

**Vientes subrogados: Retos normativos y vicisitudes legales para la regulación de un  
contrato jurídico vigente en Colombia**

Lina Yaderly Beltran Velandia

Corporación Universitaria del Meta

Facultad de Derecho

Programa de Derecho

Villavicencio

2024

**Vientes subrogados: Retos normativos y vicisitudes legales para la regulación de un  
contrato jurídico vigente en Colombia**

Lina Yaderly Beltrán Velandia

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de Abogada.

Dra. Yudy Andrea Carrillo Cruz

Corporación Universitaria del Meta

Facultad de Derecho

Programa de Derecho

Villavicencio

2024

Nota de aceptación:

---

---

---

---

---

---

---

---

Firma del presidente del jurado

---

Firma del jurado

---

Firma del jurado

Villavicencio, junio de 2024.

### **Dedicatoria**

Este trabajo de investigación lo quiero dedicar primeramente a Dios por ser quien me da la inteligencia y sabiduría para culminar esta etapa que es un logro no solo mío sino de mis padres, , ellos son mi pilar fundamental en lo terrenal, mi madre Ana Velandia, mi padre Gelber Beltran.Sus bendiciones a diario a lo largo de mi vida, me protegen y me llevan al camino del bien. Por eso les doy mi trabajo en ofrenda de su paciencia, las dificultades que tuvimos que pasar, el amor y la fe que siempre mantuvimos para hacerlo realidad, papitos los amo con mi alma y mi corazón. pues su apoyo y bendición fue primordial para este reto profesional y/o personal. Hermanos Duber Velandia, Yilmer Beltran, por su compañía, consejos, mis verdaderos amigos, Mis sobrinos que por medio de su alegría me motivaron a seguir adelante. A mi pareja Fabio Páez, por su amor por la calidez de apoyo, su tolerancia estuve motivándome ayudándome hasta donde tus alcances lo permitían. Agradezco inmensamente al universo, me siento feliz de compartir esta linda culminación del proyecto que tanto anhelamos, ser Abogada. Dios me premio con otorgarme una familia maravillosa quien siempre a creído en mí, el deseo de superación, humildad y sacrificio; enseñándome a valorar todo lo que tengo, han fomentado en mí el triunfo en la vida. Lo que ha contribuido a la consecución de este logro. Espero contar siempre con su valioso e incondicional apoyo. Gracias a ustedes hoy puedo con alegría presentar y disfrutar esta tesis.



### **Agradecimientos**

Agradezco a la Doctora Maria Alejandra Cardenas ,al Doctor Christian Hernandez,al Doctor Jorge Munevar, por su apoyo,por el acompañamiento en mi crecimiento profesional , dando sus aportes constructivos para así llevar a concluir un buen trabajo de grado.

**Tabla de contenido**

Glosario .....	9
Resumen .....	11
Introducción.....	12
1. Problema.....	15
2. Justificación .....	17
3. Objetivos.....	18
3.1. Objetivo general.....	18
3.2. Objetivos específicos .....	18
4. Antecedentes.....	19
5. Marco de referencia .....	22
5.1. Marco Teórico.....	22
5.1.1. <i>Subrogación de vientre</i> .....	22
5.2.2. <i>Contrato y sus elementos</i> .....	26
5.2.3. <i>Derechos de disposición de vientres</i> .....	27
5.2. Marco legal .....	29
6. Metodología.....	31
7. Resultados.....	32
7.1. Argumentos legales y jurisprudenciales que no han permitido concretar la normatización del contrato de subrogación de vientres en Colombia .....	32
7.2. Análisis de vicisitudes legales de implementar el contrato de subrogación en Colombia .....	41

7.3. Argumentos legales en lo que se pueda cimentar una propuesta normativa frente a los vientres subrogados en Colombia. ....	49
7. Discusión .....	64
8. Conclusiones.....	70
Referencias .....	73



## Glosario

**Contrato de subrogación de vientres:** Acuerdo legal mediante el cual se establecen los derechos y obligaciones de las partes involucradas en un proceso de gestación subrogada.

**Cosificación:** Tratamiento de una persona como si fuera un objeto, despojándola de su dignidad y considerándola como una mercancía.

**Derecho comparado:** Método de análisis jurídico que consiste en estudiar y comparar las leyes y sistemas legales de diferentes países para identificar similitudes, diferencias y mejores prácticas.

**Dignidad humana:** Principio ético y jurídico que reconoce el valor inherente e inalienable de cada ser humano, y que debe ser respetado y protegido en todas las circunstancias.

**Discriminación:** Acción u omisión que implica un trato injusto o desigual hacia una persona o grupo, basado en características como el género, la raza, la orientación sexual, entre otras.

**Fragmentación de la singularidad personal:** Proceso mediante el cual se desintegra la identidad única e individual de una persona, reduciéndola a una mera parte de un proceso o contrato.

**Gestación subrogada:** Proceso mediante el cual una mujer gesta y da a luz a un bebé con la intención de ceder la custodia del recién nacido a otra persona o pareja.

**Legislación comparada:** Comparación de las normativas y leyes vigentes en diferentes países sobre un mismo tema o asunto.

**Jurisprudencia:** Conjunto de decisiones judiciales emitidas por los tribunales de un país sobre determinadas materias, que sirven de precedente para resolver casos similares en el futuro.

**Vientres subrogados:** Técnica de reproducción asistida en la cual una mujer gesta y da a luz a un hijo que no es biológicamente suyo, sino de una pareja o persona que no puede concebir de manera natural.

## Resumen

El presente estudio analiza cómo en Colombia se debería regular el contrato de subrogación de vientres, para lo cual se llevó a cabo una investigación con enfoque cualitativo y de tipo descriptivo, acudiendo a la consulta de documentos impresos (Doctrina, jurisprudencia, Constitución Política y conceptos de estudiosos del derecho) y electrónicos (Artículos de revistas jurídicas, documentos de sitio Web, debates del congreso, entre otros), como principales instrumentos de investigación.

Con el desarrollo del presente estudio se identificaron los argumentos legales y jurisprudenciales que no han permitido concretar la normatización del contrato de subrogación de vientres en Colombia; también se analizaron los vicios legales de implementar el contrato de subrogación en Colombia; y por último se exponen los argumentos legales en lo que se pueda cimentar una propuesta normativa frente a la maternidad subrogada en Colombia.

En conclusión, la investigación revela que, la complejidad ética, los desafíos políticos, la diversidad cultural y religiosa, y el temor a la comercialización del cuerpo han contribuido a la parálisis legislativa. En este contexto, se hace evidente la necesidad imperante de llenar este vacío normativo para armonizar los principios constitucionales con la realidad contemporánea, garantizando un marco ético y justo para la práctica del alquiler de vientre en Colombia.

Palabras clave: contrato, Vientre subrogados, regulación, normatividad, jurisprudencia.

## Introducción

En la contemporaneidad, la concepción de la paternidad y maternidad ha experimentado una notable transformación, y ya no se limita exclusivamente a la concepción natural. La introducción de técnicas de reproducción asistida, como la maternidad subrogada, ha generado un amplio espectro de debates y controversias que trascienden los ámbitos ético, social, religioso, psicológico y jurídico. Esta práctica ofrece una alternativa para superar desafíos de esterilidad e infertilidad, así como para atender diversos contextos, desde casos de fecundación post mortem hasta el deseo de preservar la figura física de la madre gestante.

A nivel internacional, la regulación de la maternidad subrogada varía significativamente, desde países que la prohíben expresamente hasta aquellos que la regulan bajo diferentes posturas, como la comercial o altruista. En el caso de Colombia, la ausencia de una legislación específica crea un vacío jurídico que suscita incertidumbre en torno a la viabilidad y legalidad de este tipo de contratos. Proyectos de ley han sido presentados en el Congreso, reflejando posturas a favor y en contra, pero hasta el momento, ninguno ha logrado obtener suficiente respaldo para su aprobación.

En este contexto, el presente estudio busca abordar el vacío legal que rodea el contrato de vientre subrogado en Colombia, centrandose su atención en la pregunta central: ¿Cómo debería regularse el contrato de subrogación de vientres en Colombia? Para ello, se realiza un análisis exhaustivo de los argumentos legales y jurisprudenciales que han impedido la normatización, se explorarán las implicaciones legales de implementar esta práctica en el país, y se propondrán argumentos legales que fundamenten una propuesta normativa dentro del marco del derecho colombiano, para lo cual se espera que el análisis de la jurisprudencia nacional contribuirá a iluminar los vacíos regulatorios, identificar posibles problemáticas y proponer soluciones con

el objetivo de impulsar una legislación clara y completa sobre el contrato de vientre subrogado en Colombia.

