

Maternidad subrogada: una construcción jurídica desde el debate

Surrogacy: a Legal Construction from the Debate

Gilceny Andrea Ospina Jiménez¹

Corporación Universitaria Remington

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Especialización en Procedimientos en Derecho de Familia

2025

¹ Abogada, estudiante de la Especialización en Procedimiento en Derecho de Familia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Corporación Universitaria Remington. Correo: gilceny.ospina.3735@miremington.edu.co.

Resumen

La maternidad subrogada es una práctica mediante la cual una mujer gesta un hijo para otra persona o pareja, con la intención de que estos últimos sean los padres legales del bebé. Aunque cada vez es más común en Colombia, su regulación jurídica sigue siendo motivo de debate. Este trabajo busca analizar cómo se ha construido jurídicamente la maternidad subrogada, qué vacíos existen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles son los principales dilemas jurídicos y éticos que plantea. Para ello se propone la pregunta: ¿La maternidad subrogada podrá lograr al fin una regulación pertinente que evite debates jurídicos sobre la conformación de una familia en Colombia? La investigación se plantea desde el enfoque cualitativo, ya que se interpretará la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha dado líneas jurídicas sobre la maternidad subrogada. El resultado más importante es el desarrollo integral de los elementos o requisitos para la maternidad subrogada en Colombia.

Palabras clave: maternidad subrogada, derechos del niño y la familia, licencia de maternidad.

Abstract

Surrogacy is a practice whereby a woman gestate a child for another person or couple, with the intention that the latter become the legal parents of the baby. Although it is increasingly common in Colombia, its legal regulation is still a matter of debate. This paper seeks to analyze how surrogacy has been legally constructed, what gaps exist within the legal system and what are the main legal and ethical dilemmas it poses. To this end, the question is posed: Will surrogate motherhood finally be able to achieve a pertinent regulation that avoids legal debates on the creation of a family in Colombia? The research is based on a qualitative approach, since the jurisprudence of the Constitutional Court, which has given legal guidelines on surrogate motherhood, will be interpreted. The most important result is the integral development of the elements or requirements for surrogate motherhood in Colombia.

Key words: Surrogacy, Children and Family Rights, Maternity Leave.

Introducción

La maternidad subrogada es una forma de reproducción de la especie humana para aquellos que, siendo infértiles pueden tener hijos, conlleva unos limitantes que deben ser estudiados y por supuesto, deben ser objeto de debate continuo, para lograr una regulación normativa para que evite alguna anomalía legal y que viole derechos constitucionales de las personas involucradas con este tema y sobre todo los niños procreados a partir de este método.

Como objetivo general se tiene comprender cómo el derecho puede responder a los desafíos que surgen en torno a esta forma alternativa de conformar una familia en Colombia. Como objetivos específicos se proponen: i) examinar las posiciones doctrinales y jurisprudenciales en Colombia frente a los aspectos jurídicos del contrato de gestación por sustitución, ii) identificar las lagunas jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico colombiano en relación con la maternidad subrogada y las implicaciones para los derechos de las personas involucradas, iii) proponer recomendaciones jurídicas orientadas a la construcción de un marco normativo en Colombia, que regule de manera clara y garantista la maternidad subrogada.

La investigación es importante porque esta práctica es cada día más común aunque el Estado colombiano aún carece de una ley o norma que regule propiamente la maternidad subrogada, no obstante, la Corte Constitucional ha logrado tratar el tema con suficiente desarrollo jurisprudencial para evitar situaciones que impliquen vulneraciones a derechos constitucionales de los niños y de la familia implicados en la práctica de la maternidad subrogada.

La investigación opta por el enfoque cualitativo, se estudiará e interpretará la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha dado desarrollado sobre la maternidad subrogada y ha permitido un desarrollo literal de los modos de aplicación de la maternidad subrogada en la conformación de la familia en Colombia.

El trabajo presenta primero una definición general de la maternidad subrogada, luego se ofrece un desarrollo más específicos del tema que enfoca la maternidad subrogada desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así mismo, las consecuencias de esta en aspectos como la licencia de maternidad que es uno de los principales cuestionamientos derivados de la práctica de la maternidad subrogada, y por último, la recomendaciones para la creación de un marco normativo que desarrolle la maternidad subrogada de manera clara y garantista.

