



Maternidad subrogada en Colombia: análisis del vacío normativo

Ana María Trejos López

Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogada.

Director

Holmedo Pelaez Grisales

Doctor (PhD) en Derecho

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela Derecho y Ciencias Políticas UPB

Derecho

Medellín

2026

El contenido de este documento no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.



Firma del estudiante: Ana María Trejos López

Cédula: 1001369991

ID: 000485207

Agradecimientos

Quiero agradecer a mi familia y a mi pareja, por confiar incondicionalmente en mis sueños y apoyarme a lo largo de este recorrido.

Gracias a Dios y la vida por permitirme llegar hasta este momento.

Tabla de contenido

Resumen	6
Abstract	7
Introducción	8
Introducción al concepto de gestación subrogada	9
Intentos de regulación en el sistema jurídico colombiano.	14
Cuestionamientos bioéticos y legales de la práctica.	19
Conclusión	27
Referencias.....	29

Siglas, acrónimos y abreviaturas

TRHA	Técnicas de reproducción humana asistida
PhD	Philosophiae Doctor
UPB	Universidad Pontificia Bolivariana

Resumen

El presente trabajo de investigación aborda la necesidad urgente de legislación frente a la técnica de gestación subrogada en Colombia, demostrando que la falta de normatividad y los vacíos legales que conlleva favorece la explotación de mujeres expuestas a un contrato sin ningún tipo de marco legal. El objetivo es analizar la práctica de gestación subrogada y sus implicaciones tanto legales como bioéticas en el contexto colombiano por medio de la visión de la teoría crítica del derecho con un método cualitativo documental. Se estudiará un contexto general de la práctica de gestación subrogada para una aproximación teórica, histórica y conceptual, en segundo lugar se revisarán los intentos de regulación en el ordenamiento colombiano, y por último se analizarán las críticas bioéticas y legales realizadas a la práctica. De esta manera se espera concluir que una eventual regulación es necesaria como medida de protección para las mujeres involucradas en esta actividad con finalidades lucrativas y de explotación humana.

Palabras claves: madre, explotación, contrato, embarazo.

Abstract

This research paper addresses the urgent need for legislation governing the practice of surrogacy in Colombia, demonstrating that the absence of regulation and the resulting legal loopholes facilitate the exploitation of women who are subjected to contractual arrangements lacking any legal framework. The objective of this study is to analyze the practice of surrogacy and its legal and bioethical implications within the Colombian context through the perspective of Critical Legal Theory, employing a qualitative documentary research method.

First, a general overview of the practice of surrogacy will be examined in order to provide a theoretical, historical, and conceptual approach. Second, the attempts to regulate surrogacy within the Colombian legal system will be reviewed. Finally, the bioethical and legal criticisms directed at the practice will be analyzed. In this way, the study aims to conclude that eventual regulation is necessary as a protective measure for the women involved in this activity, particularly in contexts involving profit-making purposes and human exploitation.

Keywords: mother, exploitation, contract, pregnancy.

Introducción

La maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida se encuentra en una posición legal compleja en Colombia al no tener regulación expresa, ya que se reconoce únicamente de forma jurisprudencial. Su regulación supone complicaciones al tener en cuenta los factores propios de la actividad. Desde el contrato en sí, cuyo objeto mismo es el cuerpo de la mujer aún con la prohibición de comercializarlo, los frecuentes desbalances de poder económico y social en la relación de la madre gestante con los padres de intención, el componente transaccional que lo convierte en un escenario de explotación e incluso trata de personas, entre otros. Aún entendiendo su complejidad, es esencial plantear la necesidad de regulación dentro del ordenamiento jurídico como medida de protección para los sujetos involucrados y delimitación de la actividad.

Investigar acerca de las implicaciones de la gestación subrogada es necesario al ser una realidad a la que se encuentran expuestas mujeres cuyas experiencias son a menudo invisibilizadas, representando una amenaza directa a su dignidad humana y autonomía corporal. Así, discutir la viabilidad y desafíos de la regulación de la gestación subrogada en Colombia es una conversación pertinente que supone el cuestionamiento del concepto mismo de la actividad, las razones de las mujeres gestantes para acudir a ella y la responsabilidad del Estado de responder ante los conflictos que surgen debido a las lagunas normativas.

Por consiguiente, el objetivo de esta investigación es analizar la necesidad de regular la gestación subrogada en Colombia, sus implicaciones legales y bioéticas. Para esto, se realizará un recorrido histórico y conceptual, un diagnóstico del vacío normativo y sus intentos de regulación y se evaluarán los principales cuestionamientos de la práctica bajo un lente bioético y legal.

1. Introducción a los conceptos generales de la gestación subrogada

Para la realización del objetivo de análisis de la maternidad subrogada de manera cohesiva y completa, se debe comprender en primer lugar los conceptos propios de la práctica de gestación subrogada. En este capítulo se estudiarán sus definiciones y características principales de manera teórica, además de un breve recorrido histórico, para plantear las bases conceptuales que darán paso a un análisis crítico de la misma.

Tradicionalmente, se hablaba de maternidad de origen (biológica) o por adopción. Las nuevas tecnologías reproductivas han obligado a pensar en otras figuras jurídicas y en otras representaciones sociales. (Candal, L, 2010, p. 5). Las técnicas de reproducción asistida (TRHA), como resultado de múltiples avances científicos y tecnológicos, acercan a las parejas en condiciones de infertilidad o esterilidad la posibilidad de la reproducción, sustituyendo los procesos biológicos naturales con métodos biomédicos. Según Montes Guevara (2004):

Las técnicas de reproducción asistida son el conjunto de procedimientos médicos empleados para ayudar o hacer posible la procreación humana y resolver problemas de esterilidad de las parejas, - se calcula entre un 10% y un 15% las parejas humanas involuntariamente estériles. (Párr. 10)

El concepto comprende varios procedimientos, entre los que se destacan la fecundación in vitro, la inseminación artificial y la gestación subrogada, siendo esta última el objeto de estudio que le compete al presente artículo de investigación.

