gobierno en curso, mediante el proyecto se pretende regular la subrogación uterina para la gestación en Colombia (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2023).

Teniendo de presente el proyecto legislativo presentado por parte del gobierno nacional en cabeza de los Ministerios de Justicia y del Derecho, así como del Ministerio de Salud y Protección Social, se destacan un conjunto de definiciones de conceptos claves, los requisitos para poder acceder a dicha práctica (tanto para las parejas como para las gestantes), asuntos prohibidos en esa institución, la solemnidad que debe reinar en dicho acto jurídico, lo referente a consentimiento informado, las instituciones autorizadas para brindar dicho servicio y las obligaciones que se desprendan del mismo. Ahora bien, desde el punto de vista jurisprudencial en la sentencia T-968 del 2009 la Corte Constitucional, en sede de revisión profirió un fallo que es consulta obligada en la materia estudiada.

En el caso de marras, existió una pareja de esposos conformada por un ciudadano colombiano y una ciudadana dominicana, quienes querían, pero no podían procrear hijos. Acto seguido, por medio de un centro médico lograron conseguir en Colombia a Saraí a quien le propusieron pagarle mensualmente durante el tiempo de embarazo y luego de dar a luz una cuantiosa suma de dinero a cambio de la entrega del recién nacido y el de renunciar a todos sus derechos como madre. En ese orden de ideas, intentaron inicialmente con los óvulos de la fémina de la pareja de casados, pero procesados por Saraí sin que diera resultado, luego mediante relación natural entre el esposo y Saraí sin éxito alguno, hasta que, por fin por medio de la inseminación artificial lograda con los espermatozoides del esposo y los óvulos de la ciudadana colombiana, se logró dar a luz a un par de mellizos.

En ese orden de ideas, intentaron inicialmente con los óvulos de la fémina de la pareja de casados, pero procesados por Saraí sin que diera resultado, luego mediante relación natural entre el esposo y Saraí sin éxito alguno, hasta que, por fin por medio de la inseminación artificial lograda con los espermatozoides del esposo y los óvulos de la ciudadana colombiana, se logró dar a luz a un par de mellizos. Llegado el caso a instancias de la Corte, está determinó que pese a existir 4 fallos de tutelas en el caso bajo estudio, aún no se había logrado salvaguardar los intereses de los menores y los derechos de la madre a no ser separados de ella.

Asimismo, indicó que, aunque la maternidad subrogada no se encuentra regulado en el país, pero tampoco prohibida dicha práctica, en el presente asunto no se estaba en presente de un contrato de maternidad subrogada por cuánto uno de los requisitos fundamentales es que los

óvulos deben ser de la pareja de esposos o de la pareja que pretenden ser los padres y esto en el plenario

no se dio. Es decir que la Corte primó un tipo de reproducción asistida, esta es aquella donde “las células sexuales son aportadas por los padres que acuden a la técnica escogida pero inseminadas en otra persona que alquila su vientre” (Becerra & Mejía, 2022, p. 4), por encima de la otra en la que se insemina a una mujer a partir de un donante anónimo (Becerra & Mejía, 2022).

Por último, en aras de garantizar los derechos fundamentales de los menores y de su madre biológica (sobre todo que la misma se mudó de su lugar de origen hasta Cali, mejorando su situación económica y de condiciones de vida para poder convivir con sus hijos) ordenó que el padre de los menores deberá traer a los niños a Colombia y llevarlos a dónde se encuentre su madre por una cantidad delimitada en la providencia, también que los gastos que se susciten en materia de salud, alimentación, vestuarios y demás obligaciones alimentaciones deberán ser asumidas por el progenitor y otras órdenes administrativas a las entidades competentes. El tema de la filiación en Colombia al igual que en Brasil suele ser hartamente subrayado en los aspectos problemáticos de la maternidad subrogada, y es que la misma se establece por el hecho del parto (López & Amado, 2014) lo que es constatado luego, con el certificado de nacido vivo, ergo solo les queda como alternativa a los padres contratantes iniciar un procedimiento de adopción (López & Amado, 2014), arriesgándose a la ocurrencia de situaciones como la tratada en la sentencia T-968 de 2009.

Esto sería así, sino se recoge en la eventual ley que se apruebe sobre maternidad delegada la asimilación de la paternidad vía reproducción asistida con la adopción, de manera que la filiación quede constituida por mandato de la ley. Asunto que en la sentencia SU-696 de 2015 tuvo lugar su examen: se trataba de un caso de una pareja de homosexuales que demandaban el registro de gemelos nacidos en los Estados Unidos y que los reputaba como sus hijos a raíz de un contrato de maternidad subrogada (Martínez & Rodríguez, 2020).

La Corte Constitucional indicó que: “las autoridades no podían obviar el hecho de que la relación filial ya había sido declarada por una autoridad extranjera competente, y, en consecuencia, el certificado expedido por dicha autoridad era oponible a sus pares nacionales” (Martínez & Rodríguez, 2020, p. 85).

Así, nada podía predicarse en contrario frente a una declaración filial extranjera que por mandato de ley foránea tuvo lugar a favor de una pareja monoparental. Recientemente, en la providencia T-275 del 2022 de la honorable Corte Constitucional se estudió una tutela en sede de revisión sobre un caso de un ciudadano que fue padre de una niña mediante un proceso de maternidad subrogada, por lo que solicitó la licencia de maternidad a la EPS y la misma fue negada.

Como resultado de lo anterior, la corte salvaguardó los derechos del padre y su hija, específicamente en el sentido de ordenarle a la EPS que reconociera la licencia de maternidad solicitada por el progenitor. Además, lo destacable de esta decisión es que exhorta al congreso de la República para que legisle sobre esta materia y precisamente esta providencia fue traída a colación dentro de la exposición de motivos redactado por el Gobierno en el proyecto de ley en curso.

Para determinar qué marco de legislación es el más conveniente para Colombia, necesariamente hay que hacer un recorrido por lo que ha pasado en el mundo respecto al tratamiento jurídico de esta figura. Se han encontrado tres marcos de regulación de esta práctica previamente definidos: está la prohibición absoluta, es decir, países en donde está expresamente proscrita en cualquiera de sus modalidades y finalidades, de esta modalidad se pueden mencionar como ejemplos, España, Alemania, Austria, Francia, Italia, Suecia y Suiza; se tiene la admisión regulada o autorizada, es decir, se admite sólo con fines altruistas y bajo unas condiciones específicas, tal es el caso de Reino Unido, Canadá, Ciudad de México, Australia, Sudáfrica, Brasil, Israel, Grecia y Nueva Zelanda, y está la admisión tolerada, es decir, países donde no hay regulación taxativa pero en los que tampoco está expresamente prohibida, es el caso de India, Rusia, Ucrania, Georgia, algunos estados de Estados Unidos, Argentina, Colombia, entre otros (Ruiz, 2013).

En cuanto al régimen de prohibición absoluta, Flores (2014) hace una lectura actualizada del panorama europeo:

Así, si realizamos un estudio comparativo de los ordenamientos más significativos de los estados firmantes de la Convención Europea de Derechos Humanos, la gestación por sustitución se encuentra expresamente prohibida en Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y

Turquía. Existen estados donde no hay ninguna reglamentación sobre la gestación por sustitución, bien porque se encuentra prohibida en virtud de disposiciones generales, bien porque no se encuentra tolerada, o bien, finalmente, por las dudas acerca de su hipotética legalidad. Es el caso de Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania y San Marino. (p. 73)

En este acápite de países europeos con régimen de prohibición absoluta corresponde hacer mención de las diferentes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o tribunal de Estrasburgo, en donde ciudadanos de estas naciones han tenido que acudir a esta instancia para poder resolver temas de filiación por utilización de TRHA en otros países en donde sí está permitida. A continuación, se hace referencia a un caso exitoso para las pretensiones de los recurrentes y a otro con resultados no favorables.

Existen países con una admisión regulada solo cuando es de forma altruista y bajo ciertos requisitos y obligaciones. El caso más emblemático de esta línea jurídica lo constituye Reino Unido, donde a partir del informe Warnock de 1984 el panorama para la figura de la maternidad subrogada inicia con un giro hacia la prohibición, dando origen a la Surrogacy Arrangement Act. de 1985 para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Pero será el caso de la señora Kim Cotton, el que permita que en el Reino Unido se dé un viraje distinto a lo recomendado en el informe Warnock. A partir de este nacimiento, en Gran Bretaña se expidió una ley para la prohibición de esta práctica; el secretario de servicios sociales, Norman Fowler, expuso sus motivos y la necesidad de prohibir la maternidad subrogada que tuviera fines lucrativos, teniendo presente la explotación comercial, intervención de terceros y, en definitiva, cualquier explotación del cuerpo de la mujer (Martínez-Pereda & Massigoge, 1994, como se cita en Ruiz, 2013).

Este hecho trajo como consecuencia que en el Reino Unido “la maternidad subrogada no puede considerarse ilegal siempre y cuando sea gratuita o sin precio, pero una vez que se efectúe el pago, ambas partes (sustituta y contratantes) pueden ser acusadas de infringir la adopción act.

De 1985” (Leonseguí, 1994, como se cita en Ruiz, 2013, p. 18).

También, existen países con una admisión amplia. El caso más representativo de esta línea lo representa la India, donde siguiendo a Amador (2010) se tiene que:

De acuerdo con la legislación india, el conocimiento informado entre las partes es un requerimiento fundamental para la realización de maternidad subrogada. Las partes en el contrato son: la clínica, la pareja (casada o no), la donadora de óvulos y la madre subrogante. Las partes firman un acuerdo de subrogación que significa: “a contract between the person (s) availing of assisted reproductive technology and the surrogate mother” (ICMR, 2010, p. 4) y “se comprometen a cumplir voluntariamente los términos del contrato de acuerdo con la ley india” (p. 200).

La maternidad subrogada como negocio en la India comenzó en 2004 y desde sus inicios se presentó como una actividad cada vez más floreciente económicamente. La clínica pionera fue la de Akanksha en Anand, lugar que recibe el apodo de “la cuna del mundo”. Tanto la donante de óvulos, en caso de que sea necesaria, como la subrogada, han de pasar una selección de características físicas: altura de más de 1.60, piel lo más clara posible y entre 50 y 60 Kg de peso; también se tiene en cuenta la casta, la religión y el atractivo físico. Además, ha de tener un período regular, hijos, ser emocionalmente estable, no consumir tabaco ni alcohol y no tener infecciones de transmisión sexual (González, 2015).

Estas mujeres ganan por la gestación sustituta entre USD 4500 y USD 7500, es decir, la cuarta parte de lo que cobraría una mujer en los países de origen de las parejas. El costo es bajo en la India porque estas mujeres suelen recibir salarios mensuales de USD 25, por tanto, el pago que perciben en nueve meses resulta muy atractivo, especialmente para sufragar las necesidades de sus hijos. Es un dinero que en la mayoría de los casos no es para las mujeres, sino para atender las necesidades de sus niños. (Rincón, 2012, p. 101)

La legislación sobre el tema en la India es muy permisiva, debido a que esta práctica es vista como una forma de generar ingresos económicos considerables para todas las partes implicadas (López & Aparisi, 2012). No obstante, el panorama actual establece la prohibición y regulación de la subrogación comercial extranjera mediante la circular del 4 de noviembre de 2015 del Departamento de investigación en Salud del Ministerio de salud y bienestar familiar (Albert, 2017). Así mismo, el Parlamento discute una propuesta legislativa para prohibir la gestación por sustitución a extranjeros y limitar en territorio nacional exclusivamente a los casos de subrogación altruistas (Albert, 2017).

En esta línea de admisión amplia con pocas restricciones se presenta también Ucrania, Tailandia y Rusia. No se puede dejar de mencionar el caso americano, en donde no hay regulación uniforme en todos los estados por lo que, al igual que en el caso mexicano, se pueden encontrar admisión expresa, admisión tolerada o prohibición absoluta. Rodríguez y Martínez (2012), quienes dan un vistazo a lo que sucede en este país, analizan la falta de uniformidad frente a la validez jurídica de los contratos de maternidad subrogada, manifestando:

Un segundo rango distintivo de la experiencia norteamericana en relación con los contratos de maternidad subrogada es la falta de una postura uniforme frente a su validez o invalidez jurídica. En efecto, mientras un grupo de estados rechaza de manera expresa y clara la celebración de estos contratos, tal como ocurre en los de Arizona, Indiana, New York y el Distrito de Columbia, en otro grupo, por el contrario, le reconoce plena validez, aunque en algunos casos, siempre y cuando se cumpla un procedimiento especial establecido por la ley. Entre los estados que han adoptado esta última postura se encuentran los de New Hampshire, Florida, Illinois, Utah y Virginia. (Rodríguez y Martínez, 2012, pp. 67-68)

Después de realizar el recorrido anterior, se debe entender que en este momento los países con marco de prohibición absoluta están generando movimientos sociales hacia la flexibilización, con el fin de evitar que las cifras de turismo reproductivo se incrementen; en esta línea se podría citar el caso de Portugal, quien hasta 2016 prohibía la maternidad subrogada en cualquiera de sus modalidades migrando con una nueva legislación hacia la permisión controlada, 7 y los países que están adscritos a la línea de permisión amplia sin restricciones están haciendo los ajustes para regular de una manera más concreta esta práctica y reducir la posible explotación a la cual se pueden ver sometidas las madres gestantes, caso que se acaba de evidenciar con lo discutido sobre la India, lo que nos lleva a la lógica conclusión de que el marco intermedio, es decir, el de la permisión regulada con restricciones respondería de mejor manera a los requerimientos de un país como Colombia, donde indudablemente hay que legislar para minimizar los riesgos de explotación de las mujeres que opten por solidarizarse con las parejas que tengan problemas para concebir y encuentren en la maternidad subrogada una alternativa viable para conformar una familia.

La reducción de estos riesgos de explotación tendría que reflejarse en una legislación que garantice unos derechos a favor de la madre gestante pero también unas obligaciones específicas. En este sentido, se propone, y acudiendo a lo anteriormente referenciado en la legislación vigente de los estados mexicanos de Tabasco y Sinaloa, que, respecto a la gestante, ella debe prestar su consentimiento libre, pleno e informado de someterse a esta práctica, el cual deberá constar por escrito, autorizando la aplicación de la TRHA adecuada, con el fin de lograr la concepción y llevar a cabo el embarazo.

Tomando los aspectos positivos del caso indio se podría proponer que la legislación que regule la aplicación de la maternidad subrogada en Colombia establezca que la madre, a través de un consentimiento informado, entienda la TRHA que se va a aplicar y los riesgos médicos que conllevaría para ella, además de verificar que no actúe como gestante más de dos veces, que tenga al menos un hijo propio previo, que cumpla la mayoría de edad para acceder al procedimiento pero que no sea mayor de 40 años, gozando de una óptima salud psicofísica, esto con el fin de reducir la posibilidad de embarazos de alto riesgo, y además que sea ciudadana y sea residente colombiana para evitar que el país sea escogido solo como destino para prácticas frecuentes que fomenten el turismo reproductivo desmesurado.

Dentro de esta legislación hay que hacer referencia obligada a la parte comitente, acá no se hacen reparos respecto a que puede serlo una persona sola o una pareja casada o no. Para asegurar el interés superior del menor no se encuentran inconvenientes en que la legislación que regule la admisión de la maternidad subrogada le exija a la parte comitente los mismos requisitos que se le exigen a los adoptantes en Colombia, es decir, mayores de 25 años, con idoneidad física, mental y moral y con capacidad legal y de ejercicio.

Se recomienda, además, que al menos uno de los comitentes aporte sus gametos y que se compruebe medicamente que uno de ellos tiene alguna imposibilidad para procrear o para llevar a término un embarazo, lo anterior para justificar el uso de la alternativa en el entendido de que esta se prefiere ante la adopción por la posibilidad que representa el hecho de poder tener descendencia con carga genética propia.

No es menos importante proponer que al menos uno de los comitentes sea colombiano o resida habitualmente en el país, evitando que parejas extranjeras acudan a Colombia solo con la intención de utilizarlo como sitio de refugio legal de paso para eludir las consecuencias legales

que conlleva la prohibición absoluta de los acuerdos de maternidad subrogada en sus países de origen.