1. Maternidad subrogada: una construcción jurídica desde el debate

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida donde una mujer es quien lleva la gestación del embarazo por otra persona o pareja, que no pueden hacerlo por sí mismo, además, esta forma de reproducción permite que personas que tienen problemas de infertilidad o problemas médicos subyacentes que impidan un embarazo natural tener un hijo propio, de esta manera, la maternidad subrogada en Colombia tiene un eje cambiario para la estabilidad social de las personas en cuanto a la conformación de la familia, es decir, esta práctica conlleva que, las familias también pueden crearse o conformarse por medio de la maternidad subrogada para aquellos que no lo pueden hacer por medios naturales o ajenos a su fisiología, y en Colombia va en aumento el número de personas que tienen esta condición de infertilidad o simplemente medicas que impiden formar su propia familia.

2. Posiciones doctrinales y jurisprudenciales de la maternidad subrogada

El Estado colombiano no tiene regulada expresamente la maternidad subrogada en materia de ley, lo que genera un debate bastante drástico y conservador sobre la práctica de la maternidad subrogada, gestación subrogada o alquiler de vientre, sin embargo, tampoco está prohibido. La Corte Constitucional ha adelantado un desarrollo jurisprudencial de esta práctica en ausencia de una norma. En la Sentencia T 968 de 2009, la primera que habla sobre la maternidad subrogada, ha manifestado lo siguiente: “la maternidad subrogada o de sustitución desde la doctrina ha sido definida como el ‘el acto reproductor que genera un nacimiento de un

niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder los derechos sobre el menor recién nacido a favor de otra mujer quien figurará como madre de éste’.

Hay que tener en cuenta que en la Constitución Política de Colombia, se determinan derechos sexuales que tienen rango superior, como el derecho a una familia, como una institución de la sociedad, de esta manera, la titularidad de los derechos constitucionales o fundamentales no sobreviene solamente de los padres, sino también de los menores nacidos mediante esta práctica, que se fundamentan en el artículo 42 de la Constitución, “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”. Esto es, que los hijos que nacieron por esta práctica, tienen derechos a tener las mismas condiciones y garantías que un hijo nacido naturalmente dentro de una familia.

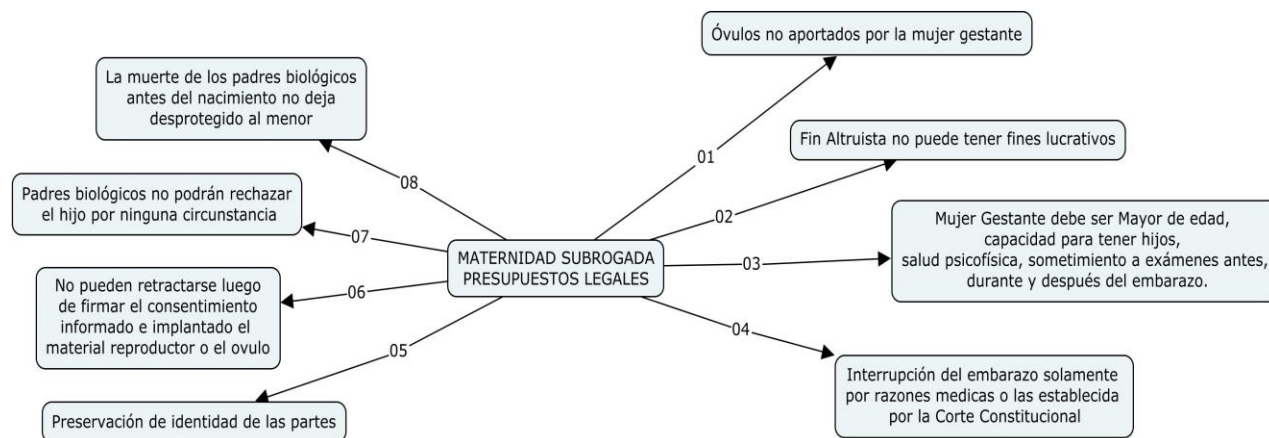
Si bien, la maternidad subrogada puede ser una alternativa para aquellas parejas o personas que quieren tener un hijo por este medio, deben estar sujetas a condiciones en las que la práctica vaya más allá de lo lucrativo, ya que esto conllevaría a la trata de personas y demás circunstancias adversas que violan derechos constitucionales como los derechos de los niños, por ello, la propia Corte Constitucional en la citada sentencia aclara lo relativo a los costos del proceso:

En este evento, la mujer que gesta y da luz no aporta sus óvulos. Y que de las madres sustitutas aceptan a término el embarazo y una vez producido este el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una determinada suma de dinero o los gastos que se ocasionaron por el embarazo y el parto.