La autora Bayarri (2015) definió la gestación subrogada como:

El acuerdo de voluntades en virtud del que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que, una vez llevado a término el embarazo, entregará a aquella o a aquellos/as el recién nacido, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado. (Párr. 4)

La gestación subrogada se caracteriza por el hecho de que la mujer gestante no será eventualmente la madre del bebé, ya que de manera legal lo serán los padres de intención. Frente a las formas de realizar el procedimiento se pueden identificar dos modalidades, que son la gestación subrogada total y la parcial.

En la total la madre gestante es la madre genética ya que sus óvulos son los que se fecundan con espermatozoides del padre comitente o de un donante y generalmente, siendo la inseminación artificial el recurso más usado para lograr la concepción. En la segunda modalidad la concepción da inicio a partir de un óvulo ajeno al de la madre subrogada o gestante, generalmente es de la madre comitente. La fecundación del óvulo en este caso es con espermatozoides del padre comitente o donante y es llevada a cabo en un laboratorio a partir de la fecundación “in vitro” para posteriormente ser transferido el embrión o embriones resultantes al útero de la madre subrogada. (Durán Cataño, R y Sanclemente Durán, G. 2022, p. 9).

Estas dos modalidades plantean distintos desafíos jurídicos en relación con la filiación. En el caso de la maternidad tradicional, resulta complicado demostrar la filiación genética, mientras que en la maternidad parcial es posible establecer dicha filiación de manera más clara. (Gómez Córdoba, A. I., Luna Benitez, M. C., & Borda Restrepo, D 2024)

La relación planteada en casos de maternidad subrogada se encuentra usualmente soportada en un contrato previamente celebrado entre las partes involucradas, es decir, los padres de intención y la madre gestante. Dicho contrato es atípico, regido únicamente por la autonomía de la voluntad de las partes. Para Pacheco Chaparro, Monsalve León y Torregrosa Donado (2020):

La maternidad subrogada es un contrato que funge como fuente de obligaciones para ambas partes, bajo el entendido de que la voluntad, tanto de la madre gestante como de los padres biológicos, es de llevar a cabo dicho acto jurídico. Su naturaleza contractual implica que las partes contratantes cuenten con la capacidad necesaria para contraer y, además, que se celebre de forma verbal o escrita, siempre que la partes se obliguen en virtud de la manifestación de sus voluntades mediante una convención en donde se establezcan los medios y los efectos para llegar al fin específico. (p. 145)

El contrato de gestación según la intención de las partes puede clasificarse en altruista o comercial, dependiendo de la presencia o no de una remuneración económica para la mujer gestante, es decir, si se realizó con fines de lucro. Este elemento es clave en la discusión en torno a la intención de explotación de la mujer con fines reproductivos, y en el derecho comparado particularmente se puede observar una diferencia en la regulación frente a este tema.

En el primer mundo encontramos una mayoría de países que prohíben expresamente o no reconocen efectos a este tipo de contratos. Los que lo hacen, exigen el cumplimiento de una serie de condiciones que aspiran a garantizar la ausencia de explotación de la mujer “portadora” y del niño. En particular se excluye la gestación por sustitución remunerada, limitando la validez de los acuerdos a aquellos en los que la madre gestante tiene una motivación “altruista” (Albert, M. 2017, p. 186).

Al respecto de la clasificación el altruista o comercial, plantea Martínez (2015):

La primera opción se presenta cuando la mujer gestante acepta llevar a cargo el procedimiento de maternidad subrogada de manera gratuita, por lazos de amor, amistad o parentesco con la pareja contratante; y la subrogación onerosa se da cuando la mujer gestante recibe de la pareja contratante una contraprestación por concluir el embarazo y entregar al niño producto del acuerdo. (Párr. 16)

Planteados los elementos conceptuales, se procede a observar el recorrido histórico de la práctica. Se puede reconocer que el primer acuerdo de maternidad subrogada en donde se involucró la inseminación artificial fue documentado en 1976, a través de Noel Keane, un abogado que en Dearborn, Michigan, Estados Unidos, creó la Surrogate Family Service Inc, con el fin de ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitando el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para el procedimiento. (Guzmán, J. L., & Miralles, Á. A, 2012). Frente a la evolución de los conflictos judiciales originados en casos exitosos de gestación subrogada, se puede reconocer el caso de “Baby M” en Estados Unidos en el año 1986 como el primer conflicto jurídico originado por el incumplimiento contractual por parte de la mujer gestante, al decidir conservar el bebé luego del nacimiento. (Bechara, 2019)

El caso en mención constituye el primer paso de reflexión ética y jurídica, no sólo en el sistema jurídico norteamericano, sino en el mundo entero, puesto que allí se pone de manifiesto la necesidad de replantear y cuestionar la normas vigentes en materia de maternidad frente al avance de la ciencia y la tecnología, y de manera particular en relación con el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. (Bernal Camargo, D. R, 2015, p. 20)

En Colombia, la práctica fue reconocida constitucionalmente como una modalidad de reproducción asistida en la Sentencia T-968 de 2009, en la cual la Corte Constitucional legitimó la maternidad subrogada como un recurso para parejas con problemas de infertilidad que no está previsto en el ordenamiento jurídico al no existir prohibición expresa para la celebración de este tipo de contrato. La Corte realiza la claridad de que en cualquier caso, es el principio constitucional del interés superior de los niños y niñas, consagrado en el artículo 44, el que prima al momento de resolver discusiones originadas en contratos de maternidad subrogada, garantizando por encima del contrato sus intereses y derechos.