5.2 Descifrando el Impacto Multifacético de la Maternidad Subrogada en la Sociedad

La maternidad subrogada, también conocida como fertilización in vitro (FIV), ha revolucionado el campo de la reproducción asistida en las últimas décadas. Este capítulo se centra en explorar la evolución de esta técnica en Colombia desde 2009, analizando los diversos factores que han influido en su desarrollo y adopción a nivel nacional. A través de un examen detallado de los aspectos médicos, legales, éticos y socioculturales, se busca proporcionar una comprensión integral de la maternidad subrogada en el contexto colombiano.

La fertilización in vitro se desarrolló inicialmente en el Reino Unido en 1978, con el nacimiento de Louise Brown, el primer "bebé probeta" del mundo. Desde entonces, la técnica se ha perfeccionado y expandido globalmente, permitiendo a millones de parejas con problemas de fertilidad concebir hijos. La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2009) reconoce la infertilidad como un problema de salud pública, estimando que afecta a entre el 8% y el 12% de las parejas en edad reproductiva a nivel mundial.

En Colombia, la maternidad subrogada comenzó a implementarse en la década de 1980, pero su desarrollo y regulación han sido graduales. Desde 2009, se ha observado un crecimiento significativo en el número de clínicas y procedimientos realizados en el país. Sin embargo, el acceso a estas técnicas sigue siendo limitado debido a factores económicos y geográficos. La legislación colombiana ha evolucionado para abordar algunos aspectos de la reproducción asistida, aunque aún existen vacíos legales en ciertas áreas.

Objetivos del análisis:

- Examinar la evolución de la maternidad subrogada en Colombia desde 2009, identificando los hitos clave en su desarrollo y las tendencias en su utilización.
- Analizar los factores médicos, legales, económicos y socioculturales que han influido en el acceso y la aceptación de la fertilización in vitro en el contexto colombiano.

- Evaluar el impacto de las políticas públicas y regulaciones existentes en el campo de la reproducción asistida en Colombia, identificando áreas de mejora y desafíos futuros.

La regulación de la maternidad subrogada en Colombia ha experimentado una evolución significativa a lo largo de los años, aunque aún carece de una legislación específica y comprehensiva que aborde todos sus aspectos. El marco legal actual se fundamenta principalmente en desarrollos jurisprudenciales y normativas dispersas que han ido conformando un cuerpo regulatorio.

El punto de partida fundamental para la legislación sobre reproducción asistida en Colombia se encuentra en la Constitución de 1991, que establece principios básicos sobre los derechos reproductivos y familiares. Esta carta magna reconoce en su artículo 42 el derecho a conformar una familia, complementado por el artículo 16 que garantiza el libre desarrollo de la personalidad y el artículo 49 que consagra el derecho a la salud. Posteriormente, en 1993, se emitió la Resolución 8430, que representó el primer acercamiento normativo a las técnicas de reproducción asistida, estableciendo parámetros básicos para la investigación en este campo. El desarrollo legislativo continuó con el Decreto 1546 de 1998, que abordó aspectos relacionados con el manejo de componentes anatómicos, incluyendo disposiciones sobre gametos y embriones. Más recientemente, la Ley 1953 de 2019 estableció los lineamientos para el ejercicio profesional en el campo de la reproducción asistida.

La regulación específica de la maternidad subrogada se encuentra dispersa en diferentes instrumentos normativos. La Resolución 3199 de 1998 estableció las primeras normas técnicas específicas para los procedimientos de reproducción asistida y definió los requisitos que deben cumplir los centros de fertilidad. Posteriormente, el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES marcó un hito importante al incluir ciertos procedimientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud. La Resolución 5261 de 1994 contribuyó estableciendo niveles de complejidad para los procedimientos médicos, mientras que la Resolución 2003 de 2014 definió los requisitos de habilitación específicos para las unidades de fertilidad y estableció estándares de calidad para la prestación de estos servicios.

La jurisprudencia ha sido fundamental en la construcción del marco legal de la maternidad subrogada en Colombia. La Corte Constitucional ha emitido sentencias cruciales que han

definido el alcance y la protección de los derechos reproductivos. La Sentencia T-528 de 2014 estableció un precedente importante al reconocer que los tratamientos de reproducción asistida deben ser cubiertos por el sistema de salud cuando la infertilidad es considerada una enfermedad que afecta la salud reproductiva. La Sentencia T-274 de 2015 profundizó en este aspecto, determinando que el Estado debe garantizar el acceso a estos tratamientos cuando existe un diagnóstico de infertilidad. Un avance significativo se dio con la Sentencia T-398 de 2016, que reconoció el derecho a la preservación de la fertilidad en pacientes oncológicos. La Sentencia T-316 de 2018 amplió el alcance de estos derechos al reconocer el acceso a técnicas de reproducción asistida para parejas del mismo sexo.

Las implicaciones legales de la maternidad subrogada abarcan múltiples dimensiones que afectan tanto a los pacientes como a los profesionales de la salud. En el ámbito de los derechos fundamentales, se ha reconocido la reproducción como un derecho fundamental protegido constitucionalmente, que incluye la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva. En términos económicos, se han establecido obligaciones para las EPS en cuanto a la cobertura de tratamientos, aunque con ciertos límites y criterios específicos para determinar la necesidad médica. Los derechos de los pacientes han sido fortalecidos, garantizando el consentimiento informado, la confidencialidad y el acceso a información completa sobre los procedimientos. La responsabilidad médica se ha definido mediante estándares de calidad estrictos y requisitos específicos para los centros de fertilidad. Los aspectos bioéticos también han sido considerados, estableciendo pautas para el manejo de embriones, la donación de gametos y los límites en la manipulación genética. Finalmente, en el ámbito de la filiación y los derechos familiares, se han definido criterios para la determinación de la maternidad/paternidad, los derechos hereditarios y el registro civil de los nacidos por FIV.

La maternidad subrogada en Colombia se encuentra inmersa en un complejo entramado de factores sociales que influyen significativamente tanto en su acceso como en su percepción pública. Este fenómeno médico-social ha experimentado una evolución notable en términos de aceptación y comprensión, aunque persisten importantes desafíos y barreras socioculturales que afectan su implementación y accesibilidad.

La percepción social de la maternidad subrogada en Colombia ha experimentado una transformación gradual durante las últimas décadas. Inicialmente, estas técnicas de

reproducción asistida fueron recibidas con considerable escepticismo y resistencia, principalmente debido a factores religiosos y culturales profundamente arraigados en la sociedad colombiana. La influencia de la Iglesia Católica, tradicionalmente predominante en el país, ha sido particularmente significativa en la formación de opiniones y actitudes hacia estos procedimientos. Sin embargo, el creciente acceso a la información científica y la mayor visibilidad de casos exitosos han contribuido a una progresiva normalización de estos tratamientos en el imaginario colectivo.

Las actitudes sociales hacia la fertilización in vitro varían considerablemente según el contexto socioeconómico y cultural. En los entornos urbanos y entre poblaciones con mayor nivel educativo, se observa una tendencia hacia una mayor aceptación y comprensión de estas técnicas como una opción válida para alcanzar la maternidad/paternidad. Por otro lado, en zonas rurales y comunidades más tradicionales, persiste una mayor resistencia y desconocimiento sobre estos procedimientos. Esta disparidad en la percepción social tiene implicaciones directas en el acceso a los tratamientos y en la experiencia de quienes optan por ellos.

La estigmatización y los tabúes sociales continúan siendo obstáculos significativos en el contexto de la reproducción asistida. Estos se manifiestan de diversas formas, desde la percepción de la infertilidad como un tema tabú hasta prejuicios específicos sobre la "naturalidad" de los procedimientos de fertilización in vitro. Las personas que recurren a estos tratamientos frecuentemente enfrentan juicios sociales implícitos o explícitos, que pueden generar sentimientos de vergüenza o inadecuación. La infertilidad en sí misma sigue siendo un tema sensible en muchos círculos sociales, lo que puede llevar a las parejas a mantener en secreto sus tratamientos, limitando así las posibilidades de crear redes de apoyo efectivas.

El impacto de estos factores sociales varía significativamente entre diferentes grupos poblacionales. Para las parejas heterosexuales, aunque enfrentan sus propios desafíos, existe generalmente una mayor aceptación social de su búsqueda de tratamientos de fertilidad. Sin embargo, incluso en estos casos, pueden experimentar presiones sociales y familiares relacionadas con las expectativas de procreación "natural". Las parejas del mismo sexo enfrentan desafíos adicionales, no solo en términos de acceso a los tratamientos sino también en cuanto a la aceptación social de su decisión de formar una familia a través de estos métodos. La

intersección entre la homosexualidad y la reproducción asistida puede generar múltiples capas de estigmatización en ciertos contextos sociales.

Las personas solteras que buscan acceder a tratamientos de fertilización in vitro enfrentan sus propios obstáculos únicos. La decisión de ser madre o padre en solitario a través de estas técnicas puede ser cuestionada desde perspectivas tradicionales sobre la estructura familiar. Estos individuos frecuentemente deben navegar por prejuicios relacionados con la necesidad de una pareja para la crianza de los hijos, además de enfrentar barreras prácticas y económicas específicas.

Los factores socioeconómicos juegan un papel crucial en el acceso a estos tratamientos. El alto costo de los procedimientos de fertilización in vitro, combinado con una cobertura limitada por parte del sistema de salud, crea una barrera significativa para muchas personas y parejas. Esta realidad económica genera una brecha en el acceso a estos servicios, convirtiendo la maternidad/paternidad a través de reproducción asistida en un privilegio principalmente accesible para sectores socioeconómicos más favorecidos.

El rol de los medios de comunicación y las redes sociales ha sido fundamental en la evolución de la percepción social de la fertilización in vitro. La mayor visibilidad de historias exitosas y la disponibilidad de información han contribuido a desmitificar estos procedimientos. Sin embargo, también han surgido nuevas formas de presión social y expectativas irreales sobre el éxito de los tratamientos, lo que puede afectar negativamente la experiencia de quienes los atraviesan.

Las redes de apoyo y organizaciones civiles han emergido como actores importantes en la transformación de estas percepciones sociales. Estos grupos no solo proporcionan apoyo emocional y práctico a quienes atraviesan tratamientos de fertilidad, sino que también contribuyen a la educación pública y la advocacy para mejorar el acceso y la comprensión de estas técnicas reproductivas.

La intersección de estos factores sociales con políticas públicas y marcos regulatorios crea un panorama complejo que influye directamente en la experiencia de quienes buscan acceder a tratamientos de fertilización in vitro. La evolución continua de las actitudes sociales, junto con los cambios en políticas y regulaciones, sugiere que el panorama de la reproducción asistida en

Colombia continuará transformándose, idealmente hacia una mayor inclusión y accesibilidad para todos los grupos sociales.

Los aspectos económicos y de salud pública relacionados con la maternidad subrogada en Colombia representan uno de los mayores desafíos para su accesibilidad y democratización. El panorama actual refleja una compleja interacción entre los altos costos de los tratamientos, las limitaciones en la cobertura del sistema de salud y las diversas barreras económicas que enfrentan las personas que buscan acceder a estas técnicas de reproducción asistida.

Los costos asociados a los tratamientos de reproducción asistida en Colombia son significativamente elevados y varían según la complejidad del procedimiento y el centro médico donde se realice. Un ciclo completo de fertilización in vitro puede oscilar entre 15 y 30 millones de pesos colombianos (aproximadamente entre 4,000 y 8,000 dólares estadounidenses), sin incluir los medicamentos necesarios, que pueden añadir entre 5 y 10 millones de pesos adicionales al costo total. Estos valores contemplan los procedimientos básicos como la estimulación ovárica, la extracción de óvulos, la fertilización en laboratorio y la transferencia de embriones. Sin embargo, cuando se requieren técnicas adicionales como el diagnóstico genético preimplantacional o la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), los costos pueden incrementarse sustancialmente.

La realidad de la cobertura del sistema de salud colombiano en materia de reproducción asistida presenta importantes limitaciones. El Plan de Beneficios en Salud (PBS, anteriormente POS) incluye algunos procedimientos diagnósticos y tratamientos básicos de fertilidad, pero excluye la mayoría de las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad. Esta situación ha llevado a que muchas parejas y personas deban recurrir a acciones legales, como la tutela, para intentar obtener cobertura para sus tratamientos, argumentando el derecho fundamental a formar una familia y a la salud reproductiva.

En el sector privado, algunas aseguradoras ofrecen planes complementarios o pólizas específicas que incluyen cierta cobertura para tratamientos de fertilidad, pero estos suelen tener períodos de carencia extensos, copagos significativos y límites en el número de intentos cubiertos. Además, estas opciones son accesibles principalmente para un segmento reducido de la población con capacidad económica para adquirir estos seguros adicionales.

Las barreras económicas para el acceso a la maternidad subrogada en Colombia son múltiples y complejas. Más allá del costo directo de los tratamientos, existen gastos adicionales que muchas veces no se consideran inicialmente, como el transporte frecuente a los centros médicos, el tiempo laboral perdido durante el tratamiento, los medicamentos complementarios y el seguimiento médico posterior. Para muchas familias de clase media y baja, estos costos representan varios meses o incluso años de ingresos, lo que hace que los tratamientos sean prácticamente inaccesibles sin recurrir a préstamos, venta de activos o ayuda familiar.

La disparidad geográfica en la disponibilidad de centros especializados agrava estas barreras económicas. La mayoría de las clínicas de fertilidad se concentran en las principales ciudades del país, lo que significa que las personas que viven en áreas rurales o ciudades intermedias deben incurrir en gastos adicionales de viaje y alojamiento para acceder a los tratamientos. Esta centralización de servicios no solo aumenta los costos totales, sino que también puede afectar negativamente los resultados del tratamiento debido a las dificultades para mantener un seguimiento médico adecuado.

El impacto en la salud pública de esta situación es significativo y multifacético. La infertilidad, reconocida por la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad del sistema reproductivo, afecta aproximadamente al 15% de las parejas en edad reproductiva en Colombia. La limitada accesibilidad a tratamientos efectivos tiene implicaciones no solo en la salud física sino también en la salud mental de las personas afectadas, generando problemas de ansiedad, depresión y estrés crónico que eventualmente pueden traducirse en mayores costos para el sistema de salud en otras áreas.

La falta de una política pública integral que aborde la infertilidad como un problema de salud pública ha resultado en un sistema fragmentado donde el acceso a tratamientos depende en gran medida de la capacidad económica individual. Esta situación perpetúa y profundiza las inequidades existentes en el sistema de salud colombiano, donde las personas de mayores recursos tienen acceso a opciones de tratamiento que están fuera del alcance de la mayoría de la población.

Las clínicas y centros de fertilidad han desarrollado diferentes estrategias para intentar hacer más accesibles los tratamientos, como planes de financiamiento, paquetes de tratamiento con

precios reducidos o programas de donación de medicamentos. Sin embargo, estas iniciativas, aunque valiosas, no son suficientes para abordar la magnitud del problema a nivel nacional.

El debate sobre la inclusión más amplia de tratamientos de reproducción asistida en el sistema de salud público continúa evolucionando. Algunos argumentan que la inversión pública en estos tratamientos podría resultar costo-efectiva a largo plazo, considerando los beneficios sociales y económicos de apoyar a las familias en su deseo de tener hijos. Sin embargo, en un sistema de salud con recursos limitados y múltiples prioridades competitivas, la asignación de fondos para tratamientos de fertilidad sigue siendo un tema de debate.

La necesidad de desarrollar políticas públicas más inclusivas y sostenibles en materia de reproducción asistida es evidente. Esto podría incluir la creación de programas públicos específicos, la regulación de costos, la ampliación de la cobertura en el PBS y el establecimiento de centros de fertilidad públicos en diferentes regiones del país. Tales medidas no solo abordarían las barreras económicas actuales, sino que también contribuirían a un sistema de salud más equitativo y comprensivo en Colombia.

La influencia de los factores culturales y religiosos en la maternidad subrogada en Colombia representa un complejo entramado de tradiciones, creencias y evolución social. La Iglesia Católica, como institución dominante en el país, ha mantenido una postura crítica frente a esta práctica reproductiva. Según Páez-Morales (2023), "La doctrina católica considera que la procreación debe ser el resultado de un acto conyugal natural, rechazando la intervención de terceros en el proceso reproductivo". Esta perspectiva ha moldeado significativamente la opinión pública, especialmente en regiones donde la tradición católica mantiene una fuerte influencia. La Conferencia Episcopal Colombiana (2022) ha sido enfática al expresar que "la instrumentalización del cuerpo femenino y la comercialización de la capacidad reproductiva representan una grave violación de la dignidad humana" (p. 2).