De esta manera, se evita una confrontación directa de la violación derechos constitucionales, no solamente por los costos del embarazo y del parto sino también otros presupuestos que se visualizan en la siguiente imagen construida a partir de la Sentencia T 968 de 2009.

Figura 1.

Presupuestos legales de la práctica de maternidad subrogada



Nota. Creado a partir de la Sentencia T 968 de 2009 de la Corte Constitucional.

En coherencia con los presupuestos generales sobre el derecho a conformar una familia, el primer elemento se refiere a la parte biológica, concretamente a que los óvulos no sean aportados por la mujer gestante porque la mujer tiene problemas fisiológicos para concebir. El segundo, orientado a evitar que se convierta en un negocio lucrativo y por tanto exige que sea solo con fines altruistas. El tercero a las condiciones que debe cumplir la mujer gestante y la cuarta a evitar una interrupción del embarazo sin los presupuestos constitucionales. Por otro lado, la quinta se orienta a la protección de los datos de identidad de las partes o las personas involucradas en la maternidad subrogada y la sexta a los términos en los cuales debe darse el consentimiento informado sin que haya lugar la retractación. Asimismo, en la séptima y octavo requisito, se establecen condiciones para los padres, para que no rechacen el menor por ninguna circunstancia como raza o discapacidad y que garanticen la protección de la niña o niño en caso de la muerte de los padres antes del nacimiento, para que no quede desprotegido.

3. Lagunas jurídicas: implicaciones entre las personas involucradas

A partir de estos elementos respecto a la maternidad subrogada de la Sentencia T 968 de la Corte Constitucional se pueden presentar diversas discusiones como se evidencian en la literatura científica orientados a los temas de los temas de licencias de maternidad que tienen implicaciones de la práctica de la maternidad subrogada para los sistemas de seguridad social en

salud. Sobre ello, debemos preguntarnos ¿quién debe reclamar la licencia de maternidad, la persona quien concibió al niño o la persona quien dio su material genético para que otro sujeto concibiera el hijo? Cuestionamientos que generan un debate dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y que por la falta de la regulación expresa en ley, esto produce implicaciones jurídicas que ponen en peligro derechos en tema de salud de las personas involucradas en la maternidad subrogada, por ello, abordando el tema de la las licencias de maternidad que es una consecuencia jurídica para las personas quien decidieron realizar este método reproductivo y en el momento estaban sin trabajo.

La Corte Constitucional en la Sentencia T 275 de 2022, analizó el caso de un padre que quería la licencia de maternidad, ya que su caso se relacionaba mucho con los requisitos o los elementos esenciales de la maternidad subrogada, ya que el padre había solicitado la licencia de maternidad ya que necesitaba estar a los cuidados de su recién nacida, y la EPS le concedió 14 días de licencia, entonces el padre instauró acción de tutela, ya que el había celebrado un contrato un contrato de maternidad subrogada con la gestante subrogada para que esta gestara a su bebe hasta el nacimiento, y al respecto manifestó que la gestante no tenía ningún vínculo genético con la menor de edad, ya que este procedimiento se hizo por la fecundación *in vitro*, por ende, la Corte manifestó que:

Debe presumirse «la vulneración del derecho al mínimo vital» cuando el padre que reclama la licencia «no tiene ingresos económicos diferentes a su salario mensual». A su vez, la imposibilidad de hacer extensiva la licencia de maternidad al accionante con su correspondiente pago, comprometió la vida en condiciones dignas de la menor de edad... en virtud del principio de igualdad y del interés superior de la niñez, en el presente caso resulta imperioso extender la licencia de maternidad en favor del accionante.