En esta sentencia la Corte Constitucional la define como:

El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto. (Corte Constitucional, ST 96809, 2009)

Esta técnica de reproducción asistida se ha encontrado en el centro de diversos debates debido a las características propias de la práctica, que se han mencionado anteriormente, y su regulación varía ampliamente de acuerdo con el país que la legisla. La falta de normatividad es una

característica afín con la realidad mundial, pues son pocos los países que actualmente regulan de forma expresa esta materia, ya sea para permitirla o rechazarla. Lo anterior es una muestra más de la dificultad que enfrenta el derecho para responder a tiempo a las nuevas realidades que surgen como consecuencia del avance de las tecnologías. (Marchant, 2011)

2. Intentos de regulación legislativa, jurisprudencial y doctrinal en el sistema jurídico colombiano.

Al estudiar conceptualmente el problema planteado, se analizarán a continuación los intentos legislativos, judiciales y doctrinales que a lo largo de los años han contribuido a la discusión, proponiendo una regulación frente a la realidad de la gestación subrogada en Colombia.

En primer lugar, se procederá al estudio de los intentos legislativos, donde se estudiarán los cuatro proyectos de ley más relevantes, con diferentes maneras de aproximarse a la regulación o prohibición de la gestación subrogada. Posteriormente, se analizarán las sentencias existentes originadas por discusiones relativas a diferentes aspectos de la maternidad subrogada, como la filiación y la licencia de maternidad. Por último, se mencionarán algunas posiciones doctrinales acerca del deber ser de una eventual regulación en Colombia.

Frente a los intentos de regulación legislativos, en el año 2009 se propuso el proyecto de ley 037 en la Cámara de Representantes, que buscaba “establecer en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva, mediante las técnicas de reproducción humana asistida, así como establecer los mecanismos que permitan controlar la realización de esta práctica.” Por medio de este proyecto se reconoció el vacío normativo respecto al tema y se propuso una regulación para la práctica de gestación subrogada, incluyendo condiciones para la pareja solicitante y la gestante, la obligación de brindar asistencia psicológica, los centros autorizados para realizar el procedimiento, sus modalidades, entre otros, además de legislar acerca de la filiación y el consentimiento. (Cámara de Representantes, 2009). El proyecto se debatió en la Cámara de Representantes y fue archivado en el año 2011 por vencimiento de términos.

Posteriormente en el año 2016, se radica ante la Cámara de Representantes el proyecto de ley 202, presentado por que tenía 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.” Este proyecto señala la maternidad subrogada como una categoría de trata

de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos. Fue archivado por votación de conformidad con el artículo 157 de la ley 5 de 1992. (Cámara de Representantes, 2016)

En 2023 llegó a la Cámara de Representantes el proyecto de ley 334. El proyecto pretendía “reglamentar la Subrogación gestacional en Colombia, prohibir con fines lucrativos, y garantizar los derechos de la mujer, los niños y niñas” (Cámara de Representantes, 2023). El proyecto fue archivado ese mismo año. A propósito este proyecto:

Establecía que sería un contrato bilateral porque intervienen dos partes, gratuito porque solo se permitiría como fines altruista como lo recomienda la corte constitucional, aleatorio porque depende de un suceso incierto, y solemne porque debe tener ciertas formalidades, por ejemplo, que debe constar por escrito. (Acosta-Méndez, J, Valencia-Hurtado, J y Solano-Gutiérrez, F, 2023).

El intento actual de regulación es el proyecto de ley 131 de 2025, que se encuentra en la Cámara de Representantes “por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada en Colombia”. Este proyecto busca “frenar la explotación reproductiva de las mujeres y la mercantilización de los niños”. (Cámara de Representantes, 2025). Un aspecto importante a mencionar es que el proyecto pretende tipificar como delito el constreñimiento a la maternidad subrogada, con una pena en prisión de 72 a 96 meses, y una multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Actualmente se encuentra a la espera de un primer debate.

Los intentos legislativos han sido guiados por líneas de regulación similares, con algunas diferencias entre sí. En general, se puede reconocer la necesidad de reglamentación con una prevalencia del interés de la protección de niños, niñas y mujeres, garantizando los derechos a la dignidad, autonomía y salud, además de atender el requerimiento directo que la Corte Constitucional lleva realizando al Congreso en reiteradas ocasiones desde el año 2009.

En segundo lugar, la jurisprudencia colombiana también ha sentado bases a lo largo de los años frente a la regulación de la maternidad subrogada, resolviendo diversos conflictos originados por la inseguridad jurídica de la figura y actuando como el único marco regulatorio acerca de la materia.

La primera sentencia en referirse al respecto fue la Sentencia T-968 de 2009, donde se analizó el caso de una mujer de escasos recursos económicos que se prestó a ser madre sustituta para un ciudadano colombiano residente en Estados Unidos y casado con otra mujer. Accedió a donar sus gametos y se presentó con el hombre a solicitar la fecundación in vitro. La gestante quedarse con los bebés y registrarlos como hijos extramatrimoniales, lo que desencadenó en una disputa legal que concluyó en la asignación de la custodia provisional al padre y autorización de salida del país de los niños, garantizando la protección integral de sus derechos y asegurando un vínculo con la madre biológica. En este caso, la Corte exhorta a regular la materia, “para evitar por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes, los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley, y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas” (Corte Constitucional, 2009)

La sentencia T-275 de 2022, aborda el caso de un hombre que solicitó a su EPS el reconocimiento de la licencia de paternidad equivalente al de la madre, por ser el padre único de una recién nacida mediante de la figura de gestación subrogada. La corte resolvió, a favor del principio de igualdad y del interés superior de la niñez, extender la licencia a favor del accionante. Nuevamente se aclara que la maternidad subrogada no está regulada ni prohibida expresamente y exhorta al Congreso a legislar al respecto.