No obstante, las tradiciones culturales colombianas han experimentado una transformación notable en su percepción de la reproducción asistida. Un estudio longitudinal realizado por Martínez et al. (2024) revela que las sociedades urbanas muestran una apertura creciente hacia estas técnicas, mientras que las zonas rurales mantienen concepciones más tradicionales sobre la familia y la procreación. El concepto de familia extendida, característico de la cultura latinoamericana, ha influido positivamente en algunos aspectos de la maternidad subrogada,

facilitando casos de gestación entre familiares, especialmente entre hermanas o primas (Rodríguez-López, 2023).

En el ámbito de los derechos humanos y la igualdad de género, la maternidad subrogada ha generado importantes debates y transformaciones. La Corte Constitucional colombiana ha establecido precedentes significativos mediante sentencias que reconocen el derecho a la reproducción como parte fundamental de los derechos humanos. Según Montoya-Restrepo (2023), la legislación colombiana ha avanzado en el reconocimiento de los derechos reproductivos como derechos fundamentales, aunque persisten vacíos regulatorios importantes en materia de maternidad subrogada.

Las disparidades en el acceso a tratamientos de reproducción asistida revelan desafíos significativos en términos de igualdad de género y justicia social. Un estudio reciente de la Universidad Nacional de Colombia (2024) destaca que las mujeres de estratos socioeconómicos bajos enfrentan barreras considerables para acceder a estos tratamientos, perpetuando desigualdades de género y clase social. La concentración de clínicas de fertilidad en grandes centros urbanos y sus elevados costos crean una brecha significativa en el acceso a estos servicios (Pérez-Santos, 2023).

Los movimientos sociales han jugado un papel crucial en este debate. Las organizaciones pro-vida mantienen una oposición constante, argumentando preocupaciones éticas y morales. Según Vargas-Mendoza (2024), los movimientos conservadores consideran que la práctica comercializa la vida humana y explota a mujeres vulnerables. En contraste, grupos progresistas y organizaciones de derechos reproductivos defienden la práctica como una opción legítima de reproducción, logrando avances significativos en su aceptación social, especialmente en contextos urbanos y entre poblaciones jóvenes (Valencia & Torres, 2023).

Mirando hacia el futuro, los desafíos y perspectivas en el campo de la maternidad subrogada son múltiples. La ausencia de una legislación comprensiva genera incertidumbre jurídica y riesgos para todas las partes involucradas (Ramírez-Ochoa, 2024). Los avances tecnológicos en el campo de la reproducción asistida continúan expandiendo las posibilidades, con nuevas técnicas de preservación de fertilidad y mejoras en los procedimientos de fecundación in vitro que están aumentando las tasas de éxito y reduciendo riesgos (Instituto Colombiano de Fertilidad, 2024).

Las propuestas actuales para mejorar la accesibilidad y equidad se centran en la creación de un programa nacional de reproducción asistida que garantice el acceso a estos tratamientos independientemente del nivel socioeconómico (Ministerio de Salud y Protección Social, 2024). La Defensoría del Pueblo (2023) ha enfatizado la necesidad de establecer garantías para proteger los derechos tanto de las gestantes como de los padres intencionales, especialmente en casos de conflictos legales o complicaciones médicas.

Es importante señalar que la maternidad subrogada constituye una realidad jurídica y social en constante evolución, influenciada por los avances de las técnicas de reproducción humana asistida y por los desafíos que estas plantean al ordenamiento jurídico colombiano. En este contexto, la ausencia de una regulación específica continuará generando debates en torno a la determinación de la filiación, la validez de los acuerdos celebrados entre las partes, la definición de responsabilidades jurídicas y el reconocimiento de los efectos legales derivados de esta práctica. Por ello, resulta necesario promover el análisis y la discusión académica sobre los mecanismos regulatorios más adecuados para otorgar seguridad jurídica a las personas que intervienen en la maternidad subrogada y fortalecer la capacidad del ordenamiento jurídico para responder a las nuevas dinámicas de reproducción asistida.

La maternidad subrogada representa uno de los mayores desafíos bioéticos y sociales de nuestra era. Más allá de las consideraciones legales y médicas, nos encontramos ante una práctica que desafía nuestras concepciones tradicionales sobre la maternidad, la familia y los vínculos humanos. El camino hacia una sociedad que integre estas nuevas formas de reproducción requiere no solo de marcos regulatorios sólidos, sino también de una profunda reflexión sobre nuestros valores y prejuicios.

La realidad colombiana, con su rica diversidad cultural y sus marcados contrastes sociales, nos presenta una oportunidad única para repensar el futuro de la reproducción asistida. No se trata simplemente de adoptar tecnologías o aprobar leyes, sino de crear un entorno donde la dignidad humana y la libertad de elección coexistan con la responsabilidad social y la equidad.

El verdadero reto radica en construir una sociedad que no solo tolere, sino que comprenda y apoye las diferentes formas en que las personas deciden formar sus familias. Esto implica superar los prejuicios, derribar barreras económicas y sociales, y crear espacios de diálogo donde todas las voces sean escuchadas y respetadas. Las decisiones que se tomen hoy sobre la

maternidad subrogada tendrán profundas implicaciones para las generaciones futuras. No se trata solo de regular una práctica médica, sino de definir qué tipo de sociedad se aspira a ser: una que abraza la diversidad y la innovación mientras protege a sus miembros más vulnerables, o una que se resiste al cambio por temor a lo desconocido.

El camino por recorrer es largo y complejo, pero también está lleno de oportunidades para crear un futuro más inclusivo y equitativo. La maternidad subrogada, más que un desafío, puede convertirse en un catalizador para el progreso social, siempre que se cuente con disposición para afrontar sus complejidades con valentía, empatía y visión de futuro.

5.2.1 Gestación Prorrogada: el Puente hacia Nuevas Formas de Crear la Vida

La Conferencia de El Cairo de 1994 marcó un antes y un después en materia de derechos sexuales y reproductivos de la mujer, reconociendo tácitamente la libertad de disposición sobre su propio cuerpo. Aunado a lo anterior, se reconocieron los métodos, las técnicas y servicios que contribuyen a afianzar esa libertad y bienestar reproductivo; instando a los gobiernos a reconocer, proteger y garantizar la prerrogativa de las mujeres al pleno acceso y goce de sus derechos sexuales y reproductivos.

Esta conferencia no solo marcó un hito en el reconocimiento de los derechos reproductivos, sino que también estableció un precedente fundamental para el desarrollo de políticas públicas en materia de salud reproductiva. El documento final de la conferencia enfatizó que los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello.

La libre disposición del cuerpo humano ha sido social y jurídicamente aceptada en esferas poco controversiales, tales como la donación de órganos. Sin embargo, la autodeterminación acerca de la capacidad reproductiva de las mujeres ha sido criticada por diversos actores de la sociedad. De esta forma, nace la necesidad de regular la posibilidad que tienen las mujeres de tomar decisiones trascendentales respecto a su propio cuerpo frente al cómo, cuándo, dónde, con quién y bajo qué condiciones desean ejecutar sus decisiones en ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Históricamente, se ha evidenciado una clara vulneración frente a la toma de decisiones con respecto al cuerpo por parte de las mujeres. Tal situación ha sido

justificada porque el cuerpo femenino siempre estuvo bajo el sometimiento de estándares sociales que imponían diversos actores como la iglesia, los hombres o quienes hacen las leyes.

La autodeterminación sobre el propio cuerpo ha evolucionado significativamente en las últimas décadas, particularmente en lo que respecta a los derechos de las mujeres. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF, 2023) ha señalado que esta evolución se refleja en el reconocimiento progresivo de la capacidad de la mujer para tomar decisiones autónomas sobre su salud reproductiva, incluyendo la posibilidad de participar en procesos de maternidad subrogada como una expresión de su libertad reproductiva.

Esto empezó a cambiar en virtud de las luchas feministas que han permitido reconocer el valor de la mujer y promover la defensa y libertad en el ejercicio de sus derechos con el fin de garantizar un papel más activo en la sociedad. Dentro del conjunto de derechos que se han reconocido a la mujer, además del sufragio y el trabajo, se encuentra la libertad que tiene diferentes facetas como la libertad de expresión y el libre desarrollo de la personalidad. A partir del reconocimiento de la libertad se ha considerado que la mujer puede disponer libremente de su cuerpo en algunos escenarios determinados, por ejemplo, al momento de decidir cómo desea conformar su familia. No obstante, el ejercicio de esta libertad continúa siendo un tema problemático hoy día, puntualmente, en materia de maternidad subrogada en virtud de posturas moralistas y visiones biologicistas de la filiación.

El derecho a la libre disposición del cuerpo, puede definirse como aquella facultad que posee el ser humano, para hacer con su cuerpo lo que le parezca adecuado (Varsi, 2019), siempre y cuando se respeten los límites de la legalidad. Esta afirmación denota la contradicción entre libertad y límite (Ciriza, 2012). El criterio limitante de la norma parece ser indispensable para que exista un control adecuado de la conducta humana.

En síntesis, es la ley aquel valor rector que permite, impide o limita el derecho a disponer del cuerpo. Ahora bien, antes de inmiscuirse en las variables dinámicas como el término derecho o libertad, es fundamental entender la noción del cuerpo. Preliminarmente se definirá el cuerpo como aquella estructura material que contiene al ser humano (Varsi, 2019). Ahora bien, ¿cuáles son los elementos que conforman el cuerpo? La historia primitiva ofrece aspectos interesantes a considerar. Un primer aspecto, se encuentra en los diferentes rituales que se hacían sobre el cuerpo humano, el cual, era ilustrado como el elemento máspreciado otorgado por los dioses.

Así, el cuerpo se entendía como el medio para vivir en la tierra y poder disfrutar de los beneficios de la naturaleza. De ahí que el mismo fuera decorado con trajes, pinturas o joyas, incluso después de la muerte. De esta manera, no sólo se honraba el cuerpo material en el presente, sino que también se le otorgaba un carácter de realización al momento de culminar la instancia terrenal. Aquí es importante mencionar que: La muerte es un acontecimiento que ha inquietado al ser humano desde siempre, y es precisamente esa inquietud la que ha promovido, como recurso histórico fundamental para su aceptación y atenuación, la celebración de rituales funerarios. En ellos, por el concurso de múltiples símbolos, se encuentran estrategias defensivas cuya función esencial es la preservación del equilibrio individual y social de los miembros de una colectividad. (Torres, 2006, p. 108)

Un segundo aspecto, más enfocado en lo emocional que en lo científicamente posible de verificar, se encuentra en la tesis según la cual el cuerpo es una estructura dual, entendiendo la corporalidad desde un ámbito más espiritual. Ciertamente, el cuerpo es el elemento que resguarda el alma, entendida esta como aquella construcción inmortal que trasciende lo terrenal y que recoge aquellos actos que la persona construyó a lo largo de su existencia. Al respecto, cabe señalar que:

El dualismo cuerpo-alma ha sido una cuestión eternamente pendiente en la antropología filosófica. Desde que Platón dijera, en el Fedón, que el alma quedaba atrapada en un cuerpo, esta idea ha sido defendida y matizada por innumerables filósofos, incluso de la Edad Moderna, como Descartes, quien estableció la distinción entre «Res cogitans» y «Res extensa. (Páramo, 2010, p. 563).

De igual forma, es oportuno mencionar que esa estructura material que acoge al ser humano entendido desde la perspectiva biológica, contempla la posibilidad de estudiar el cuerpo como un todo o parte. Es decir, que aquellas fracciones que lo conforman bien sean regenerativas o no, puedan contener un carácter especial que permita actividades más allá de su normal funcionamiento, como lo es el comercio o la donación. Aspectos como la moral, la cultura e incluso la religión juegan un papel importante a la hora de determinar los límites en la disposición del cuerpo. Así, es imposible generalizar qué decisiones podrían considerarse correctas o aceptables dentro de una sociedad y cuáles. En consecuencia, resulta más adecuado,

en términos de ejemplificación, referirse a casos particulares, por ejemplo, la donación de órganos, los tatuajes, el corte de cabello, la exhibición de partes del cuerpo, entre otros.

La maternidad subrogada plantea importantes desafíos para el ordenamiento jurídico contemporáneo, especialmente en relación con la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida y las relaciones jurídicas que surgen entre las personas que intervienen en este procedimiento. La ausencia de una regulación específica ha generado diversas posiciones doctrinales y legislativas respecto de los límites de la autonomía de la voluntad, la validez de los acuerdos de subrogación y la determinación de los efectos jurídicos derivados de esta práctica. En este contexto, el debate no se centra únicamente en consideraciones éticas o sociales, sino también en la necesidad de establecer mecanismos normativos que permitan brindar seguridad jurídica a los intervinientes, prevenir conflictos relacionados con la filiación y definir con claridad los derechos y obligaciones que surgen durante el proceso de maternidad subrogada.

Igualmente, ella deja en evidencia que la disposición del cuerpo de la mujer está a cargo de la comunidad. En la donación de órganos y la mutilación genital femenina es posible establecer un común denominador frente a la libre disposición del cuerpo: su aceptación no se fundamenta en el interés individual de quien profesa su libertad sino en un interés comunitario considerado superior. Así, las decisiones reposan en agentes externos que terminan decidiendo lo que ocurre o lo que se puede hacer sobre el cuerpo de otros a partir de lo que consideran como intereses sociales. Estas limitaciones para la toma de decisiones frente al cuerpo, concretamente de la mujer, se han evidenciado en materia de derechos sexuales y reproductivos. Solo hasta hace algunos años, la mujer pudo decidir el número de embarazos a través de la utilización de métodos anticonceptivos o solicitar la interrupción voluntaria del embarazo. Se trata de dos decisiones que, en su momento fueron criticadas y catalogadas como contrarias a la moral. Sin embargo, ellas nos han permitido comprender que una mujer no debe convertirse en un medio para lograr un fin.

Por el contrario, como ella es un fin en sí misma, ella cuenta con la posibilidad de tomar las decisiones que le parezcan adecuadas para construir su plan de vida, cualquiera que él sea. Ahora bien, cuando sus decisiones están relacionadas con temas reproductivos, la ciencia ha puesto a su disposición diferentes técnicas y procedimientos.

Piénsese por ejemplo en las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) que se han convertido en una oportunidad para materializar la voluntad procreativa de personas que por diversos motivos no pueden concebir naturalmente.

Se entiende por TRHA el Conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc. No es pues adecuado referirse a estas técnicas como métodos de reproducción artificial, ya que no suplantán mediante elementos artificiales o no biológicos al organismo masculino o femenino en la función procreativa, sino que pretenden ayudar o sustituir en parte una función generativa deteriorada o inexistente (subfertilidad o infertilidad). (Santamaría, 2000, p.37)

A groso modo, las TRHA se dividen en inseminación artificial (IA) y fecundación in vitro (FIV).

Según la Sociedad Española de Fertilidad (2012), la IA consiste en la transferencia de espermatozoides al útero femenino sin coito, con el fin de que un óvulo sea fecundado. Por su parte, la FIV consiste en la extracción de un óvulo, para ser fecundado con espermatozoides por fuera del útero femenino, y transferir posteriormente el embrión. Ahora bien, en muchos casos, la asistencia médica a la reproducción no es suficiente para lograr tener un hijo. Esto puede ocurrir cuando la mujer tiene una 10 edad avanzada para gestar, carece de útero o la gestación conlleva un riesgo importante para la salud o la vida. También deben considerarse las parejas gays donde ninguno de sus integrantes puede llevar un embarazo a término. En estos casos, la persona o la pareja necesita, además de la ayuda científica para la reproducción, un *útero sustituto*. De ahí surge el término maternidad subrogada o *alquiler de vientre*. Según Guzmán (2007), la maternidad subrogada “consiste en contar con los servicios de una mujer para que lleve el embarazo con la intención de entregar el niño o la niña al nacer a las personas que los han encargado.” (p.119)

En otras palabras, en la maternidad subrogada una mujer acepta gestar y dar a luz a un niño o niña que no es su hijo sino el de otras personas. La maternidad subrogada puede ser tradicional o gestacional (Bechara, 2019).