Situaciones jurídicas como el caso previamente analizado puede efectuarse en muchos escenarios donde la maternidad subrogada siga aún siendo un tema sin regulación de ley, puesto que, estas implicaciones comprometen derechos constitucionales y que propiamente pueden generar un conflicto de intereses donde el estado colombiano solo pueden resolver estos mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

4. Recomendaciones jurídicas para la construcción de un marco normativo garantista sobre la maternidad subrogada en Colombia

La maternidad subrogada, reconocida como el contrato donde una mujer supone que el papel del embarazo y el parto, con el objetivo de entregar el niño a otro individuo o pareja tras el nacimiento, es un tema prevalente en la jurisprudencia constitucional. En Colombia, a pesar de la intensidad de la adopción de esta actividad, ninguna ley delinea los criterios de protección de derecho legal, moral y de protección para todas las partes involucradas. Esta falta de reglas crea vacíos legales que pueden infringir los derechos de pueden vulnerar tanto a la mujer gestante como a los futuros padres y, especialmente, al niño o niña nacido por este método. Por lo tanto, urge la formulación de un marco normativo garantista que regule la maternidad subrogada de manera clara, ética y respetuosa de los derechos humanos.

La maternidad subrogada, entendida como el acuerdo por medio del cual una mujer se compromete a gestar y dar a luz a un niño o niña con la intención de entregarlo a otra persona o pareja tras el nacimiento, representa uno de los temas más debatidos en el ámbito jurídico contemporáneo. En Colombia, a pesar del creciente uso de esta práctica, no existe una regulación clara que establezca las condiciones legales, éticas y de protección de derechos fundamentales de todas las partes involucradas. Esta ausencia de normatividad deja vacíos jurídicos que pueden vulnerar tanto a la mujer gestante como a los futuros padres y, especialmente, al niño o niña nacido por este método. Por lo tanto, urge la formulación de un marco normativo garantista que regule la maternidad subrogada de manera clara, ética y respetuosa de los derechos humanos.

- Reconocimiento legal de la maternidad subrogada bajo criterios éticos y de derechos humanos

En primer lugar, es indispensable que la legislación colombiana reconozca la maternidad subrogada como una práctica lícita, siempre que esté orientada por principios éticos y de derechos humanos. La Corte Constitucional, en la Sentencia T-968 de 2009, reconoció la existencia de esta práctica y dejó abierta la posibilidad de su regulación, indicando que su

desarrollo debía respetar los derechos fundamentales, particularmente el principio del interés superior del menor. No obstante, la falta de una ley específica ha generado interpretaciones dispares y una práctica informal con riesgos jurídicos y éticos. El marco normativo debe contemplar modalidades de subrogación únicamente de carácter altruista, prohibiendo la subrogación comercial o lucrativa, para evitar la cosificación del cuerpo de la mujer y la mercantilización de la vida humana (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016). Esta recomendación se alinea con tratados internacionales de derechos humanos que buscan proteger la dignidad de las personas y prevenir situaciones de explotación, especialmente de mujeres en situación de vulnerabilidad.

- Requisitos y garantías para la mujer gestante

La mujer gestante debe contar con plenas garantías de autonomía y dignidad en el proceso. En ese sentido, se recomienda establecer requisitos como: i) Capacidad jurídica plena, ii) Consentimiento libre, previo, informado y revocable hasta un momento razonable del embarazo, iii) Evaluación médica, psicológica y social previa, (iv) Prohibición de subrogación en condiciones de coacción económica. Asimismo, el contrato de subrogación debe contemplar mecanismos de protección sanitaria, económica y psicológica para la mujer gestante durante todo el proceso, incluyendo el seguimiento posparto. El consentimiento informado debe documentarse con rigurosidad y validarse periódicamente para garantizar que la mujer mantiene su voluntad en condiciones de libertad.

- Interés superior del niño o niña como principio rector

Cualquier regulación sobre maternidad subrogada debe centrarse en el interés superior del niño o niña, como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y ha reiterado la Corte Constitucional colombiana. Esto implica: i) Garantizar el derecho a conocer su origen biológico, ii) Asegurar una filiación legal inmediata, evitando situaciones de apatridia o indefinición jurídica, iii) Establecer mecanismos de seguimiento que permitan verificar el bienestar del menor, particularmente cuando la subrogación involucra personas extranjeras.