En la sentencia T-232 de 2024, la Corte Constitucional resuelve un conflicto originado en un caso de maternidad subrogada que involucró a una menor que perdió su nacionalidad debido a inconsistencias en el registro de su nacimiento. La tutela fue interpuesta por su padre, buscando restituir los derechos de la menor, quien quedó en situación de apatridia. (Muñoz Gómez & Arbeláez Luna, 2025, p.1) En el fallo se concede la protección de los derechos fundamentales a la nacionalidad, a la identidad personal, a la igualdad en consideración de su interés superior y a ser protegida de la apatridia. Además, exhorta al Congreso de la República para que expida una legislación sobre la gestación por sustitución que tenga en cuenta las dimensiones transnacionales de este fenómeno y las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado Colombiano para evitar el riesgo de apatridia. (Corte Constitucional, T-232 de 2024)

Algunos autores, desde la doctrina, se han referido a diversos elementos fundamentales que debe determinar una regulación en el tema de la maternidad subrogada. Alguno de estos elementos

esenciales son la modalidad de la práctica, que abarca la forma parcial y la total, la finalidad de la práctica, que incluye la altruista y la onerosa, y el marco de regulación, según si es una prohibición absoluta, una permisión amplia o estricta.

En primer lugar, frente a los tipos y finalidad de la técnica de gestación subrogada, según Bachara (2019):

Para minimizar conflictos jurídicos, sería la modalidad gestacional o parcial, es decir, donde la madre gestante solamente aporta su capacidad gestacional, cuya finalidad sea altruista la que debería acoger Colombia al momento de expedir una ley que regule su contenido, alcance y efectos. (párr. 28)

Esto supone dejar de lado otros tipos y finalidades de la maternidad subrogada, es decir, la finalidad onerosa (en la que media el interés económico) y la modalidad total (donde la mujer gestante aporta también la carga genética) por las complicaciones que suponen al momento de resolver conflictos, especialmente frente a la filiación e incumplimiento del contrato.

Frente a los marcos de regulación, es decir, la posibilidad de plantear la prohibición absoluta de la práctica, la permisión amplia o la permisión con estrictas limitaciones, el autor plantea que “el marco jurídico más adecuado para Colombia debe ser la permisión regulada con limitaciones, en el entendido que es el tipo de regulación hacia el cual están migrando tanto los estados prohibicionistas como los no restrictivos.” (Bachara, 2019, párr. 34)

La doctrina también se ha referido a las consecuencias de la falta de regulación. Al respecto Russi. S (2015) afirma:

La inexistencia de regulación normativa en la materia, ha traído consigo la imposibilidad de aplicar de manera eficaz las disposiciones en materia de contratos que contiene nuestra legislación civil, más aún teniendo en cuenta que el espíritu de las mismas, fue dado en un contexto social, económico y científico muy diferente al actual. (p. 22)

El autor Goez Colorado (2024) también se refiere al tema

La ausencia de una regulación sobre la maternidad subrogada ha dado lugar a escenarios en donde los derechos de los menores y de las mismas partes son vulnerados,

sometiéndolos a procesos judiciales largos, debiendo esperar la intervención de la Corte Constitucional para alcanzar un grado de protección. En este sentido, aunque jurisprudencialmente se han dado pasos importantes en el tema, no se pueden desconocer situaciones particulares cuya ocurrencia acarrea problemática. (p. 23)

En conclusión, se plantea una necesidad de regulación en materia de esta técnica de reproducción asistida que involucra la protección de la mujer gestante y del recién nacido, reconociendo que únicamente puede realizarse con finalidades altruistas y sin la intervención genética de la mujer gestante, adoptando un modelo de regulación con limitaciones claras, y no meramente de restricción completa.

3. Cuestionamientos bioéticos y legales de la práctica de gestación subrogada

Las técnicas de reproducción asistida, además de significar un avance tecnológico para la reproducción humana, han sido objeto de diversas críticas y cuestionamientos. En su mayoría dichas críticas se inclinan hacia elementos bioéticos, aunque se evidencian también cuestionamientos con elementos legales. Para García Capilla D. y Cayuela Sánchez S. (2020):

La gestación subrogada se ha convertido en un tema bioético conflictivo, sobre todo porque introduce por primera vez la posibilidad de ruptura de los procesos de gestación y maternidad por medio de la tecnología, a través de un procedimiento tecno-reproductivo relativamente sencillo. (p. 29)

En primer lugar, se analizarán las críticas bioéticas realizando un contraste con sus cuatro principios fundamentales, y por último, se hará referencia a los dos principales cuestionamientos legales, que son el contrato y la filiación.

La bioética se rige por una serie de principios fundamentales, que son la autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia. Entre estos cuatro principios existe ninguna jerarquía, todos tienen la misma importancia, son *prima facie*. (Mir Tubau, J., y Busquets Alibés, E. 2011) Con base a estos principios se analizarán las críticas realizadas contra la maternidad subrogada desde el punto de vista bioético.

Autonomía

El primer principio de la bioética es la autonomía, que exige el respeto a la capacidad de decisión de las personas y a que se respete su voluntad. (T. L. Beauchamp Y J. F. Childress, 1979) Para Beauchamp y Childress, una acción es autónoma cuando se realiza con intención, comprensión y sin influencias externas que determinen su actuar. El consentimiento hace parte fundamental de la autonomía, además de ser elemento esencial para la validez de cualquier negocio jurídico.