La primera, también conocida como gestación total, implica que la gestante subrogada no sólo lleva a término la gestación, sino que también dona el óvulo que se emplea en la fecundación. En la segunda, también conocida como gestación parcial, la gestante subrogada solo lleva a término el embarazo de embrión que fue concedido con los gametos de quienes serán sus padres o de donantes. En la historia reciente, la maternidad subrogada acaparó la atención de los medios de comunicación en 1975, cuando un periódico local de California (Estados Unidos) publicó un anuncio donde una pareja con problemas de fertilidad solicitaba contratar a una mujer para que, de manera subrogada, llevara a término la gestación de un embrión obtenido mediante IA. En esos

momentos, se encontraba en pleno auge el desarrollo de las TRHA como “tratamiento” para la infertilidad, las cuales estaban a disposición, principalmente, de parejas con altos recursos económicos (Bechara, 2019).

El tema volvió a ser noticia en 1985 cuando se conoció el primer caso jurídicamente relevante de maternidad subrogada (Rodríguez & Martínez, 2012). En este caso, una pareja estadounidense, Mr. y Mrs. Stern, contrató a Mary Whitehead para que, a cambio de una remuneración de USD 10.000 y el pago de los gastos médicos, concibiera a su hijo mediante IA. En el contrato se mencionaba que: (i) los espermatozoides utilizados serían los de Mr. Stern y el óvulo sería de la misma Mrs. Whitehead y (ii) que ésta última entregaría el bebé a la pareja justo después de su nacimiento. El 27 de marzo de 1986 nació un menor conocido por la prensa internacional como *Baby M*. El conflicto jurídico suscitó se porque Mrs. Whitehead se negó a entregar al bebé aduciendo que *él era suyo* y comenzó una huida por todo el país. Después de una intensa búsqueda y su posterior ubicación, la Corte Suprema del Estado de New Jersey decidió que el contrato violaba el orden público toda vez que el consentimiento estaba viciado por una presunta necesidad económica de la gestante subrogada y que el recién nacido no podía ser separado de su *madre natural*.

A partir de allí se han generado incontables debates éticos, morales, sociales y jurídicos sobre la figura. Entre ellos se encuentran cuestionamientos como ¿qué es ser madre?, ¿quién o

quiénes deben establecer vínculos filiales con el bebé gestado mediante maternidad subrogada?, ¿qué naturaleza tiene el contrato de maternidad subrogada (civil o comercial), entre otros. Ninguno de ellos fue objeto de estudio en el presente trabajo investigativo puesto que el análisis se concentró en el ejercicio del derecho a la libre disposición del cuerpo de la mujer frente a la decisión voluntaria de ser gestante subrogada. Para ello se empleó una metodología cuantitativa, en la medida que los resultados obtenidos son objetivos, reproducibles y controlables. Así, se realizó una descripción y estudio de la información que permitió un ejercicio inferencial más allá de los datos recolectados, mediante un análisis causal-correlacional para comprobar sistemáticamente los resultados obtenidos.

La maternidad subrogada, representa uno de los avances más significativos en el campo de la reproducción asistida, transformando profundamente la concepción tradicional de la maternidad y la familia. Este fenómeno complejo puede ser analizado desde múltiples perspectivas que enriquecen su comprensión integral.

Desde la perspectiva médica, la Academia Colombiana de Medicina (2023), la define como "un procedimiento de reproducción asistida en el cual una mujer acepta gestar un embrión con el compromiso de entregar el bebé a los padres intencionales después del nacimiento". El proceso involucra técnicas avanzadas de reproducción asistida, principalmente la fecundación in vitro, donde pueden utilizarse gametos de los padres intencionales o de donantes. El Dr. GonzálezMartínez (2024) enfatiza que "el éxito del procedimiento depende de una cuidadosa selección de la gestante, protocolos médicos rigurosos y un seguimiento prenatal especializado" (p.5).

En el ámbito jurídico, Colombia presenta una situación particular: la ausencia de una legislación específica que regule la práctica, aunque tampoco está prohibida. La Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-968 de 2009, estableció que esta práctica se enmarca dentro del ejercicio legítimo de los derechos reproductivos. Sin embargo, como señala ValenciaTorres (2023), "esta falta de regulación específica ha generado un vacío legal que puede poner en riesgo los derechos de todas las partes involucradas" (p. 2).

La perspectiva psicológica revela dimensiones igualmente complejas. Según estudios de la Universidad de los Andes (2023), el proceso involucra una intrincada red de vínculos emocionales y psicológicos que requieren atención profesional especializada. "Las gestantes y

los padres intencionales experimentan una montaña rusa emocional que incluye esperanza, miedo, alegría y ansiedad" (Rodríguez-Pérez, 2024, p. 1).

En comparación con otros países, Colombia presenta particularidades notables. Mientras naciones como España prohíben completamente la práctica, y Estados Unidos la permite con regulación variada según el estado, Colombia se encuentra en un punto intermedio. Según el Instituto Latinoamericano de Bioética (2024), "la flexibilidad normativa colombiana ha convertido al país en un destino importante para la maternidad subrogada en la región, aunque esto también plantea desafíos regulatorios significativos" (p. 5).

La dimensión sociocultural añade capas adicionales de complejidad. La sociedad colombiana, tradicionalmente conservadora y con fuerte influencia católica, experimenta tensiones entre valores tradicionales y nuevas formas de constituir familia. La Conferencia Episcopal Colombiana (2022) mantiene una postura crítica, mientras que grupos progresistas defienden la práctica como una expresión de derechos reproductivos y autonomía personal.

En el aspecto económico, la realidad colombiana refleja desigualdades significativas. Los costos, que según la Asociación Colombiana de Fertilidad (2024) oscilan entre 50 y 120 millones de pesos, generan barreras de acceso importantes. Esta situación contrasta con países como Canadá o Reino Unido, donde existen programas públicos que facilitan el acceso a estas técnicas reproductivas.

Desde la bioética, surgen debates fundamentales sobre autonomía corporal, explotación potencial y derechos del no nacido. El Observatorio de Bioética y Derecho (2024) señala que "la práctica debe equilibrar el respeto por la autodeterminación reproductiva con la protección de los derechos fundamentales de todos los involucrados" (p. 1).

La práctica médica en Colombia ha evolucionado significativamente. Los centros especializados han desarrollado protocolos rigurosos que incluyen evaluación médica exhaustiva, seguimiento prenatal especializado y apoyo psicológico integral. Sin embargo, como advierte el Dr. Martínez-López (2024), "la falta de regulación específica puede comprometer la calidad y seguridad de los procedimientos" (p. 2).

En el contexto colombiano, la práctica de la maternidad subrogada ha sido objeto de estudio por parte de importantes instituciones médicas. La Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología (2024) ha desarrollado guías específicas para el manejo de estos casos,

estableciendo protocolos que consideran las particularidades del sistema de salud nacional y las necesidades específicas de la población colombiana.

El impacto social ha sido profundo, generando transformaciones en la concepción tradicional de familia y maternidad. Estudios sociológicos de la Universidad Nacional (2024) indican que estas nuevas formas de reproducción están contribuyendo a una redefinición de roles de género y estructuras familiares tradicionales.

La perspectiva antropológica revela cómo esta práctica está modificando conceptos culturales profundamente arraigados sobre parentesco y filiación. Según Gómez-Restrepo (2024), "la maternidad subrogada desafía las nociones tradicionales de maternidad y plantea nuevas formas de entender los vínculos familiares" (p. 20).

Los aspectos tecnológicos también juegan un papel crucial. Los avances en técnicas de reproducción asistida han mejorado significativamente las tasas de éxito. El Instituto Colombiano de Fertilidad (2024) reporta que "las nuevas tecnologías han permitido alcanzar tasas de éxito superiores al 60% en casos bien seleccionados" (párr. 5).

En el contexto latinoamericano, Colombia se ha convertido en un referente importante. La combinación de experticia médica, costos relativamente accesibles en comparación con países desarrollados y un marco legal no restrictivo ha atraído a personas de diversos países. Sin embargo, esto también ha generado preocupaciones sobre el "turismo reproductivo" y sus implicaciones éticas.

Las perspectivas futuras sugieren una tendencia hacia una mayor regulación y profesionalización. Expertos como Torres-Méndez (2024) anticipan el desarrollo de marcos regulatorios más comprensivos que protejan a todas las partes involucradas mientras garantizan el acceso equitativo a estos procedimientos.

La dimensión de género merece especial atención. La maternidad subrogada ha generado debates importantes en el movimiento feminista colombiano. Algunas corrientes la ven como una expresión de autonomía reproductiva, mientras otras advierten sobre riesgos de explotación y comercialización del cuerpo femenino.

Es fundamental reconocer que estas múltiples dimensiones de la maternidad subrogada en Colombia están interrelacionadas y en constante evolución. La comprensión integral de este

fenómeno requiere considerar aspectos médicos, legales, psicológicos, sociales y éticos, reconociendo tanto sus potencialidades como sus desafíos en el contexto específico colombiano.

La maternidad subrogada en Colombia representa un fenómeno complejo que trasciende las dimensiones médicas y legales para adentrarse en lo más profundo del tejido social. Su desarrollo futuro dependerá de la capacidad del país para:

- a) Establecer un marco regulatorio que proteja los derechos de todas las partes involucradas, especialmente de las gestantes y los niños nacidos mediante esta práctica.
- b) Garantizar el acceso equitativo a estos procedimientos, evitando que se conviertan en un privilegio exclusivo de sectores económicamente favorecidos.
- c) Desarrollar protocolos psicosociales integrales que aborden las necesidades emocionales y psicológicas de todos los participantes.
- d) Fomentar un debate social informado que permita superar prejuicios y construir consensos basados en evidencia científica y principios éticos.

La experiencia colombiana en materia de maternidad subrogada está escribiendo un capítulo importante en la historia de la reproducción asistida en América Latina. Los desafíos son significativos, pero también lo son las oportunidades para construir un modelo que combine avance científico, justicia social y respeto por la dignidad humana.

Como reflexión final, es fundamental reconocer que la maternidad subrogada no es simplemente un procedimiento médico o un acuerdo legal, sino una práctica que toca fibras profundas de la experiencia humana. Su futuro desarrollo requerirá un delicado balance entre innovación científica, protección legal, consideraciones éticas y sensibilidad humana.

El camino por recorrer es largo y complejo, pero la experiencia acumulada hasta ahora sugiere que Colombia tiene el potencial de desarrollar un modelo que pueda servir de referente para otros países de la región. La clave estará en mantener un diálogo constructivo entre todas las partes interesadas, priorizando siempre el bienestar de los más vulnerables y el respeto por la dignidad humana en todas sus dimensiones.

Las perspectivas futuras de la maternidad subrogada en Colombia están marcadas por varios factores emergentes. La creciente aceptación social de nuevas formas de familia, los avances en

tecnología reproductiva y la evolución del marco jurídico sugieren un panorama de mayor regularización y profesionalización de la práctica. Expertos como Ramírez-López (2024) anticipan que en los próximos años se desarrollarán protocolos más específicos y un marco regulatorio más completo que aborde las necesidades particulares del contexto colombiano.

La experiencia acumulada en Colombia durante la última década ha permitido identificar áreas críticas que requieren atención prioritaria. Entre estas se destacan la necesidad de establecer registros centralizados de procedimientos, la implementación de sistemas de seguimiento a largo plazo para evaluar resultados, y el desarrollo de programas de capacitación especializados para profesionales de la salud. La evolución de esta práctica continuará planteando nuevos desafíos y oportunidades que requerirán una respuesta adaptativa y fundamentada en evidencia científica.

Es fundamental reconocer que el futuro de la maternidad subrogada en Colombia dependerá no solo de los avances médicos y legales, sino también de la capacidad de la sociedad para construir un consenso ético y social que permita su desarrollo de manera justa y equitativa. El camino hacia una regulación integral requerirá la participación activa de todos los sectores involucrados y un compromiso sostenido con la protección de los derechos y la dignidad de todas las partes implicadas en este proceso.

6. Conclusiones

De acuerdo con la recolección de información y la construcción exhaustiva de los marcos teórico, legal y jurisprudencial desarrollados entre enero y marzo de 2025 , se concluye que la maternidad subrogada en Colombia se ejerce en un escenario de profundo vacío normativo y "alegalidad". Si bien la Corte Constitucional ha reconocido esta práctica como un ejercicio de los derechos reproductivos a través de hitos como la Sentencia T-968 de 2009 , la inactividad legislativa del Congreso para emitir una regulación específica genera una grave inseguridad jurídica. Esta falta de normas claras dificulta la resolución de conflictos sobre la filiación legal, la validez de los contratos y las obligaciones de las partes, dejando en un estado de vulnerabilidad la protección y el interés superior de los niños nacidos mediante estas técnicas de asistencia científica.

En segundo lugar, y en consonancia con la fase de trabajo de campo y análisis de entrevistas ejecutadas durante el mes de abril de 2025, los resultados evidencian que la maternidad subrogada acarrea un impacto social y económico altamente desigual. Los elevados costos de los tratamientos de fertilización *in vitro* y las barreras del sistema de salud convierten a la reproducción asistida en un privilegio de acceso limitado. Simultáneamente, la ausencia de protocolos estatales de protección expone a las mujeres gestantes, especialmente aquellas en situaciones socioeconómicas desfavorecidas, a riesgos de instrumentalización, explotación comercial de su capacidad reproductiva y estigmatización sociocultural. Esto demuestra que el fenómeno exige un abordaje psicosocial y bioético que garantice el consentimiento libre e informado de la mujer sin presiones económicas.

Como resultado de la etapa de consolidación y redacción de los capítulos del proyecto durante el mes de mayo de 2025, la investigación concluye que el Estado colombiano requiere avanzar hacia la adopción de un marco normativo específico que regule la maternidad subrogada y permita brindar seguridad jurídica a las personas que intervienen en esta práctica. El análisis doctrinal, normativo, jurisprudencial y comparado realizado evidenció la existencia de importantes vacíos regulatorios relacionados con la determinación de la filiación, la validez de los acuerdos de subrogación, la definición de responsabilidades entre los intervinientes y el reconocimiento de los efectos jurídicos derivados de estos procedimientos.

En este sentido, resulta necesaria la formulación de políticas públicas y mecanismos regulatorios que establezcan criterios claros para el desarrollo de la maternidad subrogada, definiendo los requisitos, condiciones y consecuencias jurídicas aplicables a las partes involucradas. Una regulación integral contribuiría a prevenir conflictos jurídicos, fortalecer la seguridad jurídica y proporcionar herramientas adecuadas para que las autoridades administrativas y judiciales puedan resolver de manera uniforme las controversias que surjan en torno a esta práctica dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Finalmente en relación con los objetivos planteados en la investigación, se concluye que el objetivo general fue alcanzado mediante el análisis de la normativa, la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional relacionada con la maternidad subrogada, identificando los principales vacíos regulatorios existentes en el ordenamiento jurídico colombiano y las consecuencias jurídicas que estos generan para las personas que intervienen en esta práctica durante el periodo comprendido entre 2009 y 2025.

7. Recomendaciones

Referencias

Brena Sesma, I. (2012). La maternidad subrogada: ¿Una nueva figura del derecho de familia? Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Cáceres Lara, M. (2018). Legislación comparada sobre maternidad subrogada en el continente americano. Congreso Nacional de Chile. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26024/1/BCN_gestacion_subrogada.pdf

Cadavid Pulgarín, K. M., & Barrera Correa, A. (2016). Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema. Universidad CES.