El presente documento consta de 8 capítulos, comenzando con la identificación y contextualización del problema, ciente a la ausencia de regulación legal para la maternidad subrogada en Colombia; allí también se explora cómo la concepción de un hijo ha evolucionado, destacando la diversidad de situaciones que rodean la gestación subrogada y su impacto en áreas éticas, sociales, religiosas, psicológicas y jurídicas.

El capítulo de justificación subraya la importancia de abordar la falta de regulación, destacando la diversidad de situaciones que la maternidad subrogada puede abordar, desde problemas de infertilidad hasta casos *post mortem*, para lo cual se enfatiza la necesidad de cumplir con los principios establecidos en la Constitución Nacional de 1991.

Los objetivos, tanto general como específicos, delinean claramente la dirección de la investigación. El objetivo general apunta a analizar cómo debería regularse el contrato de subrogación de vientres en Colombia. Los objetivos específicos se centran en identificar argumentos legales y jurisprudenciales, analizar vicisitudes legales y proponer fundamentos para una normativa.

El capítulo cuarto, antecedentes, sitúa el tema en un contexto global y nacional, destacando la diversidad de enfoques y posturas respecto a la maternidad subrogada, para ello se menciona la regulación en países como Francia, Estados Unidos y México, contrastándola con la prohibición en naciones como España y Alemania.

En el capítulo de marco de referencia se introduce la base teórica del estudio, explorando la subrogación de vientre, desglosando sus elementos contractuales y los derechos asociados. El marco legal establece el contexto jurídico nacional e internacional que rodea la práctica de la

gestación subrogada. En el sexto capítulo se presenta la metodología, la cual explica la aproximación y los métodos utilizados para llevar a cabo la investigación.

El capítulo de resultados se divide en subtemas específicos que abordan los desafíos jurídicos identificados. Se presentan argumentos legales y jurisprudenciales, se analizan las vicisitudes legales y se proponen fundamentos para una normativa específica.

La discusión se sumerge en un análisis profundo de los resultados, conectando los hallazgos con las implicaciones jurídicas y sociales de la maternidad subrogada en Colombia; además, se abordan cuestiones éticas, derechos fundamentales y posibles escenarios de regulación.

Por último, en el capítulo de conclusiones se sintetiza los hallazgos clave y propone recomendaciones para avanzar hacia una legislación integral que aborde las complejidades del contrato de vientre subrogado en el contexto colombiano.

## 1. Problema

En la actualidad, la concepción de un hijo no se limita únicamente a la relación sexual entre un hombre y una mujer que desean formar una familia (López, 2012). Existe la posibilidad de recurrir a técnicas de reproducción asistida, como la maternidad subrogada, para que una persona pueda convertirse en padre o madre. Sin embargo, esta práctica ha generado controversias en varios ámbitos, incluyendo el ético, social, religioso, psicológico y jurídico.

La maternidad subrogada o alquiler de vientre puede ser una alternativa para solucionar problemas de esterilidad e infertilidad, ya sea mediante la utilización del óvulo de la mujer o de una donadora de óvulo. Aunque en algunos casos, se utiliza con fines meramente estéticos, es decir, cuando la mujer desea tener un hijo propio, pero sin embarazarse para conservar su figura física. También hay quienes recurren a esta práctica en casos de fecundación post mortem, cuando una mujer ha fallecido y dejado un embrión congelado, producto de una fecundación in vitro. Además, se utiliza en casos de parejas homosexuales o personas solteras que desean tener descendencia (Arámbula, 2008).

Desde hace unos 20 años, varios países diferentes a Colombia, como Francia, Estados Unidos, México e Italia, han estado regulando la maternidad subrogada (aunque en la gran mayoría de los países de Sudamérica no está regulada) adaptando sus normas y directrices para permitir su práctica dentro del marco legal. Sin embargo, en países como España, Alemania, Hungría, Holanda y Suiza, se prohíbe explícitamente el contrato de subrogación de vientres y se considera un delito (Jiménez et al., 2016).

Dentro de los países que permiten el contrato de subrogación de vientres, se han identificado tres posturas o razones principales. La primera es la comercial, que permite a la madre biológica alquilar su vientre a cambio de una compensación económica; este tipo de

contrato se lleva a cabo en buena parte de México y Estados Unidos. La segunda postura es la altruista, donde se busca que la técnica se aplique con fines reproductivos en beneficio de las personas involucradas, como es el caso de Brasil, donde su práctica es más restrictiva. Finalmente, se encuentra la postura relacionada con la falta de legislación sobre el tema, donde se aprovecha la ausencia de permisión y de prohibición para aplicar la técnica, como ocurre actualmente en Colombia.

En el ámbito nacional en materia del contrato de subrogación de vientres existe un vacío jurídico, dado que en Colombia no existe una normativa concreta para este asunto, se produce incertidumbre legal en cuanto a la realización y efectividad de este tipo de contrato legal que se encuentra regulado en otros sistemas jurídicos (Paloma, 2022).

Han sido presentados proyectos de ley en el Congreso de la República, algunos a favor de la maternidad subrogada, y otros que se oponen a esta práctica por considerarla una forma de explotación de la madre sustituta y una transacción ilegal con el niño o niña. Sin embargo, ninguno de estos proyectos ha recibido suficiente apoyo para ser aprobados.

Además, Vásquez y Ortiz (2013) señalan que la falta de regulación legal de la maternidad subrogada en el país podría conllevar a situaciones abusivas de explotación comercial, lo que se agrava por otros problemas sociales como la criminalidad, la pobreza, el desempleo y la discriminación de género; esto podría llevar a mujeres de bajos recursos a ofrecer sus vientres para el alquiler, convirtiendo esta práctica en un negocio ilícito, como el mercado negro de venta de bebés. En especial en la actual crisis económica global derivada de varios factores como la pandemia y la guerra entre Ucrania y Rusia.

Por lo tanto, el presente estudio busca dar respuesta a la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo en Colombia debería regularse el contrato de subrogación de vientres?



## 2. Justificación

Es claro que las técnicas de asistencia en la procreación humana no están contempladas en la legislación colombiana, lo cual incluye no solo la regulación del individuo sino también de las relaciones familiares. Esto significa que es necesario que el Estado establezca una regulación que defina los derechos y deberes que surgen de las nuevas formas de concebir un hijo.

Es necesario cumplir con lo establecido en la Constitución Nacional de Colombia de 1991, específicamente en su artículo 150 numeral 1ro, que establece que "corresponde al congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes funciones: 1-) interpretar, reformar y derogar las leyes" (art. 150). Por lo tanto, el presente estudio se enfoca en aportar información sobre las normas y la jurisprudencia colombiana, así como realizar una comparación con otros países donde el tema ya está regulado, con el fin de arrojar luz sobre el vacío jurídico que existe en cuanto al alquiler de vientres.

Por lo tanto, el presente estudio se quiere analizar el estado del contrato de subrogación de vientres en Colombia, enfatizando en los argumentos legales que no ha permitido concretar la respectiva normativa. Además, se busca identificar los posibles vacíos en la regulación, las problemáticas que podrían surgir y proponer soluciones a los puntos de conflicto de la normatividad colombiana, con el fin de impulsar una legislación clara y completa sobre este tema. Para ello, se realizará una comparación con el derecho comparado de otros países como Brasil, España y México, así como también se revisará la jurisprudencia nacional.

### **3. Objetivos**

#### **3.1. Objetivo general**

Analizar cómo en Colombia debería regularse el contrato de subrogación de vientres.

#### **3.2. Objetivos específicos**

- Identificar los argumentos legales y jurisprudenciales que no han permitido concretar la normatización del contrato de subrogación de vientres en Colombia.

- Analizar las vicisitudes legales de implementar el contrato de subrogación en Colombia.

- Aportar argumentos legales en lo que se pueda cimentar una propuesta normativa frente a los vientres subrogados en Colombia.

#### 4. Antecedentes

Los vientres subrogados han sido tema de estudio en varias investigaciones, por ejemplo, en el plano *internacional*, Aparisi (2017), considerando que la práctica de los vientres subrogados tiene implicaciones directas en los derechos humanos y la dignidad de las personas involucradas, especialmente la madre gestante. Además, que es fundamental considerar cómo esta práctica afecta a la dignidad y los derechos de todas las personas implicadas para dar una respuesta adecuada a este tema. Por ello la autora llevó a cabo su estudio con el objetivo de demostrar cómo los vientres subrogados van en contra de ciertos requisitos básicos de la dignidad humana en relación con la madre gestante, ya que la convierte en un objeto mercantilizado, instrumentalizado, cosificado, discriminado y fragmentado en su singularidad personal.