Este elemento es también el más cuestionado de la maternidad subrogada. Para Perdomo Ayala y González Hurtado (2023):

La capacidad de la madre subrogada o gestante para dar su consentimiento en su celebración es fundamental. Debe demostrarse que se encuentra en condiciones físicas y

sicológicas adecuadas, ser mayor de edad, haber sido madre y no tener ánimo de lucro, debido a que su móvil debe ser la prestación de un servicio social a la comunidad y su deseo de ayudar. (Párr. 5)

En este caso, se cuestiona la libertad con la que la mujer gestante brinda su consentimiento, teniendo en cuenta que en su mayoría, los contratos de gestación subrogada se encuentran mediados por un factor económico, donde se reconoce a la mujer una prestación dineraria a cambio de la gestación y eventual entrega del recién nacido. Esto, sumado a diferentes presiones externas y desconocimientos, alteraría el consentimiento libre e informado que es fundamental a la hora de someterse a un procedimiento de esta índole.

En el marco de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), el hecho de que el consentimiento deba ser cualificado es sumamente importante, porque es un procedimiento que no solo afecta directamente al cuerpo de la persona intervenida y su pareja, en caso de que la haya, sino a los posibles hijos e hijas producto de este tipo de filiación. Por lo tanto, es necesario que se manifieste por escrito y que sea persistente, de acuerdo con la misma sentencia anteriormente citada, de manera que el consentimiento debe ser expresado por todos los involucrados en el proceso de reproducción humana asistida. (López J.G.A. 2022, p. 140).

En relación con la autonomía también se presenta el argumento de la libertad de procreación o el derecho a la maternidad o paternidad para justificar el uso de la técnica de gestación subrogada.

Frente a este argumento, el autor Valero Heredia (2019) plantea:

Aunque es indudable que la libertad de procreación forma parte del libre desarrollo personal, esto no debe confundirse con la existencia de un derecho a la reproducción que incluya como instrumento para hacerlo efectivo la gestación por sustitución, en la medida en que ésta implica que la madre gestante se limite a aceptar, mediante el recurso a una relación contractual de carácter mercantil, las condiciones de un contrato de gestación para otros, que es distinto a decidir ejercer, en su ámbito de libertad individual, un derecho a procrear. (p.426)

La libertad de procreación protege la posibilidad de procrear por medio del embarazo, o en caso de no ser posible, recurrir a la adopción. Dentro de esta autonomía no podría valerse de la

reproducción asistida mediante la gestación subrogada al requerir necesariamente la intervención de terceros y la utilización del cuerpo de la gestante.

Para Brena Sesma, en la enciclopedia de bioderecho y bioética:

Aceptar la maternidad subrogada como un reconocimiento de los derechos reproductivos de la pareja puede conducirnos a una pendiente resbaladiza que desemboque en permitir a las personas o parejas llevar a cabo un procedimiento de maternidad subrogada o el alquiler de útero aún cuando no existan razones biológicas sino de otra índole que impidan un embarazo. (Párr. 6)

No maleficencia

El principio de no maleficencia hace referencia a la obligación de no infringir daño intencionadamente. Este principio se fundamenta en la tradición de la máxima clásica *primum non nocere* (“lo primero no dañar”). (Siurana Aparisi, 2010).

La crítica desde este principio hacia la práctica de la maternidad subrogada apunta a que la ausencia de regulación crea condiciones estructurales de daño potencial sobre los dos sujetos más vulnerables de la práctica, que son la mujer gestante y el recién nacido.

Los mayores riesgos directamente relacionados con la práctica son el proceso de embarazo para la mujer, y la indeterminación de la filiación del recién nacido, ambos debido a la falta de regulación en el ordenamiento jurídico. La no maleficencia exige que quien no puede garantizar la ausencia de daño, al menos debe establecer mecanismos para prevenirlo y mitigarlo, función que solo puede cumplir una regulación completa sobre la materia.

La Corte Constitucional, en su sentencia T-968 de 2009, reiteró que el interés superior de los niños y niñas, su protección y prevalencia de derechos consagrados en el artículo 44 de la Constitución son prioritarios para el Estado y la sociedad, al ser sujetos de especial protección, a quienes se les debe garantizar en todas las actuaciones involucradas sus intereses y derechos sobre los demás. (Corte Constitucional, 2009). De igual manera, frente a la protección a la mujer gestante, la Constitución en su artículo 43 determina que “La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado.” (Const, 1991, art. 43)

Reiterativamente se viene refiriendo la Corte al sujeto de especial protección, como aquella persona que por su situación de debilidad manifiesta se ubica en una posición de desigualdad material con respecto a los demás, lo que obliga a un tratamiento preferencial a través de acciones afirmativas en miras de garantizar la igualdad material y el acceso a mecanismos judiciales de protección de sus derechos. (Daza, S. M, 2019) Esto demuestra que el hecho de que el procedimiento de la gestación subrogada genere potenciales riesgos a la integridad de la mujer y el recién nacido requiere de una regulación urgente que materialice esa protección legal.