Corte Constitucional de Colombia, Sala plena. (2014, 14 de mayo). Sentencia C-283/14 (Jorge Iván Palacio Palacio, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-283-14.html>

Corte Constitucional de Colombia. (2024). Sentencia T-232 de 2024 (Magistrada sustanciadora Natalia Ángel Cabo). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/T-232-24.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2025, 21 de julio). Sentencia T-309 de 2025 (M. P. José Fernando Reyes Cuartas). <https://www.corteconstitucional.gov.co/>

Corte Constitucional de Colombia. (2026, 23 de febrero). Sentencia T-031 de 2026 (M. P. Juan Carlos Cortés González). <https://www.corteconstitucional.gov.co/>

Corte Constitucional, Sala plena. (2010, 30 de agosto). Sentencia C-666/10 (Humberto Sierra Porto, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm>

Corte Constitucional, Sala plena. (2012, 30 de octubre). Sentencia C-889/12 (Luis Ernesto Vargas Silva, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-889-12.htm>

Corte Constitucional, Sala plena. (2014, 14 de mayo). Sentencia C-283/14 (Jorge Iván Palacio Palacio, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-283-14.html>

Corte Constitucional, Sala segunda de revisión. (2008, 18 de diciembre). Sentencia T-968/09 (María Victoria Calle Correa, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

Corte Constitucional, Sala tercera de revisión. (2011, 12 de agosto). Sentencia T-608/11 (Juan Carlos Henao Pérez, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-608-11.htm>

Corte Constitucional, Sala tercera de revisión. (2016, 25 de febrero). Sentencia T-095/16 (Alejandro Linares Cantillo, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-095-16.htm>

Estellés Peralta, P. M. (2022, 8 de abril). ¿La adopción como solución a la lesiva práctica de la maternidad subrogada? Observatorio de Bioética, Universidad Católica de Valencia. Recuperado de <https://www.observatoriobioetica.org>

Florian Peña, D. & López Casteblanco, M. (2024). Análisis comparado del desarrollo normativo de la Maternidad Subrogada en Colombia, Brasil y Estados Unidos [Tesis de grado, Universidad Libre]. Red de Repositorios Latinoamericanos. <https://repositorioslatinoamericanos.uchile.cl/handle/2250/9488517>

Gonzáles, E. (2013). Acerca del estado de la cuestión o sobre un pasado reciente en la investigación cualitativa con enfoque hermenéutico. *Uni-pluri/versidad*, 13(1), 60-63. http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/3313/1/GonzalesElvia_2013_estadocuestioninvestigacioncualitativa.pdf

Muñoz García, G. B. (2023). Autonomía reproductiva: Reflexiones en torno al derecho a decidir en México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Núñez Bolaños, M., Nicasio Jaramillo, I. M., & Pizarro Moreno, E. (2015). El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción. *Derecho Privado y Constitución*, (29), 227–261. <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.29.06>

Pico-Camacho, A. J., & Vega-Peña, N. V. (2022). La comunicación en el consentimiento informado. *Revista Colombiana de Cirugía*, 37(4), 554–562. <https://doi.org/10.30944/20117582.2147>

Presno Linera, M. Á. (2021). Dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. *Revista AC Asuntos Constitucionales*, (1), 191–197.

Ruiz, E. (2004). Lo cualitativo en la investigación y su actualidad. *Revista Psicología para América Latina*, 2(1), 1-3.
http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2004000200003

Suárez Suárez, A. (2023). La mercantilización de cuerpos y los límites de la dignidad humana: maternidad subrogada [Trabajo de fin de grado, Universidad de La Laguna].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala. (2017, 24 de enero). *Paradiso y Campanelli contra Italia* (Demanda núm. 25358/12).
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170509>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2014, 26 de junio). *Labassee contra Francia* (Demanda núm. 65941/11). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2014, 26 de septiembre). *Menesson contra Francia* (Demanda núm. 65192/11). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2022, 22 de noviembre). *D.B. y otros contra Suiza* (Demandas núm. 58817/15 y 58252/15). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-221352>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2023, 31 de agosto). *C contra Italia* (Demanda núm. 47196/21). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-226786>

UNICEF. (2022, febrero). Consideraciones clave: derechos de los niños y las niñas nacidos mediante maternidad subrogada. Recuperado de <https://www.unicef.org>

Vivas Barrera, T. (2023). Corte Constitucional de Colombia: Tres décadas de un juez constitucional en constante diálogo judicial transnacional. *Novum Jus*, 17(3), 431–454.
<https://doi.org/10.14718/novumjus.2023.17.3.15>

Anexos

Anexo A

Formato ficha bibliográfica de resumen 01

No. FICHA BIBLIOGRA FICA		AREA	UBICACIÓN	
1		Derecho internacional	Tomado del siguiente link: https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/2221/Maternidad_subrogada.pdf;jsessionid=F1BE8977935CB E08CEA0EF607B7DD20B?sequence=1	
TEMA	TITULO	AUTOR	EDITORIAL	
Maternidad subrogada	Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes	Karla Mariana Cadavid Pulgarín. Amalia Barrera Correa.	Facultad de Derecho- Universidad CES.	

	internacionales al tema.		
RESUMEN		PALABRAS CLAVES	
La maternidad subrogada es un procedimiento utilizado a nivel mundial, que tiene como fin procrear por medio de un vientre alquilado, bien sea por problemas de fertilidad o por otras condiciones que impiden la procreación de manera natural. Esta técnica con gran crecimiento en la actualidad, ha suscitado grandes inconvenientes a la hora de debatir acerca de su permisión o prohibición. Mediante el presente artículo se exponen las posiciones más fuertes de ambos lados en diferentes países y de igual manera se aborda la manera en que se ha manejado el tema en Colombia desde el punto de vista jurídico. Finalmente se llega a la conclusión que es un tema actual que requiere de una regulación exhaustiva en nuestro País para no tener que estar sumergidos en el limbo jurídico como el existente en este momento y expuestos a la problemática experimentada por otros países.		Maternidad subrogada, regulación jurídica, mecanismos de Fecundación In Vitro, derechos de la mujer y derechos del menor.	

B

Formato ficha bibliográfica de resumen 02

No. FICHA BIBLIOGR AFICA	AREA		UBICACIÓN
2	Derecho internacional.		Tomado del siguiente link: https://www.bbc.c om/mu ndo/noticias- 65196202
TEMA	TITULO	AUTOR	EDITORIAL
maternidad subrogada en América Latina.	En qué países es legal la matern idad subrog ada y cuál es la situaci ón en Améri ca Latina	Pau la Ros as.	BBC News Mundo

RESUMEN	PALABRAS CLAVES
---------	-----------------

La maternidad subrogada, es una técnica de reproducción asistida en la que una mujer gesta un hijo para otra persona . Existen diferentes tipos de maternidad subrogada. La más común involucra un óvulo de la madre intencional o de una donante, y se implanta el embrión en la gestante mediante fecundación in vitro. La gestación puede ser altruista, sin compensación económica para la gestante, o comercial, en la que se le paga. La legalidad de la maternidad subrogada varía significativamente en todo el mundo. Algunos países la prohíben, otros la permiten solo de forma altruista, y algunos la regulan comercialmente. En muchos lugares, la legislación no está clara, lo que crea incertidumbre legal para los niños, las gestantes y los padres intencionales. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado está trabajando en un convenio internacional para regular la maternidad subrogada en el futuro. Este convenio podría proporcionar pautas para inscribir a niños nacidos de maternidad subrogada en otros países. En América Latina, la maternidad subrogada no está legalmente regulada en la mayoría de los países. Algunos estados mexicanos la regulan, mientras que otros la prohíben explícitamente. Cuba la permite de manera altruista. Brasil y Uruguay la permiten de manera restringida.	Mujer es, gestac ión, legisla ción, países , altruis ta.
--	---

C

Formato ficha bibliográfica de resumen 03

No. FICHA BIBLIO GRAFI CA	AREA	UBICACIÓN
3	Derecho nacional colombiano.	Tomad o d e l s i g u i e n t e l i n k : https://www.cam ara.gov.

			<u>co/sites</u> <u>/default</u> <u>/file</u> <u>s/2023-</u> <u>02/P.L.E.34</u> <u>5-</u> <u>2023C</u> <u>%20%</u> <u>28SU</u> <u>BROG</u> <u>ACIO</u> <u>N%20</u> <u>UTER</u> <u>INA%</u> <u>29.pdf</u>
TEMA	TITULO	AUTOR	EDITORIAL

Implicaciones jurídicas de la maternidad subrogada

PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA	Radicación Proye cto de Ley Estatu taria “Por medio del cual se regula la subrogació n uterina para la gestación en Colombia	NEST OR IVÁN O S U N A PA TI Ñ O. Minis tro de Justic ia y del Derec ho D IANA CARO LINA CORC HO MEJÍA . Ministr a de	Ministerio de salud y protección social.
-----------------------------------	---	---	---

		Salud y Protección Social.	
RESUMEN			PALABRAS CLAVES
La modalidad de este proyecto de ley se define como un contrato bilateral, gratuito, aleatorio y solemne entre la persona gestante y la parte comitente. La persona gestante acepta gestar en lugar de la parte comitente sin generar efectos de filiación. La parte comitente busca tener la filiación sobre el menor nacido mediante maternidad subrogada después del nacimiento. E contrato implica obligaciones para ambas partes y no busca lucro. Es aleatorio debido a la incertidumbre del proceso de gestación. Debe elevarse a escritura pública ante notario para ser ejecutado. La persona gestante no puede reclamar derechos sobre el producto de la gestación, y la parte comitente no puede negarse a recibirlo, lo que crea vínculos de filiación. Para evitar esto, se prohíbe que la persona gestante aporte su material genético. . Como consecuencia de la protección a los derechos de la persona gestante, en el artículo 9 del proyecto de ley se encuentran las cláusulas prohibidas y que se entienden no			Colombia, Subrogación, Maternidad, Proyecto, Filiación, Derechos humanos, Países, Iniciativa, Objetivos, Ley, Principios, Prohibiciones, Modalidades, Clausulas, Jurisprudencia, Mujer, Consentimiento.

D

Ficha de análisis jurisprudencial

FICHA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	
DATOS GENERALES	
FECHA DE SENTENCIA	dieciocho (18) de diciembre de dos mil nueve (2009).
CORTE QUE EMITE LA SENTENCIA	Sala Plena de la Corte Constitucional
No.EXPEDIENTE	Expediente T-2220700
TIPO DE SENTENCIA	Acción de Tutela
MAGISTRADO PONENTE	MARIA VICTORIA CALLE CORREA
PÁGINA WEB DE LA SENTENCIA	https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm
ESTABLECIMIENTO DEL CASO	
DEMANDANTE(S)	Sarai
DEMANDADOS(S)	Juzgado Décimo de Familia de Cali.
DERECHOS INVOLUCRADOS	Derecho a la intimidad y demás derechos fundamentales de los niños y la familia

RESUMEN DE HECHOS

(i) Entre los señores Salomón y Sarai existió un contrato, cuyo objeto era la maternidad subrogada o alquiler de vientre, en el que ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel. (ii) De acuerdo con las disposiciones civiles colombianas, no hay una subrogación de la maternidad ya que ésta no puede establecerse por simple convención.

Implicaciones jurídicas de la maternidad subrogada

(iii) En nuestro medio y de acuerdo a los índices de pobreza tan altos, el alquiler de vientres se ha convertido en tabla de salvación para muchas mujeres que, a veces arriesgando su vida, prestan su cuerpo para que otros puedan ser padres

(iv) nuestro país, hasta ahora, la maternidad subrogada no es legal, ni ilegal, porque no existe un código o una ley que lo prohíba.

(v) El artículo 42 de la Carta Política reconoce que los hijos procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes, en

consecuencia, resulta válido afirmar que constitucionalmente es madre en el caso de un contrato de gestación sustitutiva, la madre genética. Por tanto, en el presente caso, no es materia de discusión que la madre de los menores Samuel y David, es la señora Sarai.

(vi) Lo que sí es objeto de discusión es por qué si la señora

Sarai hizo un contrato verbal con el señor Salomón, por el cual recibió una alta suma de dinero, además de otros beneficios como la afiliación a la EPS, decide finalmente quedarse con los niños y desconocer los derechos del padre, razón por la cual éste decide recurrir a las autoridades competentes para hacer valer sus derechos.

(vii) Las diferentes autoridades que inicialmente conocieron del caso (Bienestar Familiar, Comisaría y Juzgado de Viges) consideraron pertinente que

	ante la situación que estaban atravesando los menores, no continuarán bajo el cuidado personal de la madre si no de la tía paterna, Isabel, de manera provisional, y posteriormente, ratificaron la custodia en cabeza del padre. (viii) A partir del 20 de diciembre de 2006, los menores se encuentran bajo la custodia y cuidado personal de la familia paterna, circunstancia que le ha permitido mejorar su salud notablemente. (ix) Durante todo el tiempo que los niños han permanecido con la familia paterna, la madre ha tenido la oportunidad semanalmente de visitarlos, a pesar de que no ha colaborado económicamente para su manutención.
--	---

	CUESTIONES DE FONDO
--	----------------------------

PROBLEM A JURIDICO	¿Se vulneraron los derechos de la madre gestante dentro del proceso de maternidad subrogada?
RATIO DECIDEND I	La Corte ha precisado que la familia es una condición necesaria para la satisfacción de la mayoría de los derechos fundamentales de los menores, lo cual no impide que en determinadas circunstancias se deban aplicar medidas de protección que separen al menor de su núcleo familiar. Sin embargo, una medida tan drástica no puede obedecer exclusivamente a condiciones de pobreza o meramente económicas de la familia, deben existir motivos adicionales de suficiente peso porque de lo contrario se estaría imponiendo una sanción jurídica irrazonable a padres e hijos por el hecho de no contar con determinadas ventajas económicas, con lo cual se abriría la puerta para justificar restricciones desproporcionadas a la esfera constitucionalmente protegida de la familia.
OBITER DICTUM	En consecuencia, las medidas que tengan como resultado separar a un menor de su familia biológica únicamente son procedentes cuando quiera que las circunstancias del caso indiquen claramente que ésta no es apta para cumplir con sus funciones básicas en relación con el interés superior del menor y que la aptitud de un determinado grupo familiar se determina atendiendo cuidadosamente a las circunstancias particulares de cada caso.
	Primero. - LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

DECISIÓN

Segundo. - CONFIRMAR la providencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 24 de febrero de 2009, que a su vez confirmó el fallo de primera instancia del 10 de diciembre de 2008 de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, por medio del cual se dejó sin efectos la sentencia 395 h del 29 de agosto de 2008, proferida por el Juzgado Décimo de Familia de Cali.

Tercero.- ORDENAR al Juzgado Décimo de Familia de Cali el cumplimiento, sin dilación alguna, de las medidas de protección ordenadas en el punto 8.4 de la presente sentencia, encaminadas a lograr el restablecimiento de los derechos de los menores y de la madre, hasta tanto se decidan definitivamente los procesos de pérdida de la custodia y cuidado personal que adelanta el Juzgado Promiscuo Municipal de Vijes y el de pérdida de la patria potestad adelantado por el Juzgado Décimo de Familia de Cali, juzgados que serán notificados de la presente providencia.

Cuarto.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el acompañamiento del proceso de reencuentro de los menores con su madre, y adelantar todas las gestiones dentro del ámbito de su competencia para garantizar, a la mayor brevedad posible, el cumplimiento de las medidas de protección ordenadas en el punto 8.4 de la presente sentencia, sin perjuicio de las funciones de vigilancia superior, de prevención, control de gestión y de intervención ante las autoridades judiciales asignadas por la ley a la Procuraduría General de la Nación a través de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.

Quinto. - LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemp

DE
primero (1º) de agosto de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

CORTE QUE EMITE

	Sala Plena de la Corte Constitucional
LA SENTENCIA	
No. EXPEDIENTE	Expediente T-8.585.986
TIPO DE	
Acción de Tutela	
SENTENCIA	
MAGISTRADO	
PONENTE	CRISTINA PARDO SCHLESINGER
PÁGINA WEB	https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-275-22.htm#:~:text=Proyecto%20de%20ley%20263%20de,dictan%20otras%20disposiciones%5B65%5D.
	SENTENCIA
ESTABLECIMIENTO DEL CASO	

DEMANDANTE : Mauricio en nombre propio y en representación de su hija Amalia
ENTIDAD ACCIONADA (S) Sanitas EPS
DERECHO VULNERADO :A la intimidad y a la familia.