A su vez, Ávila (2017) realizó un estudio en el que aborda la temática de los vientres subrogados desde una perspectiva histórico-conceptual, examinando sus causas, formas y las consecuencias que se derivan de su práctica. Su objetivo es cuestionar la legislación nacional en España y en el extranjero, explorando las incertidumbres que genera la práctica de los vientres subrogados. Además, se analizan las diversas posturas legislativas adoptadas en el derecho comparado, con el fin de proponer una ley reguladora de esta técnica en España.

Por su parte Barahona-Cobos y Guerra-Coronel (2021) adelantaron una investigación El enfocada en aspectos cualitativos y se estructura de acuerdo al tipo dogmático jurídico, sin tener carácter experimental, teniendo en cuenta que, aunque la Constitución de Ecuador establece los derechos de libertad sexual y reproductiva, además del derecho a beneficiarse de los avances científicos, todavía no se cuenta con una legislación concreta sobre los vientres subrogados en

este país. Por lo tanto, es responsabilidad del Estado institucionalizar un contrato que permita la práctica de los vientres subrogados.

En el entorno *nacional*, Romero (2018) enfocó su artículo en realizar un análisis sobre los aspectos relacionados con la gestación subrogada y los vacíos legales existentes en el sistema jurídico colombiano. Además, analiza los diferentes elementos que están a disposición del juez para tomar una decisión en relación a este tema. Para lo cual parte de ejemplos en derecho comparado como Canadá, India y Portugal, donde los vientres subrogados se encuentra regulada.

Así mismo, Restrepo et al. (2019) llevaron a cabo un estudio con el fin de identificar las garantías disponibles en Colombia para proteger los derechos fundamentales de todas las partes involucradas en procesos de maternidad subrogada. Para lograr esto, llevaron a cabo una revisión exhaustiva de los aspectos jurídicos que enmarcan esta práctica en el derecho de familia colombiano. Para comprender mejor la figura de los vientres subrogados en este país, investigaron su conceptualización y configuración en el ámbito legal. No obstante, descubrieron que hay poco material bibliográfico disponible sobre el tema en Colombia. A pesar de esto, identificaron proyectos de ley que buscan evitar la explotación y garantizar una configuración humanitaria. Además, se realizó una comparación con otros países donde los vientres subrogados está más regulada.

Por su parte Paloma (2022) llevó a cabo un estudio sobre los vientres subrogados en la legislación colombiana durante el período comprendido entre 2015 y 2020. Para lograr esto, utilizó una metodología mixta que combinó técnicas de investigación cualitativas y cuantitativas en el análisis de fuentes documentales. Paloma realizó una revisión exhaustiva de la literatura sobre el tema para abordar el problema planteado. El estudio lo centró en la exploración y

revisión documental, incluyendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional como fuente principal de análisis e interpretación de datos.

En *Villavicencio*, Millán (2021) examinó los derechos constitucionales que se garantizan a los participantes del proceso de gestación subrogada en Colombia. Para lograr este objetivo, se utilizó una investigación de enfoque cualitativo y descriptivo que implicó la revisión de documentos impresos como doctrina, jurisprudencia, la Constitución Política y los conceptos de expertos en derecho, así como documentos electrónicos como artículos de revistas jurídicas, documentos de sitios web y debates del Congreso, entre otros. El estudio identificó las características normativas y jurisprudenciales de la gestación subrogada en Colombia y profundizó en los derechos constitucionales de los involucrados, desde una perspectiva ética, examinando las diversas posturas a favor y en contra.

Así las cosas, el presente estudio se motiva por la necesidad de profundizar en la problemática de los vientres subrogados en Colombia, dada su complejidad y las implicaciones éticas, legales y sociales que conlleva. Inspirado en investigaciones previas como las de Aparisi (2017), Ávila (2017), Barahona-Cobos y Guerra-Coronel (2021), Romero (2018), Restrepo et al. (2019), Paloma (2022) y Millán (2021), el objetivo es abordar de manera integral los desafíos que representa la gestación subrogada en el marco jurídico y jurisprudencial colombiano. A partir de un análisis detallado de la literatura existente y la jurisprudencia nacional e internacional, se busca aportar con posibles soluciones que garanticen los derechos fundamentales de todas las partes involucradas en este proceso. Específicamente, se pretende identificar los vacíos legales, las problemáticas asociadas y proponer una regulación clara y completa que proteja los derechos de las personas, en concordancia con los principios constitucionales y los estándares internacionales de derechos humanos.

## 5. Marco de referencia

### 5.1. Marco Teórico

#### 5.1.1. *Subrogación de vientre*

La subrogación de vientre implica un acuerdo por el que una mujer acepta gestar el hijo de otra persona o pareja, tras la implantación de un embrión, in vitro o en condiciones de laboratorio (Moldovan, 2002). En realidad, el consentimiento implica una serie de relaciones jurídicas que tienen lugar tanto durante el embarazo como después del nacimiento del niño. Una madre de alquiler es la mujer que consiente la implantación en su útero de embriones obtenidos mediante un procedimiento médico y lleva el embarazo a término, da a luz y renuncia voluntariamente a sus derechos legales sobre ese niño, en virtud de un contrato de subrogación. Este método es preferible a la gestación subrogada tradicional, que implica que el óvulo procede directamente de la madre portadora. Actualmente, el método preferido (subrogación gestacional) requiere que se implante un óvulo ya fecundado en el útero portador (Stark 2012). Hasta ahora, el 95% de los embriones creados con fines de gestación subrogada son material genético extraño que se implanta en una mujer que no tiene ninguna conexión genética con el niño (Busby y Vun, 2010).

La subrogación de vientre comercial se diferencia de la altruista por el hecho de que implica un pago y/o ventajas materiales (Guñan, 2011). Las críticas feministas se oponen a la subrogación comercial porque equivale a la venta de niños y a la explotación de las mujeres (Anleu, 1993). Los partidarios de la gestación subrogada altruista afirman que estas críticas pueden conciliarse regulando un contrato de gestación subrogada que no implique el pago de un precio (Anleu, 1993). Argumentan que eliminar la cláusula de pago del contrato de gestación subrogada basta para garantizar a las partes la protección frente a los efectos negativos de un

mercado. Pero en realidad, "la distinción entre maternidad subrogada comercial y altruista se construye socialmente y no se basa en diferencias intrínsecas evidentes" (Anleu 1993, p. 32). Anleu (1993) sostiene que la idea básica de la subrogación altruista es que las mujeres, por naturaleza, son altruistas y pueden renunciar a los beneficios económicos.

Desde 1985 autoras feministas llamaron la atención sobre el hecho de que los vientres subrogados comercial es una forma potencial de argumentar que los vientres de mujeres económicamente desfavorecidas pueden ser alquilados por los ricos en América o Europa (Bailey, 2011). Pero este tipo de pensamiento no ha sido unánimemente aceptado por las feministas. Así, las feministas liberales compartían la opinión de que "la maternidad subrogada es una extensión natural de la libertad reproductiva y la autonomía personal de las mujeres. Si las mujeres podían contratar libremente la venta de su trabajo productivo a cambio de un salario, entonces deberían tener libertad para vender sus servicios reproductivos." (Bailey, 2011, p. 8).

Este tipo de argumento está estrechamente relacionado con el tipo de pensamiento que apunta a la libertad individual. Por ejemplo, la única razón por la que Arneson (1992) considera prohibir los vientres subrogados comercial está relacionada con los efectos de esta práctica en los niños (Arneson, 1992). El autor argumenta a favor de la gestación subrogada comercial diciendo que debería legalizarse basándose en algunas consideraciones dirigidas a la libertad individual (Arneson, 1992)

Sugiero que las prohibiciones propuestas sobre el intercambio de bienes y servicios en el mercado se evalúen según las consecuencias esperadas de tales prohibiciones. Las consecuencias se evaluarán según un criterio de bienestar igualitario. En el contexto de la formulación de políticas públicas, el bienestar sostiene que el objetivo de la política debe ser promover el bienestar o la utilidad de los afectados por ella. (Arneson, 1992, p. 133)

Por otro lado, las feministas radicales que abogan por prohibir los vientres de alquiler basan sus argumentos en la idea de que "la opresión de la mujer (está) directamente (ligada) a sus capacidades y roles reproductivos" (Bailey, 2011, p. 8). Otro argumento común contra los contratos de alquiler de vientres está estrechamente vinculado a un enfoque materialista de la práctica, según el cual "la pobreza femenina hace a las mujeres vulnerables a la venta de servicios sexuales y reproductivos. La maternidad por contrato es deshumanizadora porque mercantiliza el parto, reduce a las mujeres a incubadoras y aliena a las madres de alquiler de su labor reproductiva" (Bailey, 2011, p. 9).