Justicia

La justicia, como principio de la bioética, supone “la distribución imparcial, equitativa y apropiada en la sociedad, determinada por normas justificadas que estructuran los términos de la cooperación social” (T. L. Beauchamp Y J. F. Childress, 1979)

El principio de justicia demanda una distribución equitativa de cargas y beneficios. En este caso, la crítica más contundente es que la falta de regulación normativa reproduce desigualdades estructurales de género y clase, profundizando cada vez más el desequilibrio evidente en la relación entre la mujer gestante y los padres de intención. Al respecto se plantea que

La relación comercial que existe entre las partes del contrato de subrogación se desarrolla en un contexto en el que predomina la asimetría económica, social y educacional entre ambas: los comitentes suelen ser personas más adineradas y mejor educadas que las gestantes, y estas últimas normalmente provienen de los países en vía de desarrollo que viven en la extrema pobreza. (Szygendowska, M. 2021, párr. 44)

El desequilibrio en las cargas se evidencia al ser la mujer gestante quien asume todos los riesgos relativos al embarazo, que incluyen riesgos corporales y psicológicos. El autor Gamboa Bernal plantea que:

Desde el punto de vista biológico la madre de alquiler no solo tiene que enfrentarse a los riesgos inherentes a todo embarazo, sino que previamente se debe someter a terapias hormonales de estimulación ovárica para obtener los gametos que serán necesarios para la fertilización con el espermatozoide, ya sea del padre contratante o del obtenido de un donante. Estos embarazos se consideran de alto riesgo, al menos social cuando no médico, lo que

demanda una monitorización frecuente con todos los inconvenientes que pueden ocasionarse a la gestante. (Gamboa Bernal, 2023, párr. 26).

Por otro lado, los padres de intención obtienen el beneficio principal sin exponerse a las cargas, al ser comúnmente parejas con la capacidad económica suficiente para sufragar los costos del procedimiento. El autor también plantea que:

En la base de la maternidad subrogada está una necesidad, real o ideal, de personas que no pueden tener hijos biológicos, que con alto poder adquisitivo pueden contratar empresas o agencias que les gestionen un embarazo, mediante el alquiler del útero de una mujer que, en general, lo hace por necesidad económica. (Gamboa Bernal, 2023, párr. 51).

Por otro lado, el principio de justicia también se desconoce al entender la maternidad subrogada como un mecanismo de mercantilización del cuerpo de la mujer, debido al elemento corporal necesario en el contrato que supone la obligación de la mujer de utilizar su cuerpo para gestar y posteriormente entregar al recién nacido. Esto permite incluso que algunos países se conviertan en un destino de “turismo reproductivo” por su facilidad de acceder a la práctica, mayormente gracias a la flexibilidad normativa como consecuencia del vacío legal.

El sistema capitalista ha creado una nueva forma de negocio, aprovechándose de la desesperación de, por un lado, las personas infértiles que por la presión social y familiar hacen todo lo posible para poder tener un hijo con el mismo ADN que ellos, y, por otro lado, de las mujeres pobres que, en gestar a un feto para otros, encuentran la única forma de sobrevivir. En este sentido, el sistema convierte a las personas en mercancías, generando cada vez mayor desigualdad social entre los países occidentales y los que están en vía de desarrollo. (Szygendowska, M. 2021, párr. 52)

Beneficencia

En concordancia con el principio de no maleficencia, la beneficencia consiste en prevenir y eliminar el daño o hacer el bien a otros. Mientras que la no maleficencia implica la ausencia de acción, la beneficencia incluye siempre la acción. (Siurana Aparisi, 2010).

La crítica apunta a que la maternidad subrogada prioriza el bienestar de los padres de intención al garantizar su deseo de concebir por medio de esta práctica, muchas veces sacrificando los intereses de la mujer gestante y el recién nacido.

La falta de un marco legal permite que la gestación subrogada se desarrolle en un mercado no regulado donde el bienestar de la mujer gestante pasa a un segundo plano, teniendo en cuenta las características de las mujeres que recurren a la práctica. Al respecto se plantea:

Es importante señalar que existe una geopolítica y una economía de género relativa al alquiler de vientres que visibiliza las desigualdades entre regiones y entre sexos. Los experimentos con seres humanos se realizan en países con altos índices de pobreza, débiles democracias, falta de garantías de derechos humanos, profundas estructuras patriarcales y múltiples formas de violencias contra las mujeres en regiones de África, América Latina y Asia. (Amador, 2010)

La revisión de los cuatro principios bioéticos permite llegar a la conclusión de que la maternidad subrogada, tal como opera en Colombia en ausencia de un marco normativo integral, no supera el estándar mínimo de viabilidad ética que exige cualquier práctica que involucre el cuerpo humano, la salud reproductiva y los derechos de las mujeres, niños y niñas. Regular la maternidad subrogada es el mecanismo que respondería simultáneamente a los cuatro principios, al garantizar el bienestar de la gestante, crear condiciones materiales para un consentimiento libre de vicios, establecer protocolos que prevengan daños previsibles, y corregir el desequilibrio estructural que convierte a la mujer gestante en un medio para cumplir fines reproductivos de terceros.

Por último, se estudiarán los cuestionamientos legales que más frecuentemente se evidencian al analizar la práctica de gestación subrogada, especialmente a la luz de la falta de regulación persistente en el ordenamiento jurídico colombiano. Estos incluyen el contrato con sus elementos, y la filiación.