RESUMEN DE HECHOS	1. El señor Mauricio solicitó a la EPS Sanitas el reconocimiento y pago de «licencia de paternidad por un tiempo equivalente al número de semanas que le es otorgado a las madres en la ley», con el fin de dedicarse al cuidado de su hija recién nacida en ese momento. Como sustento de dicha solicitud, el señor Mauricio explicó a la EPS que su hija había nacido mediante la figura de «maternidad subrogada» y que, por ende, él es «padre único y cabeza de familia». No obstante, la EPS únicamente le autorizó licencia de paternidad por 14 días. En consecuencia, el señor Mauricio presentó acción de tutela en contra de EPS Sanitas, por considerar que la negativa de reconocerle la licencia de paternidad por el término que la ley dispone para las licencias de maternidad (18 semanas) vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, a la familia y a la licencia de paternidad.
--------------------------	--

2. Contratos celebrados por el accionante. El 30 de septiembre de 2020, el señor Mauricio celebró un contrato de prestación de servicios de salud de tratamientos de fertilidad con un centro médico de fertilidad y genética. En virtud de este contrato, el centro médico se comprometió a «prestar un servicio médico con el objetivo de lograr un embarazo», para lo cual realizaría «una fecundación in vitro con óvulos de donante». Así mismo, el accionante afirmó que, el 19 de noviembre de 2020, celebró «contrato de maternidad subrogada» con «la gestante subrogada» para que esta «gestara a [su] bebé hasta el nacimiento». Al respecto, explicó que la «gestante subrogada» «no tiene ningún vínculo genético con la menor».
3. En ejecución de los mencionados contratos, el 16 de diciembre de 2020 el centro de fertilidad contratado realizó un tratamiento de fecundación in vitro y el 22 de febrero de 2021 transfirió un embrión a la gestante subrogada Lorena [9].
4. Nacimiento y registro de Amalia. El 3 de noviembre de 2021, la señora Lorena dio a luz, por «parto vaginal», a Amalia, quien fue registrada ese mismo día con el señor Mauricio como único padre [12]. De acuerdo con la información suministrada por la EPS Sanitas a la cual está afiliada la señora Lorena, «las tres fases del parto (dilatación, expulsión y alumbramiento), así como el puerperio inmediato, se desarrollaron con normalidad y sin presentar complicaciones».

	5. Solicitud de extensión de la licencia de maternidad. En su escrito de tutela, el accionante sostiene que su actual empleador radicó la solicitud de licencia de paternidad de acuerdo con el número de radicado 57330590, sin embargo, en la radicación no dejó especificar que se trató de solicitar un tiempo equivalente al de la licencia de maternidad, ya que el sistema de la EPS [Sanitas] alinea la solicitud al género masculino y
--	--

automáticamente sólo reconoce quince días.

6. Posteriormente, el 18 de noviembre de 2021, el señor Mauricio, en ejercicio de su derecho de petición, solicitó a la EPS Sanitas, a la cual está afiliado en el régimen contributivo, el trámite y el reconocimiento de «licencia de paternidad por un tiempo equivalente al número de semanas que le es otorgado a las madres en la ley, bajo la condición de ser padre único y cabeza de familia, condición que declaró tener bajo juramento». Junto con dicha solicitud, el accionante aportó (i) certificación expedida por el centro médico de fertilidad en el que se indica que, en atención a la solicitud del señor Mauricio, «se realizó tratamiento de fecundación in vitro con transferencia de embrión el 22 de febrero de 2021 a la gestante subrogada Lorena». En la certificación también se señala que, producto de dicha transferencia, «se logró embarazo diagnosticado con prueba de embarazo positiva el día 04 de marzo de 2021» y que la señora

Lorena estaba

«en seguimiento de acompañamiento psicológico con última visita el 14 de octubre de 2021», y (ii) copia del registro civil de la niña Amalia, en el que figura el señor Mauricio como único padre.

7. Respuesta de Sanitas EPS a la solicitud de extensión de la licencia de maternidad. El 2 de diciembre de 2021, la EPS Sanitas informó al accionante que, «revisado y validado el cumplimiento de requisitos, se autorizó la liquidación de las incapacidades por enfermedad general, con certificado No. 57330590».

Así mismo, indicó que «dio alcance al área de tesorería quienes informaron que la incapacidad por enfermedad general anteriormente relacionada será cancelada el día 17-12-2021 por transferencia electrónica a la cuenta bancaria radicada por su empleador ante EPS SANITAS».

8. Solicitud de tutela. El 10 de diciembre de 2021, el señor Mauricio, en nombre propio y en el de su hija menor de edad, Amalia, interpuso acción de tutela en contra de la EPS Sanitas. Fundamentó su solicitud en
que la entidad demandada vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, a la familia y a la licencia de paternidad, al no hacerle extensiva la licencia de maternidad a pesar de ser padre único de su hija Amalia. El actor también afirmó que, debido a que la EPS solo le reconoció 14 días de licencia de paternidad, tuvo que cumplir con sus obligaciones laborales, en desmedro de la calidad de vida de su hija recién nacida, y que se le privó de las 18 semanas que le habrían permitido compartir con la bebé y protegerla en esa primera

etapa de su desarrollo.

9. En consecuencia, solicitó al juez de tutela ordenar a la entidad accionada (i) reconocer «la licencia de paternidad en igualdad de condiciones que la licencia de maternidad, es decir, 18 semanas»; (ii) el pago en máximo diez días calendario a su empleador, y (iii) que las 16 semanas que no pudo disfrutar inicien «a partir del momento de la comunicación de su decisión», considerando que se ha visto obligado a continuar laborando.
10. Admisión de la acción de tutela. El 14 de diciembre de 2021, el Juzgado 51 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá admitió la acción de tutela presentada por Mauricio en contra de Sanitas EPS y avocó su conocimiento. Además, corrió traslado del escrito de tutela y de sus anexos a la entidad accionada, para que diera respuesta a los hechos y pretensiones expuestos por el accionante.
11. Respuesta de Sanitas EPS. Mediante escrito de 16 de diciembre de 2021, la EPS Sanitas solicitó declarar improcedente la acción de tutela «toda vez que no se evidencia vulneración alguna de derechos fundamentales al señor Mauricio». Asimismo, solicitó «la vinculación de la ADRES», para que, en caso de ampararse los derechos del accionante, se «ordene a la ADRES el reembolso del 100% del valor de la licencia que [se] pague en virtud del cumplimiento de la orden judicial».

12. En su respuesta, Sanitas EPS afirmó que, (i) de conformidad con el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, «validó y expidió licencia de paternidad [...], por 14 días» a favor del accionante, desde el 3 al 16 de noviembre de 2021[23], y (ii) la señora Lorena solicitó una licencia de maternidad, que fue reconocida por la accionada. De igual forma, sostuvo que

(i) «para que la práctica de la maternidad subrogada no sea contraria al ordenamiento jurídico colombiano, es necesario que la mujer que gesta y da a luz no aporte sus óvulos, de lo

contrario constituirá trata de seres humanos», y (ii) la maternidad

subrogada no implica que el padre adquiera derecho a la licencia de maternidad, porque este derecho es de la madre biológica.

13. Así, para la EPS Sanitas, en el presente caso, no es posible extender la licencia de maternidad al accionante, porque «no existe certeza respecto de la procedencia del óvulo» que dio origen al embrión. Además, según la accionada, el accionante no acreditó ni afirmó ser el padre adoptivo de la bebé ni estar a su cargo a causa de enfermedad o muerte de la madre. De ahí que, a su juicio,

«no procede la extensión de la licencia de

maternidad al [accionante], encontrándose dicho derecho en cabeza de la señora Lorena, quien realizó la radicación de la documentación para el reconocimiento de la licencia de maternidad».

14. Sentencia de única instancia. Mediante sentencia del 27 de diciembre de 2021, el Juzgado 51 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá acogió en su integridad los argumentos presentados por la EPS Sanitas y

negó el amparo solicitado. El juez consideró que (i) existe «déficit normativo» en relación con el presente caso; (ii) «la maternidad subrogada no implica que el padre adquiriera el derecho a la licencia de maternidad»; (iii) la licencia de maternidad «se encuentra en cabeza de la madre biológica»;

(iv) esta prestación sólo puede extenderse «a la madre o padre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre por enfermedad o muerte» y, por último, (v) el accionante no acreditó estar en alguna de las referidas situaciones excepcionales en las que es posible

extender la licencia de maternidad, propia de la madre biológica, al padre. Esta decisión no fue impugnada.

PROBLEMA

JURIDICO

- i. ¿La negativa de extensión de la licencia de maternidad implicó la vulneración de los derechos al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, a la familia y a la licencia de paternidad del señor Mauricio y de su hija menor de edad Amalia?
- ii. ¿La EPS Sanitas vulnera el derecho de petición del señor Mauricio al no dar respuesta de fondo a su

RATIO DECIDENDI	solicitud de hacerle extensiva la licencia de maternidad?
	De igual forma, la licencia de maternidad reconoce a la madre trabajadora «un período destinado a su recuperación física y al cuidado del niño». En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el tiempo de licencia se asocia al lapso en el que la madre, al tiempo que se recupera de haber dado a luz, le brinda el cuidado y el amor al recién nacido. Sin embargo, lo anterior no implica que el tiempo reconocido por el legislador para la licencia de maternidad sea exclusivo de las mujeres que han dado a luz a sus hijos. Por el contrario, al mismo tiempo que la ley
OBITER DICTUM	reconoce a las madres biológicas es también aplicable a las madres adoptantes y, en ciertas circunstancias, a los padres.
	Para solucionar el problema jurídico propuesto, la Sala se referirá a (i) el vacío legislativo sobre la figura de la «maternidad subrogada»; (ii) el contenido y alcance de las licencias de maternidad y de paternidad, y (iii) la posibilidad de hacer extensiva la licencia de maternidad al padre de conformidad con la ley y la jurisprudencia.
DECISIÓN	

Primero. – REVOCAR la sentencia del 27 de diciembre de 2021, proferida por el Juez 51 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá que negó el amparo solicitado y, en su lugar, CONCEDER la protección de los derechos a la igualdad, a la protección de la familia, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas del señor Mauricio y de su hija Amalia, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo. – DECLARAR la existencia de carencia actual de objeto por hecho superado en cuanto a la violación del derecho de petición del señor Mauricio por parte de la EPS Sanitas, por las razones expuestas en esta sentencia.

Tercero. – ORDENAR a la EPS Sanitas que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, ejecute las acciones que sean necesarias para que al señor Mauricio se le reconozca la extensión de la licencia de maternidad. En este sentido, deberá corregir la licencia de paternidad reconocida al señor Mauricio, sin que esto implique que en su favor confluyan el reconocimiento de las licencias de maternidad y de paternidad. Para esto último, la EPS podrá descontar el tiempo y dinero reconocidos al accionante en calidad de licencia de paternidad, así como solicitar a la ADRES el reembolso correspondiente a tiempo de la licencia de maternidad.

**SALVAMENTO DE
VOTO**

Cuarto. – ORDENAR a la ADRES que, una vez recibida la solicitud de compensación o reembolso por parte de Sanitas EPS a la que se refiere el ordinal anterior de esta decisión, proceda, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la solicitud, a efectuar el reembolso correspondiente.

Quinto. – ORDENAR a la EPS Sanitas que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, ejecute las gestiones administrativas necesarias para que, en lugar de la licencia de maternidad inicialmente

reconocida a la señora Lorena, se le reconozca una incapacidad por siete (7) semanas. El auxilio por esta incapacidad deberá ser asumido por la EPS Sanitas y no implicará el pago de dinero adicional al ya efectuado a favor de la señora

Lorena. En consecuencia, (i) la EPS Sanitas deberá reembolsar a la ADRES el valor correspondiente a estas siete (7) semanas de auxilio por incapacidad, y (ii) la ADRES asumirá el valor de las once (11) semanas originalmente reconocidas como licencia de maternidad a la señora Lorena, a causa de la omisión legislativa absoluta identificada en esta providencia.

Sexto. – EXHORTAR al Gobierno nacional para que, en los próximos seis meses desde la notificación de esta sentencia, presente ante el Congreso de la República un proyecto de

ley orientado a regular la «maternidad subrogada» en Colombia.	
Séptimo. – EXHORTAR al Congreso de la República para que legisle sobre la maternidad subrogada en Colombia.	
ACLARACIÓN DE VOTO	No procede
	No procede

FICHA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	
DATOS GENERALES	
FECHA DE SENTENCIA	nueve (9) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).
CORTE QUE EMITE LA SENTENCIA	Corte Constitucional
No.EXPEDIENTE	Expediente T-201.769

TIPO DE SENTENCIA	T-488/99
MAGISTRADO PONENTE	MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
PÁGINA WEB DE LA SENTENCIA	https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-488-99.htm
ESTABLECIMIENTO DEL CASO	
DEMANDANTE(S)	Esnith Maria Gonzalez
DEMANDADOS(S)	Juzgado Primero Civil Especializado en Restitución de Tierras de Santa
DERECHOS INVOLUCRADOS	Tribunal Superior de Valledupar, Sala de Familia.
RESUMEN DE HECHOS	El menor Jorge Eduardo González Guillén, hijo de la señora Esnith María González Guillén, aparentemente fue concebido durante la relación afectiva mantenida por ella y el señor Rigoberto Pavajeau Torres, a lo largo del año de 1993, posiblemente, durante los meses de septiembre y octubre. El niño nació a los ocho (8) meses y veintitrés (23) días del día que se presume su concepción (28 de junio de 1994) y en la actualidad tiene cuatro años de edad.

El presunto padre no lo reconoció como hijo extramatrimonial, razón por la cual el Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) Regional Cesar presentó demanda de filiación natural en su contra, previos los trámites previstos en la Ley 75 de 1968, solicitando, además, condenar al señor Pavajeau al suministro de alimentos a su menor hijo.

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Valledupar el 8 de noviembre de 1994, surtida su notificación al demandado y contestada en tiempo mediante apoderado especial, fueron practicadas las pruebas documentales y testimoniales solicitadas por las partes, salvo la pericial antropoheredobiológica

cumplido con la mención aislada que en el cargo el impugnante hacía del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, así como, por omitir indicar que en el desconocimiento de dicho precepto residía la ilegalidad del juicio jurisdiccional en cuestión.

En vista de la imposibilidad de discutir la anterior decisión, y con el fin de obtener la protección de los derechos de su menor hijo, la señora Esnith María González Guillén, acudió ante la jurisdicción constitucional mediante la respectiva acción de tutela, que estimó la única vía que le quedaba para lograr se garantice esa protección, con fundamento en que en su criterio el Tribunal incurrió en una vía de hecho al no haber practicado una prueba ya ordenada y que considera esencial para definir si el demandado en esta acción, es el padre del menor.

CUESTIONES DE FONDO	
PROBLEMA JURIDICO	¿Qué sucedería, por lo tanto, en la eventualidad que un juez en ejercicio de esas amplias atribuciones decida no practicar una prueba o, en el peor de los casos, omita practicarla una vez decretada?
	Por consiguiente, la Sala debe proceder a revocar el fallo de tutela pronunciado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 26 de enero de 1999 y en su lugar, confirmar la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de
	Valledupar, el 19 de noviembre de 1998, en la que se concedió la tutela de los derechos constitucionales fundamentales del debido proceso y al de defensa y consecuencialmente, al nombre y a una familia verdadera, invocados por la señora Esnith María González Guillén en representación de su menor hijo Jorge Eduardo González Guillén.
RATIO DECIDENDI	

	De igual modo, se confirmará la decisión del Tribunal de decretar la nulidad de la actuación procesal adelantada durante el juicio de filiación natural tramitado en favor del menor Jorge Eduardo González Guillén, a partir, inclusive, del auto del doce (12) de enero de 1996 por el cual la Sala de Familia del Tribunal Superior de Valledupar abrió el juicio a pruebas por el término de treinta (30) días, con el

objeto de que subsane la actuación procesal
invalidada, se practique la prueba

antropoheredobiologica a las partes y se decida con base
en la misma y demás elementos probatorios que obran en
ese proceso.

El juez tiene una oportunidad procesal para definir si esas
pruebas solicitadas son pertinentes, conducentes y
procedentes, y si en realidad, considerados, evaluados y
ponderados los elementos de juicio de los que dispone,
ellos contribuyen al esclarecimiento de los hechos y a la
definición acerca de la responsabilidad penal del
procesado. Y, por supuesto, le es posible negar alguna o
algunas de tales pruebas, si estima fundadamente que los
requisitos legales no se cumplen o que en el proceso
respectivo no tienen lugar.