Phillips (2011) sostiene que la prohibición de los vientres subrogados comercial debe tener como punto de partida la dualidad del cuerpo y la mente. Tanto en el caso de la prostitución como en el de los vientres subrogados, la mujer no puede separarse de su cuerpo y no puede sostenerse la idea de que el cuerpo es una entidad distinta en sí misma. La experiencia del embarazo es una experiencia que tiene profundas implicaciones (Phillips, 2011). La autora señala que existe una desigualdad inherente en cuanto a las circunstancias económicas que marcan la diferencia entre las personas que venden servicios reproductivos y las que se ven obligadas a recurrir a tales soluciones (Phillips, 2011).

Un aspecto importante que Bailey (2011) pone en discusión es la doble perspectiva de las feministas occidentales: (1) discutir cuestiones de moralidad y nuevas tecnologías reproductivas o (2) centrarse en cómo se viven estas experiencias. La autora argumenta que no es un marco lo suficientemente complejo para señalar las injusticias que hay detrás de la elección de ser madre de alquiler en países subdesarrollados, como la India (Bailey, 2011).

Aunque existe el peligro del esencialismo al referirnos al retrato de una madre de alquiler, se debe tener en cuenta que muchos estudios muestran características comunes (Mohapatra, 2012). Por ejemplo, en la India, las madres de alquiler suelen presentarse como



pobres, viven en zonas rurales y tienen un bajo nivel educativo (Mohapatra, 2012). Por lo tanto, es relevante que en la mayoría de los casos una mujer desfavorecida se convierta en madre de alquiler de una mujer favorecida (Mohapatra, 2012), lo que indica que existe una relación desigual entre ambas partes. Esto puede deberse a la injusticia estructural a nivel de las sociedades de las que proceden las madres de alquiler. Por lo tanto, el principal problema es que un contrato de maternidad subrogada comercial aparece como una forma de resolver los problemas más profundos de la comunidad (Mohapatra, 2012).

Además, se debe considerar el hecho de que ciertas ciudades, que cuentan con importantes clínicas de reproducción humana, crean un contexto vulnerable para las mujeres que viven en esas zonas. Las mujeres que se enfrentan a la pobreza se ven animadas e incluso presionadas a recurrir a los vientres subrogados, aunque no quieran vender servicios reproductivos, porque no pueden encontrar un trabajo dignamente remunerado (Mohapatra, 2012). Si en el caso de la India el mercado de los vientres subrogados crece rápidamente, en Europa del Este, especialmente en Ucrania y Rusia, el mercado de los vientres subrogados resulta cada vez más atractivo para los ciudadanos europeos procedentes de países en los que los vientres subrogados están prohibidos (Mohapatra, 2012).

El problema de aplicar un marco estrictamente legal a la cuestión de la subrogación de vientre es que percibe a las mujeres como iguales, sin tener en cuenta sus diferencias, y promueve la idea de que existe una experiencia común para todas las madres de alquiler (Mutcherson, 2012).

Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana cuando le da una definición al tema de la subrogación de vientre utiliza la definición que empleó una doctrinante española 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 (Gómez, 1994).

Hay que apuntar que la doctrina se ha referido en numerosas ocasiones frente al concepto de familia, y son varios los autores que coinciden con la definición brindada desde el campo de la sociología considerando que esta institución con relevancia tanto histórica como jurídica se ha presentado a lo largo de los tiempos e incluso desde los orígenes mismos de la humanidad como los cimientos básicos de una sociedad que se encuentra fundamentada en el principio de colaboración humana.

### **5.2.2. Contrato y sus elementos**

En la legislación colombiana, un contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, mediante el cual se crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones. Se encuentra regulado principalmente en el Código Civil y en el Código de Comercio. Las características principales de un contrato en la legislación colombiana son las siguientes (Cámara de Comercio de Bogotá, 2020):

**Consentimiento:** El contrato requiere del acuerdo de voluntades entre las partes involucradas. Esto implica que ambas partes deben manifestar su voluntad de manera libre, espontánea y sin vicios que puedan afectar la validez del consentimiento.

**Objeto lícito:** El contrato debe tener un objeto lícito, es decir, que no vaya en contra de la ley, la moral o el orden público. El objeto del contrato puede ser cualquier cosa que esté dentro del comercio y que sea susceptible de valor económico.

**Causa lícita:** El contrato debe tener una causa lícita, es decir, una razón válida y legal para su celebración. La causa se refiere a los motivos o finalidades que impulsan a las partes a celebrar el contrato.

Capacidad de las partes: Las partes que celebran un contrato deben tener capacidad legal para contratar. Esto implica que deben ser mayores de edad, estar en pleno uso de sus facultades mentales y no estar incapacitados legalmente para contratar.

Forma: En general, los contratos en la legislación colombiana son libres en cuanto a su forma, lo que significa que pueden ser verbales o escritos. Sin embargo, existen ciertos contratos que deben cumplir con requisitos formales específicos establecidos por la ley, como por ejemplo, la escritura pública.

Es importante tener en cuenta que estas características pueden variar dependiendo del tipo de contrato y de la legislación aplicable a cada caso particular.

### ***5.2.3. Derechos de disposición de vientres***

Entre los argumentos esgrimidos a favor de la legitimidad de la gestación subrogada, se destaca el derecho a la libertad reproductiva o el derecho a procrear, a veces combinado con el principio de igualdad reproductiva. Se sostiene que la gestación subrogada ayuda a hacer realidad el derecho de las parejas infértiles a tener hijos, o que negarles esta opción constituiría una forma de discriminación en comparación con las parejas fértiles (Field, 1990). Sin embargo, en relación a este último punto, resulta difícil hablar de discriminación, es decir, de una distinción arbitraria, cuando es la propia biología y no la acción del Estado la que impide a una pareja concebir hijos.

El concepto de "libertad reproductiva" y los "derechos reproductivos" han sido ampliamente discutidos en la literatura y se han abordado en importantes instrumentos internacionales. Estos conceptos se encuentran, por ejemplo, en el Programa de Acción de El

Cairo (1994)<sup>\*</sup> y en el Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing (1995)<sup>\*\*</sup>. En la Sentencia *Skinner v. Ocklahoma* (1 de junio de 1942)<sup>\*\*\*</sup>, la Corte Suprema de Estados Unidos hizo referencia al "derecho a tener descendencia", y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó en el caso *S. H. y otros c. Austria* que el "derecho de una pareja a concebir un hijo"<sup>\*\*\*\*</sup> está protegido por el derecho a la privacidad según el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Este enfoque basado en las libertades reproductivas ha llevado a algunos autores a sostener la existencia de un verdadero derecho humano a la gestación subrogada. Por ejemplo, Iliadou (2017) argumenta que el *soft law* internacional y la jurisprudencia de Estrasburgo, junto con el principio de efectividad en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la doctrina de las obligaciones positivas del Tribunal de Estrasburgo, conducirían a reconocer un auténtico derecho a los vientres subrogados. Sin embargo, es importante destacar que tanto los textos internacionales como los casos mencionados distan mucho de justificar de manera

---

\* En el Programa de Acción se declaró 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 y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva" [Programa de Acción, aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994 (ed. Fondo de Población de las Naciones Unidas), 7.3]

\*\* "Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia" (Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, Anexo II, Plataforma de Acción, § 96)

\*\*\* *Skinner v. Ocklahoma*, 316 U.S. 535 (536).

\*\*\*\* *Stedh S. H. et al. c. Austria*, de 3 de noviembre de 2011, § 52.

concluyente tal derecho. Aunque los documentos como el Programa de Acción de El Cairo o el Informe de Beijing contengan formulaciones que apoyan la "autonomía sexual" de la mujer, es necesario realizar un análisis riguroso de los argumentos en contra en cada caso para llegar a posiciones jurídicas definitivas. De lo contrario, el discurso basado en los derechos adquiere un carácter emotivista y su uso tiende a evadir las objeciones que se plantean ante una pretensión cuya legitimidad es ampliamente cuestionada.