En Colombia, el contrato de gestación subrogada tiene características y efectos que deben ser cuidadosamente distinguidos de otros actos y negocios regulados en los ordenamientos jurídicos actuales. En particular, se trata de un contrato bilateral, gratuito, regulado por el derecho de familia, y cuyos efectos conciernen fundamentalmente al estado civil de las personas. (Sierra Marín, Cañas Guerra, & Arias Martínez, 2024, p. 8)

Dicho contrato regula la relación entre los padres de intención y la mujer gestante, y aunque no se encuentre regulado, en la práctica puede advertirse la presencia de elementos comunes, y una discusión frecuente sobre su licitud. Al respecto, la Corte Constitucional dictó algunas pautas para la celebración del contrato; pero sin una legislación que exponga los mínimos para la protección y garantía de las personas suscritas al contrato innominado, la autonomía de las partes debe ponerse de acuerdo en temas relativos a la remuneración, la posibilidad de negarse en entregar el bebé, los gastos del parto, la inscripción en el registro civil, entre otros. (Pacheco C, Monsalve L & Torregrosa D. 2020)

Frente a los elementos del contrato, la doctrina ha establecido que su objeto no puede ser el ser humano que está por nacer, ni el cuerpo de la madre gestante, dado que se refería a un bien que es prohibido de comercializar. Por ello, se ha dicho que el objeto del contrato es una obligación de hacer, al estar directamente relacionada la fuerza biológica de la gestación y constituir la prestación de un servicio en favor de otro. (Pinzón Marín, Rueda Barrera, Mejía Patiño, 2015)

Los intentos legislativos dan razón frente a la necesidad de regular el contrato, al consagrar en sus borradores de proyectos de ley diversos elementos necesarios que permiten que el contrato abandone su atipicidad y se desarrolle dentro de un marco regulado.

En lo relativo a la filiación, su determinación varía en base a la modalidad en la que se realice el procedimiento. Esto puede ser de forma parcial o de forma total, dependiendo si el material genético es aportado únicamente por los padres de intención, o si por el contrario, la mujer gestante comparte información genética con el recién nacido.

Según la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, la TRHA genera una nueva tipología, compuesta por un fenómeno nuevo que carece de uniformidad de criterios al momento de denominarla, por lo que se le llama “filiación asistida”, “filiación tecnificada” o “filiación no biológica”. (Pacheco C, Monsalve L & Torregrosa D. 2020, p.142) Esta nueva tipología de filiación se sustenta en base al artículo 6 de la Constitución Política, que consagra que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable” (Const. 1991, art. 6)

En la subrogación parcial no se presenta esta discusión, ya que la filiación es evidente al ser los padres de intención quienes comparten con el recién nacido su información genética al aportarla ellos mismos. Por otro lado, la discusión se vuelve más compleja en casos donde se presenta una subrogación total.

Si se hace de manera heteróloga —mediante una inseminación artificial o una FIVIT con el óvulo de la madre gestante—, evidentemente ella tendría derecho como madre biológica, tal como lo consigna la situación fáctica en la T-968 de 2009, donde se excluye de la maternidad subrogada la posibilidad de que la mujer gestante sea la misma madre biológica que involucra su material genético, por lo que la discusión se tornaría más gris en un juicio de impugnación. (Pacheco C, Monsalve L & Torregrosa D. 2020, p.144)

Es por esta razón que los intentos de regulación se inclinan hacia la prohibición expresa de la modalidad de subrogación total y la regulación de la modalidad parcial, para asegurar que no se presenten discusiones relativas a la filiación del recién nacido con la madre gestante, y de esta manera proteger el derecho del menor a una familia y al cuidado.

Conclusiones

A lo largo de esta investigación se ha evidenciado que la maternidad subrogada en Colombia constituye una realidad jurídica y social que debe ser atendida. El recorrido realizado a través de los tres capítulos permite llegar a las siguientes reflexiones finales.

El estudio del contexto histórico y conceptual permitió comprender que la gestación subrogada no es un fenómeno reciente ni aislado, sino una práctica histórica que ha evolucionado a la par con los avances científicos y tecnológicos de las técnicas de reproducción humana asistida. Esta evolución ha generado una diversidad de modalidades, sujetos y relaciones jurídicas que desbordan las categorías tradicionales del derecho de familia colombiano, creado sobre la distinción clásica entre filiación natural y civil.

En segundo lugar, el análisis de los intentos de regulación demuestra que Colombia se encuentra en un estado de neutralidad legislativa que genera graves consecuencias jurídicas. El Congreso de la República ha presentado proyectos de ley que no han prosperado, dejando un vacío normativo que han llenado, de manera parcial e insuficiente, las sentencias de la Corte Constitucional. Si bien la jurisprudencia ha aportado criterios valiosos, estos no sustituyen la labor del legislador, pues esta no establece un régimen general, sistemático y completo que proteja a las partes involucradas. La doctrina, por su parte, ha señalado de manera consistente esta misma deficiencia, resaltando que la ausencia de regulación expone especialmente a la madre gestante y a los niños nacidos bajo este tipo de acuerdos a diferentes tipos de riesgos inherentes al procedimiento.

Por último, el contraste con los principios de la bioética permitió identificar las tensiones éticas más profundas de la práctica. Dichas tensiones no se resuelven con la simple prohibición, si no que exigen una regulación cuidadosa que se encuentre alineada a los principios. En cuanto a los problemas específicos del contrato y la filiación, quedó demostrado que la naturaleza atípica del acuerdo de maternidad subrogada genera una profunda inseguridad jurídica. La ausencia de regulación sobre su objeto, sus requisitos, su carácter oneroso o altruista, y los efectos del incumplimiento deja a las partes, y especialmente a la madre gestante, en una posición de vulnerabilidad. En materia de filiación, la determinación de la maternidad tradicional entra en

contradicción directa con la realidad de estos acuerdos, generando conflictos que quedan en manos de jueces que deben actuar sin norma expresa, con el eventual riesgo de tomar decisiones contradictorias que afecten los derechos del recién nacido.