DECISIÓN

Primero.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 26 de enero de 1999 y en su lugar, CONFIRMAR la decisión del Tribunal Superior de Valledupar, dictada el 19 de noviembre de 1998, en la cual se ampararon los derechos fundamentales del menor Jorge Eduardo González Guillén, mediante la nulidad de la actuación procesal surtida por la Sala Civil-Familia de ese Tribunal, en el proceso de filiación natural en referencia, a fin de que se subsane de conformidad con las consideraciones allí expuestas así como en esta providencia.

Segundo. - Por la Secretaría General de esta Corporación LIBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Implicaciones jurídicas de la maternidad subrogada

Fecha	Fecha: 18 de abril de 2024
Radicado	T-9.342.216
Tipo de sentencia	SENTENCIA T-127 DE 2024
Magistrado ponente	Jorge Enrique Ibáñez Najar

Hechos relevantes	La niña EZ nació en Bogotá en el año 2020 como resultado de un acuerdo de maternidad subrogada. El proceso reproductivo fue realizado mediante fecundación in vitro con material genético del padre biológico y un óvulo proveniente de una donación anónima. Inicialmente, el registro civil consignó como padres al señor MRZ y a la señora BGO, ciudadana colombiana que actuó como gestante. Con base en ese registro civil, el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió un pasaporte colombiano para la niña. Posteriormente, el padre promovió un proceso de impugnación de maternidad. El Juzgado Décimo de Familia de Bogotá declaró que la mujer gestante no era jurídicamente la madre de la niña y ordenó modificar el registro civil. El nuevo registro civil dejó el espacio correspondiente a la madre bajo la anotación “sin información”. Tras el cambio registral, el padre solicitó ante el Consulado de Colombia en Orlando la expedición de un nuevo pasaporte. Según el accionante, funcionarios consulares negaron verbalmente el trámite afirmando que la niña no era colombiana por haber nacido mediante maternidad subrogada. El padre promovió acción de tutela alegando vulne
-------------------	--

Problema jurídico	El problema jurídico planteado en la Sentencia T-232 de 2024 consistió en determinar si las autoridades colombianas vulneraron los derechos fundamentales a la nacionalidad, identidad, igualdad, personalidad jurídica e interés superior de una niña nacida en Colombia mediante maternidad subrogada internacional, al negarle el reconocimiento efectivo de la nacionalidad colombiana y cancelar su pasaporte después de excluir jurídicamente a la mujer gestante del registro civil y exigir requisitos de domicilio al padre extranjero, pese al riesgo real y previsible de que la menor quedara en condición de apatridia debido al vacío normativo existente sobre maternidad subrogada y filiación en el ordenamiento jurídico colombiano.
Ratio decidendi	La ratio decidendi de la Sentencia T-232 de 2024 consiste en que el Estado colombiano vulnera los derechos fundamentales a la nacionalidad, identidad, igualdad, personalidad jurídica e interés superior del menor cuando, frente a niños nacidos mediante maternidad subrogada y expuestos a un riesgo previsible de apatridia, omite adoptar medidas positivas, eficaces y oportunas para garantizar el reconocimiento de su nacionalidad, escudándose en vacíos normativos o en interpretaciones formalistas sobre filiación y domicilio, pues la ausencia de regulación legislativa sobre maternidad subrogada no exonera a las autoridades de cumplir sus deberes constitucionales e internacionales de protección reforzada de la niñez, especialmente cuando están comprometidas la dignidad humana y la garantía efectiva de derechos fundamentales.

Implicaciones jurídicas de la maternidad subrogada

Decisión	La decisión adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-232 de 2024 fue revocar la sentencia de tutela que había negado el amparo y, en su lugar, proteger los derechos fundamentales de la menor a la nacionalidad, identidad, igualdad, personalidad jurídica e interés superior del niño, al considerar que las autoridades colombianas vulneraron dichos derechos al no adoptar medidas eficaces para evitar una situación de apatridia derivada de la maternidad subrogada internacional y del vacío normativo existente en Colombia. En consecuencia, la Corte ordenó expedir un registro civil válido para demostrar nacionalidad colombiana y emitir el respectivo pasaporte a favor de la niña, además de exhortar al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para que regulen integralmente la maternidad subrogada, especialmente en lo relacionado con filiación, nacionalidad y protección de menores nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.
----------	---

Fecha	Veintiuno (21) de julio de dos mil veinticinco (2025)
Radicado	T-309 DE 2025
Tipo de sentencia	SENTENCIA T-309 DE 2025, Sentencia de Revisión de Tutela (T)
Magistrado ponente	integrada por la magistrada Natalia Ángel Cabo y los magistrados Juan Carlos Cortés González y José Fernando Reyes Cuartas

Hechos relevantes	Condición médica y diagnóstico de infertilidad: La accionante, de 38 años de edad, cuenta con un historial de cáncer de cérvix (estadio ib1), endometriosis e hipotiroidismo. Como consecuencia de estas patologías, padece de infertilidad primaria. Sometimiento a procedimientos quirúrgicos preparatorios: En razón a su deseo de conformar una familia y por indicación de su médico tratante adscrito a la EPS Sura, la actora se sometió el 19 de agosto de 2023 a una salpingectomía bilateral (extracción de las trompas de Falopio). Dicha intervención se realizó con el único propósito de mejorar las probabilidades de éxito de una futura fertilización in vitro, lo que eliminó de forma definitiva cualquier posibilidad de concepción natural o espontánea. Configuración de barreras administrativas por vencimiento del Mipres: El médico tratante de la accionante prescribió el procedimiento de fertilización in vitro y sus medicamentos a través de la plataforma Mipres en dos ocasiones (octubre de 2023 y julio de 2024). En ambas oportunidades, las órdenes médicas expiraron y perdieron vigencia debido a que la EPS Sura omitió autorizar el procedimiento principal, generando una barrera administrativa repetitiva. Incumplimiento de órdenes de la Superintendencia de Salud: Ante la renuencia de la entidad, la accionante acudió a la Superintendencia Nacional de Salud, la cual emitió órdenes de obligatorio cumplimiento (en octubre de 2024 y mayo de 2025) instando a la EPS a garantizar el procedimiento. La EPS Sura justificó su negativa argumentando que los aplicativos Mipres ya se encontraban vencidos y posteriormente manifestó, de forma verbal e
-------------------	--

	informal, que no contaba con una red de prestadores disponible para realizar dicho tratamiento. Vigencia de una nueva orden médica: Durante el trámite en la Corte Constitucional, se constató que el 18 de marzo de 2025 el médico tratante expidió un tercer Mipres ordenando la fertilización <i>in vitro</i>, el cual se encontraba plenamente vigente al momento de proferirse la decisión. Vulnerabilidad socioeconómica (Criterio de exclusión de capacidad económica): La accionante labora como psicóloga analista devengando un salario de \$2.972.600, el cual constituye el único sustento de su hogar debido a que su cónyuge se encuentra desempleado. Con unos egresos mensuales fijos que ascienden a los \$2.800.000, la actora demostró la imposibilidad material de asumir de forma particular los altos costos del tratamiento de reproducción asistida sin afectar su mínimo vital.
Problema jurídico	¿Vulneró la EPS Sura los derechos fundamentales a la dignidad humana, la salud, la autonomía reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad, la vida privada y familiar, a conformar una familia y a la igualdad de la accionante (Isabel), al imponerle barreras administrativas (como el vencimiento de los aplicativos Mipres por falta de gestión oportuna) y negar las solicitudes de autorización para la realización del procedimiento de fertilización <i>in vitro</i>, bajo el argumento de que este se encuentra excluido del Plan de Beneficios en Salud (PBS), que no había una orden médica vigente y que no existía certeza sobre el porcentaje de éxito del tratamiento?

Ratio decidendi	La Sala Novena de Revisión fundamentó su decisión de revocar los fallos de instancia y amparar los derechos de la accionante con base en las siguientes consideraciones jurídicas determinantes: Inaplicabilidad de la exclusión del PBS ante la protección de derechos fundamentales: Si bien la fertilización in vitro se encuentra expresamente excluida de la cobertura del Plan de Beneficios en Salud (PBS) por razones de sostenibilidad financiera, esta exclusión debe inaplicarse cuando su negación afecte de manera desproporcionada la dignidad humana y los derechos reproductivos (en sus facetas de autonomía reproductiva y acceso a la salud reproductiva). La infertilidad, aunque no compromete la vida en sentido biológico, impacta gravemente el bienestar psicológico, la salud mental y el proyecto de vida familiar de la paciente. Prohibición de trasladar barreras administrativas al usuario: Las Entidades Promotoras de Salud (EPS) tienen la obligación constitucional y legal (conforme a la Ley Estatutaria de Salud y la Resolución 740 de 2024) de prestar los servicios bajo los principios de accesibilidad e integralidad. La Corte determinó que Sura EPS incurrió en una práctica negligente al permitir de forma consecutiva el vencimiento de las prescripciones en la plataforma Mipres debido a su propio silencio u omisión de trámite, lo cual constituye una barrera administrativa injustificada que vulnera el derecho a la salud. Cumplimiento de las reglas de financiación parcial (Sentencia SU-074 de 2020): La Sala verificó que en el caso concreto se cumplían los presupuestos de la jurisprudencia constitucional unificada para el acceso excepcional a tratamientos de reproducción asistida con recursos públicos:
-----------------	--

	Condición de infertilidad y necesidad del tratamiento: Se demostró mediante la historia clínica y el testimonio del médico especialista que la actora padece de infertilidad absoluta irreversible por vía natural, debido a antecedentes de cáncer de cérvix, endometriosis y a una salpingectomía bilateral previa requerida para optimizar el procedimiento. La fertilización in vitro se consolidó como la única alternativa médica viable. Ausencia de capacidad económica: Se acreditó la falta de recursos para costear de forma privada el procedimiento, toda vez que el salario de la accionante es el único ingreso de su núcleo familiar y sus egresos mensuales consumen casi la totalidad de este, configurando el riesgo de un "gasto catastrófico".
--	---

Decisión	La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional resolvió: Revocar los fallos de instancia que habían negado el amparo y, en su lugar, conceder la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, la salud, la autonomía reproductiva y a conformar una familia de la accionante. Inaplicar para el caso concreto la exclusión del Plan de Beneficios en Salud (PBS) relativa a los tratamientos de reproducción asistida. Ordenar a la EPS Sura que, en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, autorice y gestione la realización del procedimiento de fertilización in vitro y la entrega de los medicamentos prescritos por el médico tratante, conforme a la última orden médica vigente de marzo de 2025. Disponer la intervención de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) para que, aplicando las subreglas jurisprudenciales unificadas (Sentencia SU-074 de 2020), determine el porcentaje de cofinanciación estatal y el porcentaje que de manera excepcional y proporcional deba asumir la usuaria sin afectar su mínimo vital.
----------	---

Fecha	Veintitrés (23) de febrero de dos mil veintiséis (2026).
-------	--

Implicaciones jurídicas de la maternidad subrogada

Radicado	T-031 DE 2026
Tipo de sentencia	Tutela T-309 DE 2025, Sentencia de Revisión de Tutela (T).
Magistrado ponente	Juan Carlos Cortés González.

Hechos relevantes	Deseo de fecundidad y plan de vida: Valeria (31 años, estrato socioeconómico 2, con un ingreso mensual de \$600.000 por la renta de una finca) tenía como proyecto de vida personal y familiar concebir dos hijos. Para el año 2023, ya era madre de una niña de 7 años y quedó embarazada de su segundo hijo. Embarazo de alto riesgo y consentimiento de esterilización quirúrgica: El 9 de abril de 2024, debido a un trastorno hipertensivo severo (preeclampsia), la accionante fue sometida a una cesárea de emergencia (parto prematuro a las 28 semanas). Simultáneamente, y bajo el entendido de que su deseo de paridad ya estaba cumplido, aceptó que se le practicara la esterilización definitiva mediante la técnica "Pomeroy" (ligadura y corte de trompas). Cabe destacar que ni la EPS ni la IPS aportaron el documento formal de consentimiento informado en el trámite judicial. Fallecimiento del neonato y secuelas en la salud mental: Dos días después del parto, el recién nacido falleció en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) por un paro cardiorrespiratorio. Este hecho traumático sumió a la accionante en un duelo complejo diagnosticado como trastorno mixto de ansiedad y depresión, el cual se cronificó y agravó ante la imposibilidad biológica de volver a gestar debido a la cirugía realizada. Configuración de barreras administrativas y revictimización médica: Con el fin de restablecer su capacidad reproductiva, Valeria solicitó a Aire EPS la autorización para una cirugía de recanalización tubárica. La entidad promotora de salud negó el procedimiento de forma sistemática argumentando: (i) que estaba excluido del Plan de Beneficios en Salud (PBS), (ii) que la ligadura fue una decisión voluntaria previa, y (iii) que el éxito de la recanalización no estaba garantizado. Asimismo, la accionante
-------------------	--

	reportó maltrato y revictimización por parte del personal médico adscrito, quienes le manifestaron verbalmente que ella "era la culpable" por haber tomado la decisión de ligarse las trompas. Criterio técnico de la junta médica en revisión: Durante el trámite en la Corte Constitucional, una junta médica ordenada por el magistrado sustanciador desaconsejó el procedimiento quirúrgico en el corto plazo por motivos médicos. La junta advirtió la existencia de factores de alto riesgo obstétrico no modificables (dos cesáreas previas, antecedentes de preeclampsia severa) y factores modificables aún no controlados (obesidad, anemia y la inestabilidad emocional derivada del duelo), concluyendo que un embarazo inmediato ponía en riesgo la vida de la paciente. No obstante, la EPS admitió en sus respuestas que la viabilidad anatómica del procedimiento aún no se encontraba totalmente descartada en el caso particular de la accionante.
--	--

Problema jurídico	Deseo de fecundidad y plan de vida: Valeria (31 años, estrato socioeconómico 2, con un ingreso mensual de \$600.000 por la renta de una finca) tenía como proyecto de vida personal y familiar concebir dos hijos. Para el año 2023, ya era madre de una niña de 7 años y quedó embarazada de su segundo hijo. Embarazo de alto riesgo y consentimiento de esterilización quirúrgica: El 9 de abril de 2024, debido a un trastorno hipertensivo severo (preeclampsia), la accionante fue sometida a una cesárea de emergencia (parto prematuro a las 28 semanas). Simultáneamente, y bajo el entendido de que su deseo de paridad ya estaba cumplido, aceptó que se le practicara la esterilización definitiva mediante la técnica "Pomeroy" (ligadura y corte de trompas). Cabe destacar que ni la EPS ni la IPS aportaron el documento formal de consentimiento informado en el trámite judicial. Fallecimiento del neonato y secuelas en la salud mental: Dos días después del parto, el recién nacido falleció en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) por un paro cardiorrespiratorio. Este hecho traumático sumió a la accionante en un duelo complejo diagnosticado como trastorno mixto de ansiedad y depresión, el cual se cronificó y agravó ante la imposibilidad biológica de volver a gestar debido a la cirugía realizada. Configuración de barreras administrativas y revictimización médica: Con el fin de restablecer su capacidad reproductiva, Valeria solicitó a Aire EPS la autorización para una cirugía de recanalización tubárica. La entidad promotora de salud negó el procedimiento de forma sistemática argumentando: (i) que estaba excluido del Plan de Beneficios en Salud (PBS), (ii) que la ligadura fue una decisión voluntaria previa, y (iii) que el éxito de la recanalización no estaba garantizado. Asimismo, la accionante
-------------------	--

	reportó maltrato y revictimización por parte del personal médico adscrito, quienes le manifestaron verbalmente que ella "era la culpable" por haber tomado la decisión de ligarse las trompas. Criterio técnico de la junta médica en revisión: Durante el trámite en la Corte Constitucional, una junta médica ordenada por el magistrado sustanciador desaconsejó el procedimiento quirúrgico en el corto plazo por motivos médicos. La junta advirtió la existencia de factores de alto riesgo obstétrico no modificables (dos cesáreas previas, antecedentes de preeclampsia severa) y factores modificables aún no controlados (obesidad, anemia y la inestabilidad emocional derivada del duelo), concluyendo que un embarazo inmediato ponía en riesgo la vida de la paciente. No obstante, la EPS admitió en sus respuestas que la viabilidad anatómica del procedimiento aún no se encontraba totalmente descartada en el caso particular de la accionante.
--	--