## **5.2. Marco legal**

A nivel internacional los derechos sexuales y reproductivos se encuentran protegidos por los derechos humanos y por otros documentos de las Naciones Unidas; entre los principales instrumentos legales internacionales que los apoyan están: Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976); Pacto de Derechos Económicos y Sociales (1976); Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1981); Convención sobre los Derechos del Niño (1990), Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Viena (1993), Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, El Cairo (1994), Programa de Acción de la Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing (1995).

El estudio tiene en cuenta que el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el artículo 44 de la Constitución Política, establecieron que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (Comisión Nacional Constituyente, 1991).

También en la Carta Magna, el artículo 42, reconoce la familia como núcleo fundamental de la sociedad; es más, este mismo artículo se da cierta legalidad a los vientres subrogados al reconocerle los derechos y deberes, entre otros, a hijos procreados con asistencia científica

(Comisión Nacional Constituyente, 1991). Así como el artículo 42, que le da el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos.

También se considerará la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia, ubicado como el instrumento principal para garantizar el artículo 44 de la Carta Magna.

Por su parte la Corte Constitucional realiza una aproximación del tema por medio de la sentencia T-968 de 2009, en la cual genera unas pautas para tratar este tema controversial, salvo este pronunciamiento en Colombia no existen normas que regulen de manera específica este tema.

No obstante, en un primer intento el Congreso de la República trató de legislar sobre el tema, para lo cual fue puesta consideración el proyecto de Ley 039 de 2009, el cual proponía la regularización positiva de los vientres subrogados, pero este fue archivado.

En contraste, se presentó el proyecto de Ley 202 de 2016 ante la Cámara de Representantes del Congreso, sin que se llegara a un consenso. Aunque este proyecto busca abolir los vientres subrogados, al alegar ser una forma de trata de personas y atentar contra los derechos de la mujer.

## 6. Metodología

Se llevó a cabo un estudio de enfoque cualitativo, basado en el análisis normativo y jurisprudencial a nivel nacional y algunos casos internacionales. Se utilizó este enfoque, pues de acuerdo a Hernández-Sampieri et al. (2014), el cualitativo usa la recolección de datos sin medición numérica para descubrir la información pertinente del tema investigado.

Así mismo la investigación desarrollada fue de tipo documental, pues la información para llegar a los resultados será recopilada de documentos físicos y electrónicos, los cuales se analizarán. Es de anotar que la investigación documental es descrita por Hernández-Sampieri et al. (2014) como un conjunto de procesos sistemáticos, críticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno, basada en hechos ya escritos.

Para el desarrollo del estudio se desarrollaron las siguientes actividades:

- Inicialmente se consultó la normatividad, jurisprudencia y literatura especializada existente sobre contrato de maternidad subrogada en el derecho de familia colombiano, para hacer su análisis.
- Seguidamente se consultó en fuentes secundarias que permitieran analizar las vicisitudes legales de implementar el contrato de subrogación en Colombia.
- Finalmente se aportan argumentos legales en lo que se pueda cimentar una propuesta normativa frente a los vientres subrogados en Colombia.

## **7. Resultados**

En este capítulo de resultados, se abordan diversas dimensiones que han influido en la falta de concreción normativa del contrato de alquiler de vientres en Colombia. En primer lugar, se examinarán los argumentos legales y jurisprudenciales que han actuado como barreras, impidiendo la elaboración de una regulación específica en este ámbito. Así mismo, se lleva a cabo un detallado análisis de las vicisitudes legales que surgirían al implementar el contrato de subrogación en el contexto colombiano, explorando los desafíos y obstáculos que se han presentado en el trayecto hacia su normatización. Además, se aportan argumentos legales que podrían sustentar una propuesta normativa frente a los vientres subrogados en el derecho colombiano, ofreciendo una visión integral de los elementos que podrían contribuir a la construcción de una regulación pertinente y equitativa en este delicado tema.

### **7.1. Argumentos legales y jurisprudenciales que no han permitido concretar la normatización del contrato de subrogación de vientres en Colombia**

Desde que entró en escenario el vientre de alquiler, gracias a los avances científicos de la gestión invitro desde la década de 1980, los ochentas y los noventas, fueron espacios donde la subrogación comienza a ganar más atención, y se dan los primeros casos mediáticos. Sin embargo, en Colombia todavía no existe una legislación que regule esta práctica, ni se empieza a gestionar ante el Legislativo, ni tampoco se pronuncia el Judicial.

En Colombia no existe una legislación específica que regule de manera explícita el contrato de vientre subrogado, pese a ello el Congreso de la República ha debatido en 17 ocasiones proyectos de ley presentados por los propios legisladores. Sin embargo, estos proyectos han sido archivados, ya sea porque sus autores los retiran o porque no se tramitan en la misma legislatura. Esto se debe a que, de acuerdo al artículo 152 de la Constitución Nacional



de 1991, al tratarse de un asunto relacionado con derechos fundamentales, se requiere seguir el procedimiento establecido para las leyes estatutarias, el cual demanda de “la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura” (Art. 153). No obstante, a partir de estos textos legislativos y sus respectivas exposiciones de motivos, es posible extraer propuestas teóricas que podrían, en algún momento, influir en una futura regulación sobre este tema.

A modo de ejemplo, el Proyecto de Ley C113 de 2021 tenía como objetivo prohibir la práctica del contrato de alquiler de vientre con fines de lucro, al mismo tiempo que establecía regulaciones para los casos altruistas. Este proyecto fue elaborado por dos senadores y dos representantes a la cámara, todos afiliados a un partido político de orientación extrema derecha, lo que explica su orientación ideológica conservadora y su tendencia hacia la prohibición.

El proyecto de ley proponía la creación de un nuevo tipo penal denominado "constreñimiento a la maternidad subrogada con fines de lucro". Este tipo penal incluía una serie de acciones como promover, inducir, financiar, reclutar, colaborar y forzar a una mujer a "alquilar su vientre" a cambio de una compensación económica. La gestante subrogada se consideraba como la víctima de esta conducta punible, mientras que los "padres solicitantes" se identificaban como los perpetradores. Los autores del proyecto justificaron esta tipificación argumentando que el mero acto de una mujer aceptar llevar a cabo un embarazo y dar a luz a un hijo de otro a cambio de dinero convertía sus cuerpos en un "objeto de consumo", lo que suponía una vulneración de la dignidad humana. Además, argumentaron que el cuerpo de la mujer no podía considerarse como una "mercancía" susceptible de ser comprada, alquilada o negociada, ya que las personas no deben ser tratadas como objetos de comercio.

Otro de los fundamentos del proyecto radicaba en la creencia de que, por lo general, las mujeres que acceden a alquilar su vientre se encuentran en situaciones de extrema vulnerabilidad

económica y social. Por lo tanto, se sostenía que su consentimiento estaba significativamente influenciado por la necesidad de cubrir, posiblemente, necesidades básicas para su propia supervivencia y la de sus familias. Sin embargo, este argumento en particular se basa en una "falacia por generalización", ya que, aunque es cierto que existen casos que se ajustan a esta descripción, no todos pueden ser enmarcados en tales circunstancias. De hecho, en los medios de comunicación se han documentado ejemplos de mujeres que aceptan ser gestantes subrogadas con el propósito de obtener un beneficio económico que les permita, según su propio relato, "realizar sueños" como cursar estudios universitarios, viajar o someterse a tratamientos de reproducción asistida.

Otro de los argumentos que los promotores del proyecto de ley utilizaban para respaldar la prohibición del contrato de alquiler de vientre con fines de lucro era la percepción de desigualdad en las oportunidades laborales para las mujeres en el país, lo que, según ellos, las "forzaba" a buscar otras formas de empleo. La premisa de que el contrato de alquiler de vientre constituye una "ocupación" en sí misma cosifica a la mujer al considerar que su cuerpo no sería más que un instrumento para producir un bien (un bebé) y prestar un servicio (asistir a terceros en la paternidad).

En la exposición de motivos del proyecto de ley se mencionaba que Colombia estaba siendo visto como un destino de "turismo reproductivo", ya que la mayoría de las "parejas solicitantes" eran extranjeras que venían al país en busca de mujeres dispuestas a ser gestantes subrogadas. Esto se agravaba por el hecho de que los tratamientos de fertilidad en Colombia eran significativamente más asequibles que en naciones desarrolladas, y las mujeres de países en vías de desarrollo parecían estar más dispuestas a aceptar este acuerdo de manera más "sencilla".