En síntesis, esta investigación ha permitido demostrar que la necesidad de regulación de la maternidad subrogada en Colombia no obedece a una postura ideológica a favor o en contra de la práctica, sino a una exigencia de coherencia del ordenamiento jurídico con sus principios constitucionales más fundamentales: la dignidad humana, la protección de los derechos de los niños y la igualdad. Regular no significa permitir ni prohibir de manera absoluta, sino que significa establecer condiciones, límites y garantías que permitan que quienes acuden a esta práctica lo hagan dentro de un marco que proteja a todos los involucrados, y en especial a quienes se encuentran en una posición de mayor vulnerabilidad.

Colombia tiene la oportunidad y necesidad de construir un modelo de regulación conforme con los principios bioéticos que la comunidad científica y jurídica internacional han desarrollado y que responda a su propia realidad social y constitucional. Esa es, como conclusión de esta investigación, la obligación urgente del legislador colombiano.

Referencias

- Acosta, C. A. (2011). Maternidad subrogada. *Revista Ciencias Biomédicas*, 2(1), 91–97.
<https://doi.org/10.32997/rcb-2011-3397>
- Acosta, J., Valencia, J., & Solano, F. (2023). *La maternidad subrogada desde el derecho comparado y la jurisprudencia constitucional colombiana* [Trabajo de grado, Universidad de Santander]. Repositorio Digital Universidad de Santander.
<ps://repositorio.udes.edu.co/handle/001/9621>
- Albert, M. (2017). La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: Una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética*, 28(2), 177–197. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87551223004>
- Amador Jiménez, M. (2010). Biopolíticas y biotecnologías: Reflexiones sobre maternidad subrogada en India. *Revista CS*, (6), 125–135
<https://www.redalyc.org/pdf/4763/476348369007.pdf>
- Beauchamp, T. L., & Childress, J. F. (1979). *Principles of biomedical ethics*. Oxford University Press.
https://www.researchgate.net/publication/394157036_Beauchamp_and_Childress_Principles_of_Biomedical_Ethics
- Bechara, B. B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: Hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(2), 135–165.
<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>
- Brena Sesma, I. (s.f.). Maternidad subrogada (Jurídico). En C. M. Romeo Casabona (Dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/203>
- Camargo, D. R. B. (2015). Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia. *Revista Republicana*, (6).
<https://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/170>

Guzmán, J. L., & Miralles, Á. A. (2012). Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, 23(2), 253–267.

<https://aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf>

Heredia, A. V. (2019). La maternidad subrogada: Un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y Realidad Constitucional*, (43), 421–440. <https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24433>

López, J. G. A., Castañeda, A. M. C., Ospina, H. Á., Cárdenas, S. V., Palacio, Y. P., Restrepo, M. J. G., & Rengifo, S. F. A. (2022). *La protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes en Colombia*. Editorial Bonaventuriano.

http://www.editorialbonaventuriana.usb.edu.co/libros/2022/pdfs/proteccion_juridca_ninos_colombia.pdf

Martínez, H. J. (2018). Maternidad subrogada. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, (10), 270.

http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/10/rvlj_2018_10_I_269-284.pdf

Martínez, V. (2015). Maternidad subrogada: Una mirada a su regulación en México. *Dikaion*, 24(2), 353–382. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/4956>

Mir Tubau, J., & Busquets Alibés, E. (2011). Principios de ética biomédica, de Tom L.

Beauchamp y James F. Childress. *Bioética & Debat*, 17(64), 1–7.

http://www.ucv.ve/fileadmin/user_upload/facultad_agronomia/Produccion_Animal/Produccion_Animal/Bioetica.pdf

Montes Guevara, G. E. (2004). Bioética y técnicas de reproducción asistida. *Revista de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*, 12(1), 71–78. [SciELO Costa Rica](#)

Muñoz Gómez, D. S., & Arbeláez Luna, D. (2025). Niños y niñas nacidos por maternidad subrogada en condición apátrida. *Revista de Derecho (Uruguay)*, 24(47), 1–10. Artículo e474.

[DOI](#)

Pacheco, J. M., Monsalve, M. A., & Torregrosa, I. (2020). Los elementos del contrato de maternidad subrogada. *Universitas Studentes*, (22), 139–158.

<https://apidspace.javeriana.edu.co/server/api/core/bitstreams/343375e7-3ca3-4fe8-a8da-a27560aab7a1/content>

Perdomo Ayala, A., & González Hurtado, I. (2023). La maternidad subrogada en Colombia. *Ámbito Jurídico*. [Ámbito Jurídico](#)

Pinzón Marín, I. Y., Rueda Barrera, E. A., & Mejía Patiño, O. A. (2015). La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre. *Revista de Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*.

https://www.javeriana.edu.co/documents/4578040/4715782/RevDerechoyGenomaH_83-122/dd919031-4548-4978-945a-d81b480f3cd9

Proyecto de Ley 202. (2016). *Por medio de la cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos*. Cámara de Representantes, Congreso de Colombia. [Imprenta Nacional de Colombia](#)

Russi, S. (2015). *Régimen jurídico de la maternidad subrogada en Colombia: Un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre la validez del contrato y sus efectos para las partes*. Editorial Universidad Católica. [Repositorio Universidad Católica de Colombia](#)

Sierra Marín, A. M., Cañas Guerra, D., & Arias Martínez, Y. (2024). *El contrato de gestación subrogada: Un análisis dogmático*. Universidad de San Buenaventura. <https://hdl.handle.net/10819/13593>

Siurana Aparisi, J. C. (2010). Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural. *Veritas*, (22), 121–157. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-92732010000100006>

Szygendowska, M. (2021). La gestación por sustitución como una forma de mercantilización del cuerpo femenino. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 34(1), 89–109. [DOI](#)

Valero Heredia, A. (2019). La maternidad subrogada: Un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y Realidad Constitucional*, (43), 421–440. [Dialnet](#)