Ratio decidendi	La Sala Segunda de Revisión decidió revocar el fallo de instancia que había negado la tutela, basándose en los siguientes pilares de fundamentación jurídica: La autonomía reproductiva como derecho fundamental exigible: La Corte estableció que la decisión de una persona de optar por gestar o abstenerse de hacerlo, así como de determinar el número de hijos que desea tener, constituye un asunto que trasciende la mera voluntad y se eleva a la categoría de derecho fundamental reivindicable. La autonomía reproductiva no solo implica la faceta negativa (evitar embarazos), sino también la faceta positiva: asegurar los medios científicos, tecnológicos y materiales para consolidar y materializar el deseo de fecundidad cuando este se ha modificado tras un evento traumático o un cambio en el plan de vida. La infertilidad adquirida como condición médica atendible: Con el respaldo del concepto de la Defensoría del Pueblo, la Sala de Revisión determinó que la infertilidad generada por una esterilización quirúrgica previa (método anticonceptivo permanente) no deja de ser una condición médica anatómica y fisiológica. Por lo tanto, el hecho de que haya sido producto de una decisión voluntaria inicial no faculta al sistema de salud para excluir de forma absoluta a la mujer de recibir consejería, información integral y tratamientos médicos de restauración cuando surjan nuevas necesidades asociadas a su libertad reproductiva. Prevalencia de la autonomía informada frente a la objeción médica de conveniencia: La Sala reconoció la validez de los hallazgos de la junta médica respecto a los severos riesgos de salud que un nuevo embarazo representa para Valeria debido a sus antecedentes obstétricos. Sin embargo, precisó que estos riesgos no configuran una prohibición absoluta ni
------------------------	--

	automática para vedarle el acceso a la cirugía. El marco constitucional de los derechos humanos de las mujeres exige que sea la propia paciente —una vez reciba información clara, comprensible y con enfoque de género sobre los riesgos inherentes— quien tome la decisión final de forma autónoma, reflexiva y consciente. El papel de los profesionales de la salud consiste en advertir, acompañar y mitigar el riesgo, mas no en suplantar la voluntad de la mujer ni imponer visiones sobre su plan de vida. Deficiencia en el consentimiento informado original: La Corte resaltó que un consentimiento para la esterilización definitiva, emitido en un contexto médico traumático o de alta urgencia (como una cesárea por preeclampsia severa a las 28 semanas), puede adolecer de vicios si no se evalúan las contingencias emocionales derivadas de la potencial pérdida del neonato. Al asociarse la literatura científica con una tasa de arrepentimiento del 20% cuando el Pomeroy se realiza bajo escenarios críticos, el sistema de salud debe flexibilizar sus posturas de exclusión financiera para no perpetuar un daño al proyecto de vida de la mujer.
--	---

Decisión	La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional resolvió: Revocar la decisión judicial de instancia que había declarado improcedente o negado el amparo y, en su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la autonomía reproductiva (en sus facetas de libertad reproductiva y deseo de fecundidad) de la accionante (Valeria). Ordenar a Aire EPS la realización del procedimiento de recanalización tubárica (reversión del Pomeroy), supeditado al cumplimiento de las siguientes fases de protección: Información y ventana de reflexión: La EPS debe explicar a la accionante, de forma clara, comprensible y con enfoque de género, los hallazgos e importantes riesgos obstétricos advertidos por la junta médica (riesgo de ruptura uterina, preeclampsia, etc.). Esta notificación no puede ser coetánea a la firma de consentimientos; se debe otorgar un tiempo prudencial de reflexión. Acompañamiento psicológico: Garantizar el apoyo de profesionales en salud mental durante el proceso de asimilación del riesgo y toma de la decisión, si la accionante lo solicita. Práctica de la cirugía: Si tras conocer los riesgos de manera informada y consciente, la actora mantiene su decisión de persistir en su deseo de fecundidad, la EPS deberá asegurar la práctica efectiva de la cirugía de recanalización.
----------	---

	Ordenar a la Defensoría del Pueblo realizar el acompañamiento y seguimiento estricto al cumplimiento de las medidas de protección ordenadas en favor de la actora. Ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social la expedición de directrices generales y lineamientos pormenorizados con enfoque de género respecto de: El ejercicio pleno de las decisiones reproductivas frente a la reversión de esterilizaciones quirúrgicas. Las vías de asimilación y reducción del impacto financiero de estos procedimientos sobre el sistema de salud, definiendo claramente sus fuentes de financiación. La difusión masiva de la síntesis de esta providencia en un lenguaje ciudadano y accesible.
--	---

E

Formato de entrevista

En este cuestionario se presenta una serie de preguntas relacionadas con la maternidad subrogada, las cuales son de sumo interés para desarrollar el presente trabajo de grado y sobre todo para conocer lo que opinan las demás personas sobre el tema.

Fecha:

Entrevistador:

Preguntas:

1. ¿Sabes que es la maternidad subrogada?

R/

2. ¿Crees que debería regularse en Colombia?

R/

3. ¿Qué opinas sobre la compensación económica para la madre gestacional?

R/

Implicaciones jurídicas de la maternidad subrogada

4. En general, ¿cuál es tu postura sobre los contratos de subrogación y su regulación legal?

R/

5. ¿Tienes alguna otra duda o pregunta sobre este tema?

R/

F

Formato de encuesta - Maternidad Subrogada

El presente formulario tiene como objetivo realizar un sondeo a un segmento de mujeres entre 18 y 30 años de edad para conocer cuál es su pensamiento a cerca del maternidad subrogada.

Nombre del encuestador:

Encuesta número:

1. ¿Cuál es su edad?

R/: _____años

2. ¿Es Madre?

Sí _____ No _____

3. Aceptaría prestar su vientre a cambio de una demanda económica

Sí _____ No _____

4. ¿Cree que se estaría explotando el cuerpo de una mujer si le pusieran precio a algo inherente a la mujer?

Si _____ No _____

G

Formato para personal de salud

En este cuestionario se presenta una serie de preguntas relacionadas con la maternidad subrogada, las cuales son de sumo interés para desarrollar el presente trabajo de grado y sobre todo para poder informarnos de cómo se desarrolla físicamente un embrión en la maternidad subrogada, lo cual se entrevistará al personal de salud.

Fecha:

Entrevistador:

Preguntas:

Implicaciones jurídicas de la maternidad subrogada

1. ¿Qué exámenes y evaluaciones se realizan a una mujer para determinar su elegibilidad como madre gestacional?

R/

2. Desde una perspectiva médica, ¿cuál es el proceso para una maternidad subrogada exitosa?

R/

3. ¿Requiere de un tratamiento hormonal y preparación especial para la madre subrogada?
¿En qué consiste?

4. ¿Cómo se realiza el proceso de transferencia de embriones entre la pareja intencional y la madre subrogada?

R/

5. ¿Cuáles son los principales riesgos médicos asociados a un embarazo subrogado?

R/

6. ¿Hay alguna diferencia médica entre un parto de un embarazo subrogado comparado con uno convencional?

H

Formato para psicólogos

En este cuestionario se presenta una serie de preguntas relacionadas con la maternidad subrogada, las cuales son de sumo interés para desarrollar y conocer la parte emocional y el comportamiento de los padre y madre subrogante por lo que nos adentraremos en el ámbito de la psicología.

Fecha:

Entrevistador:

Preguntas:

1. ¿Qué recomendaciones da a parejas y madres gestacionales que están considerando la subrogación?

R/

2. ¿Cómo ve el futuro de los embarazos subrogados desde una perspectiva psicológica??

R/

3. Desde su experiencia, ¿cuál es el impacto emocional y psicológico para la madre gestacional durante el proceso?

4. ¿Qué opina sobre los argumentos éticos a favor y en contra de la maternidad subrogada?

Implicaciones jurídicas de la maternidad subrogada

R/

 UNIVERSIDAD CESMAG NIT: 800.109.387-7 VIGILADA MINEDUCACIÓN	CARTA DE ENTREGA TRABAJO DE GRADO O TRABAJO DE APLICACIÓN – ASESOR(A)	CÓDIGO: AAC-BL-FR-032 VERSIÓN: 1 FECHA: 09/JUN/2022
---	---	---

San Juan de Pasto, 14 de agosto de 2026

Biblioteca
REMIGIO FIORE FORTEZZA OFM. CAP.
Universidad CESMAG
Pasto

Saludo de paz y bien.

Por medio de la presente se hace entrega del Trabajo de Grado / Trabajo de Aplicación denominado Implicaciones Jurídicas de las personas que intervienen en el proceso de Maternidad Subrogada por falta de regulación en el Ordenamiento Jurídico Colombiano en el periodo comprendido durante el año 2009 y el año 2025 presentado por los autores Jimmy Santiago Riascos Arias y Ricardo Esteban Velasco Pai del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas al correo electrónico biblioteca.trabajosdegrado@unicesmag.edu.co. Manifiesto como asesor, que su contenido, resumen, anexos y formato PDF cumple con las especificaciones de calidad, guía de presentación de Trabajos de Grado o de Aplicación, establecidos por la Universidad CESMAG, por lo tanto, se solicita el paz y salvo respectivo.

Atentamente,



OVER HERNAN AUX PATIÑO
Número de documento 87100616 de Ipiales (N)
Programa académico Derecho
Teléfono de contacto 3127641632
Correo electrónico ohaux@unicesmag.edu.co

 UNIVERSIDAD CESMAG NIT: 800.109.387-7 VIGILADA MINEDUCACIÓN	AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE GRADO O TRABAJOS DE APLICACIÓN EN REPOSITORIO INSTITUCIONAL	CÓDIGO: AAC-BL-FR-031
		VERSIÓN: 1
		FECHA: 09/JUN/2022

INFORMACIÓN DEL (LOS) AUTOR(ES)	
Nombres y apellidos del autor: Jimmy Santiago Riascos Arias	Documento de identidad: 1000078014
Correo electrónico: jimmyriascos82@gmail.com	Número de contacto: 3209688326
Nombres y apellidos del autor: Ricardo Esteban Velasco Pai	Documento de identidad: 1004223998
Correo electrónico: Zabp2001@gmail.com	Número de contacto: 3235186833
Nombres y apellidos del asesor: Over Hernan Aux Patiño	Número de contacto: 3127641632
Correo electrónico: ohaux@unicesmag.edu.co	Documento de identidad: 87100616
Título de Trabajo de Grado: Implicaciones Jurídicas de las personas que intervienen en el proceso de Maternidad Subrogada por falta de regulación en el Ordenamiento Jurídico Colombiano en el periodo comprendido durante el año 2009 y el año 2025	
Facultad y Programa Académico: Facultad de Ciencias Sociales y Humanas Programa de Derecho	

En nuestra calidad de autores del derecho de autor del Trabajo de Grado o de Aplicación señalado en el encabezado, conferimos a la Universidad CESMAG una licencia no exclusiva, limitada y gratuita, para la inclusión del trabajo de grado en el repositorio institucional. Por consiguiente, el alcance de la licencia que se otorga a través del presente documento abarca las siguientes características:

- a) La autorización se otorga desde la fecha de suscripción del presente documento y durante todo el término en el que los firmantes del presente documento conservemos la titularidad de los derechos patrimoniales de autor. En el evento en el que dejemos de tener la titularidad de los derechos patrimoniales sobre el Trabajo de Grado o de Aplicación, nos comprometemos a informar de manera inmediata sobre dicha situación a la Universidad CESMAG. Por consiguiente, hasta que no exista comunicación escrita de nuestra parte informando sobre dicha situación, la Universidad CESMAG se encontrará debidamente habilitada para continuar con la publicación del Trabajo de Grado o de Aplicación dentro del repositorio institucional. conocemos que esta autorización podrá revocarse en cualquier momento, siempre y cuando se eleve la solicitud por escrito para dicho fin ante la Universidad CESMAG. En estos eventos, la Universidad CESMAG cuenta con el plazo de un mes después de recibida la petición, para desmarcar la visualización del Trabajo de Grado o de Aplicación del repositorio institucional.



UNIVERSIDAD
CESMAG

WIL 000 199 387-7
www.universidadcesmag.edu.co

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE
GRADO O TRABAJOS DE APLICACIÓN EN
REPOSITORIO INSTITUCIONAL**

CÓDIGO: AAC-BL-FR-031

VERSIÓN: 1

FECHA: 09/JUN/2022

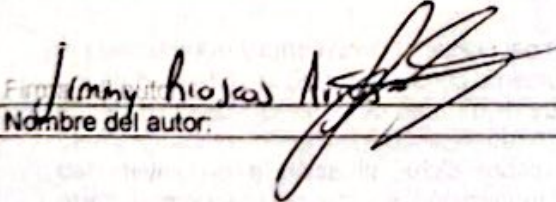
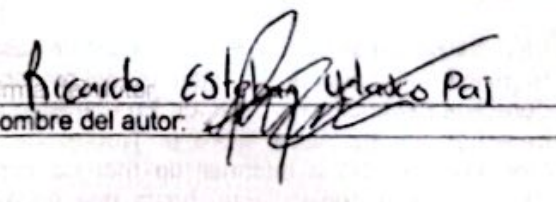
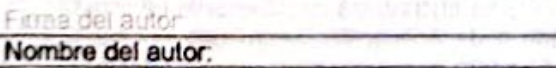
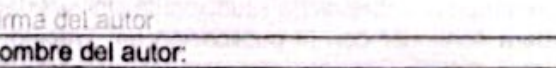
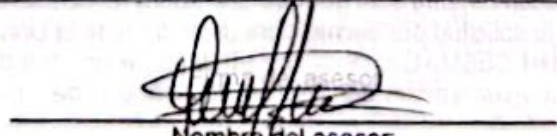
- b) Se autoriza a la Universidad CESMAG para publicar el Trabajo de Grado o de Aplicación en formato digital y teniendo en cuenta que uno de los medios de publicación del repositorio institucional es el internet, acepto(amos) que el Trabajo de Grado o de Aplicación circulará con un alcance mundial.
- c) Acepto (aceptamos) que la autorización que se otorga a través del presente documento se realiza a título gratuito, por lo tanto, renuncio(amos) a recibir emolumento alguno por la publicación, distribución, comunicación pública y/o cualquier otro uso que se haga en los términos de la presente autorización y de la licencia o programa a través del cual sea publicado el Trabajo de grado o de Aplicación.
- d) Manifiesto (manifestamos) que el Trabajo de Grado o de Aplicación es original realizado sin violar o usurpar derechos de autor de terceros y que ostento(amos) los derechos patrimoniales de autor sobre la misma. Por consiguiente, asumo(asumimos) toda la responsabilidad sobre su contenido ante la Universidad CESMAG y frente a terceros, manteniéndose indemne de cualquier reclamación que surja en virtud de la misma. En todo caso, la Universidad CESMAG se compromete a indicar siempre la autoría del escrito incluyendo nombre de(los) autor(es) y la fecha de publicación.
- e) Autorizo(autorizamos) a la Universidad CESMAG para incluir el Trabajo de Grado o de Aplicación en los índices y buscadores que se estimen necesarios para promover su difusión. Así mismo autorizo (autorizamos) a la Universidad CESMAG para que pueda convertir el documento a cualquier medio o formato para propósitos de preservación digital.

NOTA: En los eventos en los que el trabajo de grado o de aplicación haya sido trabajado con el apoyo o patrocinio de una agencia, organización o cualquier otra entidad diferente a la Universidad CESMAG. Como autor(es) garantizo(amos) que he(hemos) cumplido con los derechos y obligaciones asumidos con dicha entidad y como consecuencia de ello dejo(dejamos) constancia que la autorización que se concede a través del presente escrito no interfiere ni transgrede derechos de terceros.

Como consecuencia de lo anterior, autorizo(autorizamos) la publicación, difusión, consulta y uso del Trabajo de Grado o de Aplicación por parte de la Universidad CESMAG y sus usuarios así:

- Permito(permitimos) que mi(nuestro) Trabajo de Grado o de Aplicación haga parte del catálogo de colección del repositorio digital de la Universidad CESMAG por lo tanto, su contenido será de acceso abierto donde podrá ser consultado, descargado y compartido con otras personas, siempre que se reconozca su autoría o reconocimiento con fines no comerciales.

En señal de conformidad, se suscribe este documento en San Juan de Pasto a los 14 días del mes de 08 del año _____

 Nombre del autor:	 Nombre del autor:
 Firma del autor:	 Firma del autor:
 Nombre del asesor:	