No obstante lo mencionado previamente, los impulsores de este proyecto de ley buscaban autorizar el contrato de alquiler de vientre con fines altruistas. Esto sugiere que el contrato de alquiler de vientre solo sería considerado una amenaza para la dignidad de la mujer cuando implica una compensación económica. Mirado desde otra perspectiva, da la impresión de que el altruismo eliminaría automáticamente cualquier cuestionamiento, ya que en este caso lo fundamental es que la práctica contribuye a hacer realidad el deseo de ser padres de personas que no pueden concebir por sí mismas. Los autores del proyecto, por lo tanto, cometieron lo que podría considerarse una falacia de generalización, ya que intentaron rechazar la práctica en función de ciertos criterios y permitirla en base a otros. En este contexto, parece que el motivo altruista no vulnera la dignidad humana, mientras que el motivo económico sí lo hace.

Es de anotar que los togados también se han manifestado al respecto, siendo el primer precedente jurisprudencial en Colombia en relación a el vientre subrogado la sentencia T-968 de 2009. Dado que esta sentencia se emitió como parte de una revisión de un caso de acción constitucional de tutela, su alcance es limitado y no se considera vinculante en principio, excepto para las partes involucradas en el proceso. No obstante, los comentarios incidentales de la sentencia pueden arrojar luz sobre la posición independiente de la Corte y las pautas operativas que se establecen.

En el caso en cuestión, una pareja que residía en Estados Unidos y enfrentaba problemas de fertilidad buscó atención en un centro médico colombiano para someterse a un tratamiento de fecundación *in vitro* utilizando sus propios gametos con el objetivo de concebir un hijo. Después de varios intentos, la salud de la esposa se deterioró, lo que llevó a los médicos a sugerir la utilización de una gestante subrogada. El mismo centro médico recomendó a la pareja una mujer colombiana de 26 años de edad, quien era joven, gozaba de buena salud y tenía un hijo de 1 año de edad, para llevar a cabo la gestación del bebé. A pesar de varios intentos de

transferencia de embriones, la mujer no pudo quedar embarazada, ya que ninguno de los embriones de la pareja logró implantarse con éxito.

Luego de esto, la esposa regresó a Estados Unidos, mientras que su pareja decidió quedarse en Colombia para iniciar una relación sentimental con la potencial gestante subrogada. Meses más tarde, decidieron buscar ayuda en otro centro médico de fertilidad para someterse nuevamente a un tratamiento de fecundación *in vitro*, utilizando los óvulos de la nueva pareja, lo que resultó en un embarazo gemelar. Cuando los bebés nacieron, la gestante subrogada se negó a entregar a los recién nacidos a su padre, quien tenía la intención de llevarlos a Estados Unidos para criarlo junto con su pareja. Después de un proceso que involucró procedimientos administrativos y judiciales relacionados con la custodia, asignación de manutención y permisos de salida del país, la gestante decidió presentar una acción de tutela para evitar que los gemelos fueran llevados fuera del país y separados de ella. Consideraba que era la madre de los niños, no solo por haberlos llevado a término, sino también porque había aportado sus propios óvulos.

El juez constitucional, en el contexto de la revisión de la tutela, protegió los derechos de la mujer, argumentando que no existía un contrato de vientre subrogado, ya que para que dicho contrato se configurara, la mujer que da a luz no debe contribuir con sus propios óvulos. Debido a que ella era la aportante genética, se consideró la madre de los menores y se le otorgaron todos los derechos parentales que estaba reclamando.

La Corte, de forma explícita, reconoce que en Colombia no existe una regulación específica para el vientre subrogado. No obstante, al no existir una prohibición directa, la Corte considera que la práctica se legitima de manera implícita mediante el artículo 42 inciso 6 de la Constitución Política, que establece que los hijos concebidos con asistencia científica tienen los mismos derechos y responsabilidades. La Corte también reconoce la necesidad urgente de una regulación completa de esta práctica para prevenir, entre otros aspectos, que las mujeres realicen

acciones que infrinjan la ley en relación a su propio cuerpo. La Corte se basa en la doctrina española como medio para la toma de una decisión al respecto, la cual se encuentra representada por Emaldi (2001), que propone diez requisitos que podrían considerarse para regular las condiciones bajo las cuales se lleva a cabo un contrato de vientre subrogado. Estos requisitos son:

1. Que la mujer que aspire a concretar su deseo de ser madre a través del contrato de alquiler de vientre presente una incapacidad para concebir de manera natural debido a una condición médica.

2. Que los gametos (espermatozoides y óvulos) provengan tanto de la pareja que busca realizar su proyecto de paternidad como de bancos de gametos. En ningún caso se permitirá el uso de los gametos de la gestante subrogada, ya que su función se limita únicamente a la gestación y el parto.

3. Que la gestante subrogada tenga motivaciones *puramente altruistas* y no reciba ningún tipo de compensación económica en ningún momento.

4. Que la gestante subrogada disfrute de un buen estado de salud mental y física, sea mayor de edad y haya experimentado al menos un embarazo previo.

5. Que se le dé un riguroso seguimiento psicológico y médico a la gestante subrogada, antes, durante y después del embarazo.

6. Que se garantice en todo momento la confidencialidad de la identidad de las partes involucradas.

7. Que una vez que la gestante subrogada haya otorgado su consentimiento informado y se haya realizado la implantación del embrión en su útero, no tenga la opción de retractarse.

8. Que la pareja que pretende llevar a cabo su proyecto parental no pueda renunciar a la responsabilidad de cuidar al hijo en ningún momento, ya sea durante el embarazo o después del parto.

9. Que se establezcan medidas apropiadas para garantizar la protección del hijo concebido en caso de fallecimiento de la pareja que busca concretar su proyecto parental.

10. Que la gestante subrogada únicamente pueda interrumpir el embarazo bajo recomendación médica.

Inicialmente, se podría argumentar que la intención de la Corte era establecer directrices particulares con el propósito de brindar orientación al legislador en la posible futura regulación de este asunto. No obstante, la Corte no ofreció ninguna justificación en cuanto a por qué eligió estos criterios en particular, ni si existen otros criterios que merecerían ser considerados. A pesar de esto, es fundamental destacar que la sentencia representa un valioso aporte en el ámbito de la jurisprudencia, ya que constituye la primera resolución emitida por una corte de alto rango que se abocó de forma directa a este tema.

El aporte de esta sentencia se puede resumir en cuatro puntos clave. En primer lugar, la Corte respalda la gestación por subrogación gestacional (en la que la mujer solo gesta y da a luz), pero prohíbe el contrato de alquiler de vientre tradicional (en la que la mujer no solo gesta y da a luz, sino que también aporta su óvulo). Esto se debe a que, si la gestante aportara su óvulo, el embarazo no sería subrogado, sino que implicaría la "venta de su propio hijo biológico", lo que entraría en conflicto con normas de orden público como la prohibición de la trata de personas o el tráfico de componentes anatómicos.

En segundo lugar, la Corte respalda el contrato de vientre subrogado cuando es motivado por razones altruistas, pero la prohíbe cuando se busca obtener una compensación económica. Aunque la Corte no profundiza en la razón detrás de esta aceptación en un caso y la prohibición

en el otro, se entiende implícitamente que el pago por gestar y dar a luz a un bebé se interpreta como una forma de comercializar el cuerpo de la mujer.

En tercer lugar, la sentencia establece que la mujer que acepta ser gestante subrogada debe someter su cuerpo a cambios físicos propios del embarazo y, además, cede cierta libertad sobre su cuerpo al cumplir con restricciones personales y médicas en cuanto al uso, disfrute y disposición de su cuerpo, tanto antes, durante como después de la gestación y el parto.

En cuarto lugar, la sentencia muestra una confusión conceptual, ya que describe el contrato de alquiler de vientre como una técnica de reproducción asistida, cuando en realidad es simplemente un método para llevar a cabo técnicas como la fertilización *in vitro*, la inseminación artificial o la inyección intracitoplasmática de espermatozoides.

El segundo pronunciamiento judicial con respecto al contrato de vientre subrogado se encuentra en la sentencia T-275 de 2022. Al igual que la sentencia anterior, esta resolución fue emitida en el contexto de una revisión de un caso de tutela y, por lo tanto, su alcance se limita únicamente a las partes involucradas. Sin embargo, en la parte decisoria de este fallo, la Corte ordena al Gobierno Nacional que, en un plazo de 6 meses, presente un proyecto de ley que regule esta cuestión.