En este punto, resulta crucial definir con claridad el régimen de filiación, de manera que se eviten litigios judiciales sobre la maternidad o paternidad del menor. Una opción viable sería reconocer la voluntad procreacional como fundamento del vínculo jurídico de filiación, de acuerdo con la doctrina del derecho civil moderno (González, 2015).

- Regulación del contrato de subrogación como negocio jurídico sui generis

La normativa debe definir al contrato de maternidad subrogada como un negocio jurídico especial, regido por el derecho civil, pero con un tratamiento diferenciado. Debe establecer: (i) Su carácter solemne y la necesidad de aprobación judicial o notarial. (ii) La nulidad de los contratos celebrados sin consentimiento informado o bajo coacción. (iii) La obligación de contar con asesoría legal independiente para ambas partes. El contrato debe ser sometido a control judicial preventivo para verificar la legalidad del acuerdo, la idoneidad de las partes y el cumplimiento de los principios establecidos por la ley. Este control puede asumir la forma de una audiencia judicial similar al trámite de adopción, con participación del Ministerio Público y autoridades de protección de infancia.

- Supervisión y control estatal de los procedimientos de subrogación

El Estado colombiano debe asumir un papel activo en la supervisión de los procesos de subrogación, a través de: i) La creación de un registro nacional de contratos de subrogación, ii) La vigilancia de las clínicas de fertilidad para evitar prácticas ilegales, iii) La expedición de licencias o autorizaciones a los centros médicos que realicen procedimientos de reproducción asistida. También se recomienda establecer una autoridad administrativa especializada o una unidad dentro del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) para la supervisión de estos procesos, así como campañas de educación pública sobre los derechos implicados en la subrogación.

Conclusiones

La falta de regulación legal sobre la maternidad subrogada en Colombia genera inseguridad jurídica para todas las partes involucradas. Aunque la Corte Constitucional ha

abordado el tema a través de sentencias como la T-968 de 2009 y la T-275 de 2022, el vacío normativo deja importantes aspectos a la interpretación jurisprudencial, lo cual puede derivar en decisiones dispares y en la vulneración de derechos fundamentales. Por ello, es urgente construir una legislación específica que oriente esta práctica de manera clara, garantista y coherente con los principios constitucionales.

El principio del interés superior del niño debe ser el eje rector del marco normativo sobre maternidad subrogada. El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes, a contar con una filiación legal clara y a vivir en un entorno protector es esencial para evitar conflictos jurídicos y garantizar el desarrollo integral del niño o niña nacido mediante este procedimiento. La legislación debe prever mecanismos eficaces para proteger estos derechos, incluso en contextos de subrogación internacional.

Una regulación efectiva debe diferenciar claramente entre subrogación altruista y subrogación comercial, prohibiendo esta última para evitar la cosificación del cuerpo de la mujer y prevenir posibles escenarios de explotación. El marco legal debe incluir criterios estrictos sobre consentimiento, autonomía y condiciones de salud física y mental de la gestante, así como garantizar su protección durante y después del embarazo.

El Estado debe asumir un rol proactivo y regulador en los procesos de maternidad subrogada, estableciendo mecanismos de control, supervisión y sanción, así como promoviendo la creación de un registro oficial de contratos de subrogación. Asimismo, es fundamental la articulación institucional entre el sistema judicial, el sistema de salud y entidades como el ICBF, a fin de asegurar una implementación adecuada del marco legal que se promulgue, garantizando el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los involucrados.

Referencias

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2016). Observación general n.º 22 sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 12 del Pacto). Naciones Unidas.

Corte Constitucional. (2009). Sentencia T 968 de septiembre 18. Exp. T-2220700. M. P. Calle, María Victoria. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-968->

09.htm#:~:text=Los%20ni%C3%B1os%20se%20encuentran%20fuera,y%20emocional%20de%20los%20menores.

Corte Constitucional. (2022). Sentencia T 275 de agosto 1. Exp. T- 8.585.986. M. P. Pardo Schlesinger, Cristina. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-275-22.htm>

González, A. (2015). Filiación, voluntad procreacional y técnicas de reproducción asistida. *Revista de Derecho Privado*, (28), 93-110.

Organización de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.