En el caso particular, un hombre soltero que deseaba convertirse en padre contrató a una mujer para que actuara como gestante de su hijo. Él proporcionó sus propios espermatozoides y un óvulo de una donante anónima. A través de la fertilización *in vitro*, se logró un embarazo exitoso. Cuando nació la bebé, el padre solicitó a su Entidad Promotora de Salud (EPS) el reconocimiento de una "licencia de maternidad" que comprendiera 18 semanas de remuneración, ya que consideraba que tenía derecho a ello como padre soltero encargado del cuidado exclusivo de su recién nacida. La EPS rechazó la solicitud, argumentando que la licencia de maternidad se otorga a la mujer que da a luz y que a él, como hombre y padre, solo

le correspondía la licencia de paternidad de 14 días remunerados posteriores al nacimiento de su primogénita.

Mediante una acción de tutela, el solicitante buscó la protección de sus derechos fundamentales y los de su recién nacida a la igualdad, a la dignidad, al derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, entre otros. Esta acción no obtuvo resultados favorables y, al no ser objeto de apelación, fue remitida a la Corte Constitucional para su revisión. Más adelante, la Corte Constitucional concedió la tutela de los derechos del demandante al considerar que, dado que era un padre soltero y su hija había sido concebida mediante fertilización in vitro (FIV) con la asistencia de una gestante subrogada, esta situación podría equipararse a casos en los que la madre está ausente en los primeros meses de vida del menor debido a enfermedad o fallecimiento. En consecuencia, la Corte otorgó al padre una licencia de maternidad de 18 semanas y a la gestante subrogada un período de incapacidad médica de 6 semanas, que, según los expertos, era el tiempo necesario para su recuperación física después del embarazo.

En la T-275 de 2022 la Corte reiteró su reconocimiento de la falta de una regulación legal en Colombia en lo que respecta al contrato de vientre subrogado. No obstante, dejó en claro que no es apropiado establecer normativas generales con fuerza legal a través de una decisión judicial. En consecuencia, sostuvo que la responsabilidad de regular esta cuestión recae exclusivamente en el legislador, quien debe llevar a cabo un proceso de discusión público y exhaustivo. La Corte subrayó que la regulación del contrato de alquiler de vientre es un tema que requiere una "intervención estatal significativa" debido a que involucra derechos fundamentales de las mujeres y los recién nacidos, como la igualdad y la dignidad humana.

En la sentencia, la Corte también hace notar la repetida falta de acción por parte del Congreso de la República en relación a la legislación sobre este tema. Esto se evidencia porque, entre los años 1998 y 2021, se han presentado más de 16 proyectos de ley que han sido



archivados por las razones mencionadas anteriormente. La Corte subraya que esta carencia de regulación no se limita únicamente a el contrato de alquiler de vientre, sino que también abarca la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia. No obstante, en la fundamentación de la sentencia, la Corte no profundiza en las razones por las cuales no se ha logrado la regulación y tampoco explora los beneficios que podría aportar, a pesar de que tanto el alquiler de vientre como las técnicas de reproducción humana asistida están en aumento en el país. La Corte se limita a hacer un llamado a otras autoridades.

El aporte de esta sentencia a la cuestión en estudio se puede resumir en tres aspectos clave. En primer lugar, se destaca que la contratación de vientre subrogado está experimentando un crecimiento en el país y, por ende, requiere una regulación completa. En segundo lugar, se hace hincapié en que esta regulación debe seguir el procedimiento previsto para las leyes estatutarias, dado que involucra cuestiones relacionadas con derechos fundamentales. En tercer lugar, se establece que las gestantes subrogadas no tienen derecho a una licencia de maternidad posterior al parto, ya que esta licencia se ha diseñado para el cuidado personal del recién nacido. En su lugar, estas mujeres únicamente tendrían derecho a una incapacidad médica, que abarcaría un período de aproximadamente 6 semanas, destinado a su recuperación física.

## **7.2. Análisis de vicisitudes legales de implementar el contrato de subrogación en Colombia**

El alquiler de vientre, práctica en la cual una mujer gesta un embrión para otra persona o pareja, ha sido un tema de debate en Colombia, donde la ausencia de una regulación específica ha creado un vacío legal. A continuación se exploran las razones detrás de esta falta de regulación, examinando sentencias y proyectos de ley que han influido en la configuración del marco jurídico en torno al contrato de alquiler de vientre.

Es preciso iniciar es preciso reconocer que Colombia, a diferencia de algunos países que han abordado el contrato de alquiler de vientre con leyes específicas, carece de un marco

normativo claro sobre esta práctica. Este vacío se da pese a que la Constitución Política de 1991 establece el principio de la autonomía de la voluntad y el derecho a la intimidad, sentando las bases para que el contrato de alquiler de vientre pueda ser considerado una opción válida para las personas con dificultades reproductivas.

Es de aclarar que, la omisión de una regulación específica en la Constitución no es la causa del vacío legal, sino más bien la falta de desarrollo legislativo posterior para abordar de manera específica el contrato de alquiler de vientre, puesto que el texto constitucional brinda un marco general que permite la posibilidad de regulación, pero la ausencia de leyes específicas ha generado un vacío legal.

En consideración a lo anterior, hay que apuntar que la Constitución de 1991 consagra, en su Artículo 16, el derecho a la autonomía de la voluntad. Este principio reconoce la capacidad de las personas para tomar decisiones libres y conscientes sobre sus vidas, incluidas aquellas relacionadas con la reproducción. Así mismo, el derecho a la intimidad, consagrado en el Artículo 15, protege la esfera más íntima de la vida de los individuos. el contrato de alquiler de vientre, al ser una elección personal y privada relacionada con la formación de la familia, encuentra respaldo en estos principios constitucionales.

También hay que reconocer que el contrato de alquiler de vientre plantea cuestionamientos sobre la igualdad y no discriminación, derechos consagrados en los Artículos 13 y 16 de la Constitución. La regulación de esta práctica podría contribuir a garantizar que todas las personas, independientemente de su situación reproductiva, tengan acceso a opciones similares para formar una familia. La ausencia de regulación específica podría dar lugar a situaciones discriminatorias y desiguales, lo que va en contra de los principios fundamentales de la Carta Magna.

A su vez, la dignidad humana, elevada al rango de principio constitucional supremo en el Artículo 1, impulsa la necesidad de abordar el contrato de alquiler de vientre de manera ética y respetuosa. La evolución de la ciencia y la tecnología, en particular en el campo de la reproducción asistida, también encuentra respaldo en la Constitución. La regulación del contrato de alquiler de vientre podría armonizar el progreso científico con la protección de la dignidad humana, asegurando que los avances médicos se utilicen de manera ética y equitativa.

Además, la familia, entendida en diversos formatos, es el núcleo de la sociedad según la Constitución. el contrato de alquiler de vientre involucra la creación de familias de una manera no tradicional, pero que aún merece protección y reconocimiento constitucional. La regulación podría proporcionar un marco claro para determinar los derechos y responsabilidades de todas las partes involucradas, especialmente para garantizar la protección de los derechos de los menores concebidos a través de este proceso.

Por lo tanto, la Constitución Política de 1991, como piedra angular del orden jurídico colombiano, establece los principios que pueden servir como fundamento para la regulación del contrato de alquiler de vientre. La autonomía de la voluntad, el derecho a la intimidad, la igualdad, la dignidad humana, el desarrollo científico y la protección de la familia y los menores son elementos constitucionales que demandan una reflexión jurídica sobre cómo abordar esta práctica de manera ética y justa.

No obstante, pese a los fundamentos constitucionales y los repetidos pronunciamientos de altas cortes dando lineamientos para que se regule el contrato de alquiler de vientre en Colombia, no se ha podido materializar por parte de los legisladores, quienes no se han puesto de acuerdo, a pesar de los proyectos de ley presentados con diferentes enfoques, como ya se vio en el ítem anterior.

Las razones para la falta de acuerdo tienen que ver con temas complejos, como la ética y la moral, pues el contrato de alquiler de vientre plantea dilemas éticos y morales que han desafiado la capacidad del legislador para llegar a un consenso. Las creencias culturales, religiosas y sociales en Colombia varían ampliamente, y conciliar estas perspectivas divergentes en una legislación específica se ha vuelto un desafío monumental. La falta de consenso ético y moral ha contribuido a la parálisis legislativa en este tema.

Profundizando en este tema es preciso señalar que la diversidad de perspectivas éticas en el Congreso de la República refleja la multiplicidad de visiones presentes en la sociedad colombiana. Los legisladores, provenientes de diversos contextos culturales y religiosos, enfrentan el desafío de reconciliar sus creencias personales con la complejidad ética que rodea el contrato de alquiler de vientre. Esta heterogeneidad dificulta la creación de consensos éticos sólidos que respalden una legislación específica.

Las creencias religiosas, que a menudo influyen en las decisiones legislativas, añaden una capa adicional de complejidad ética. el contrato de alquiler de vientre se ve atrapada en el cruce de teologías que abordan la procreación y la intervención médica de manera divergente. La intersección de estas creencias religiosas complica la adopción de posturas legislativas unificadas.

Sobre ello, hay que apuntar que la Iglesia Católica, con su influencia considerable en el país, ha expresado su posición sobre el contrato de alquiler de vientre desde una perspectiva ética y moral basada en sus enseñanzas religiosas. Sin embargo, es importante señalar que la Iglesia Católica no es la única voz en este debate, y otras corrientes religiosas y sectores de la sociedad también tienen sus propias perspectivas.

De otro lado, la autonomía y los derechos sexuales y reproductivos son valores fundamentales, pero la interpretación de cómo aplicarlos al contrato de alquiler de vientre varía

considerablemente. Mientras algunos legisladores defienden el derecho a elegir este método de reproducción humana asistida, otros temen que pueda conducir a situaciones de explotación y comercialización del cuerpo de la mujer gestante, generando conflictos éticos que impactan la toma de decisiones legislativas.

Es más, la inquietud sobre la mercantilización del cuerpo de la mujer subyace en muchos debates éticos en el Congreso. La posibilidad de que el contrato de alquiler de vientre se convierta en un negocio plantea cuestiones éticas profundas sobre la equidad y la justicia. La falta de un consenso claro sobre cómo evitar la explotación y la comercialización ha contribuido a la parálisis legislativa.

A su vez, el contrato de alquiler de vientre desafía las nociones arraigadas en el vínculo materno-filial, generando dilemas éticos en la definición de la paternidad y la maternidad. Los legisladores se enfrentan a la pregunta de quién es considerado el "verdadero" padre o madre, y cómo se establecen los lazos familiares, temas que han demostrado ser difíciles de abordar y consensuar.

Por lo anterior que se sostiene que la complejidad ética y moral que rodea el contrato de alquiler de vientre ha sido un obstáculo significativo que ha llevado al Congreso de la República a evitar la emisión de una regulación específica. La pluralidad de perspectivas, las implicaciones religiosas y los temores éticos han creado un terreno inestable para la toma de decisiones legislativas unificadas. A medida que la sociedad y el Congreso continúan debatiendo este tema, encontrar un terreno ético común se presenta como una necesidad imperante para avanzar hacia una regulación que refleje los valores y la diversidad del país.

Otro tema a considerar entre las vicisitudes legales de implementar el contrato de subrogación en Colombia es la falta de consenso político, pues la política colombiana, se caracteriza por su diversidad y pluralidad (izquierda, centro, derecha, pragmáticos, progresistas,

entre otros), lo que depara en una amplia gama de perspectivas sobre el contrato de alquiler de vientre. Diferentes partidos y legisladores han abordado este tema desde enfoques éticos, morales y legales diversos. La falta de una posición unificada ha llevado a divisiones dentro del Congreso, dificultando la adopción de una legislación coherente.

Así mismo, el contrato de alquiler de vientre, al ser un tema delicado y controversial, puede carecer de incentivos políticos claros para algunos legisladores. La evasión de la emisión de una regulación específica puede ser vista como una estrategia para evitar confrontaciones innecesarias o pérdida de apoyo político, especialmente cuando la sociedad no presenta una demanda urgente y unificada para abordar la cuestión.

Por lo tanto, la falta de consenso político en el Congreso de la República ha sido un factor determinante en la ausencia de una regulación específica para el contrato de alquiler de vientre en Colombia. La pluralidad de perspectivas, la influencia de las creencias personales, las controversias en torno a los derechos reproductivos y los desafíos éticos y morales han contribuido a la complejidad de este debate.

De otro lado, los desafíos en la definición de derechos y obligaciones también han contribuido a la ausencia de una regulación específica para el contrato de alquiler de vientre en Colombia, ya que uno de los principales desafíos que enfrenta el Congreso colombiano en la regulación del contrato de alquiler de vientre es la ambigüedad legal en la definición de derechos y obligaciones. La falta de claridad en cuanto a quiénes son los verdaderos padres legales, qué derechos tiene la gestante subrogada y cómo se deben establecer las obligaciones financieras y legales crea un terreno inestable para la elaboración de una legislación coherente.

A su vez, definir los derechos de la gestante subrogada es un aspecto particularmente desafiante. ¿Cuáles son sus derechos sobre el proceso de gestación y el bienestar del feto? ¿Tiene el derecho de tomar decisiones médicas importantes durante el embarazo? La falta de consenso

sobre estos aspectos ha llevado a la parálisis legislativa, ya que los legisladores buscan conciliar los derechos de la gestante subrogada con los intereses de los futuros padres.

Además, los futuros padres también enfrentan desafíos en la definición de sus derechos en el contexto del contrato de alquiler de vientre. ¿En qué medida tienen el derecho de intervenir en el proceso de gestación y tomar decisiones importantes? ¿Cuáles son sus derechos legales sobre el bebé una vez nacido? La falta de una legislación específica deja sin respuesta estas preguntas cruciales, generando incertidumbre y reticencia hacia la adopción del contrato de alquiler de vientre.

Entonces, es así como se evidencia que los desafíos en la definición de derechos y obligaciones han sido un factor determinante en la ausencia de una regulación específica para el contrato de alquiler de vientre en Colombia. La ambigüedad legal en torno a los derechos de la gestante subrogada, los futuros padres, las obligaciones financieras y la protección de los derechos del niño ha contribuido a la falta de consenso en el Congreso.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los diferentes pronunciamientos de los magistrados de las altas cortes han girado en torno a legislar sobre el contrato de vientres de alquiler, dándole un enfoque altruista, un factor determinante que ha frenado la emisión de legislación en el tema es el temor a la comercialización del cuerpo.

Uno de los principales motivos que ha impedido la regulación del contrato de alquiler de vientre en Colombia es el temor arraigado hacia la comercialización del cuerpo. La percepción de que el contrato de alquiler de vientre podría convertir el cuerpo de la mujer en una mercancía susceptible de ser comprada y vendida genera inquietudes éticas y morales que han paralizado el proceso legislativo.

El temor a la comercialización del cuerpo se fundamenta en la concepción de que el cuerpo humano, especialmente el de la mujer, no debe ser objeto de transacciones comerciales.

Esta perspectiva resalta la importancia de preservar la dignidad humana y el respeto inherente al cuerpo como un principio fundamental que debe guiar cualquier legislación relacionada con el contrato de alquiler de vientre.

El miedo a que el contrato de alquiler de vientre pueda abrir la puerta a prácticas explotadoras y coercitivas también ha contribuido al temor a la comercialización del cuerpo. La preocupación radica en que mujeres en situaciones económicas vulnerables puedan ser coaccionadas a participar en procesos de gestación subrogada por razones financieras, lo cual se percibe como una forma de explotación.

La regulación del contrato de alquiler de vientre implica la difícil tarea de establecer límites éticos que protejan contra la comercialización del cuerpo sin prohibir completamente esta práctica. El temor a no poder encontrar un equilibrio adecuado entre permitir el contrato de alquiler de vientre y evitar la explotación ha llevado a una parálisis legislativa.

Por ende, el temor arraigado a la comercialización del cuerpo ha sido un factor clave que ha contribuido a la falta de regulación específica para el contrato de alquiler de vientre en Colombia. La necesidad de preservar la dignidad humana, evitar la explotación y establecer límites éticos ha generado un ambiente de cautela en el Congreso de la República, impidiendo la adopción de normativas claras que aborden adecuadamente el contrato de alquiler de vientre en el contexto colombiano.

La ausencia de regulación específica, en este contexto, podría interpretarse como una invitación a reflexionar sobre la necesidad de llenar este vacío normativo para garantizar la coherencia entre los principios fundamentales de la Constitución y la realidad contemporánea.



### **7.3. Argumentos legales en lo que se pueda cimentar una propuesta normativa frente a los vientres subrogados en Colombia.**

Para cimentar una propuesta normativa frente a los vientres subrogados en Colombia es preciso acudir a la jurisprudencia; al respecto la sentencia T-968 de 2009 ha sido un hito significativo en la discusión sobre la gestación subrogada en Colombia, aunque dicha sentencia no marcó el inicio de una regulación específica para los contratos de madre subrogada, su importancia radica en dos puntos clave que resaltó. En primer lugar, la sentencia reconoció la validez de este tipo de contratos en Colombia al no existir una norma expresa que los prohiba, dejando entrever la necesidad de abordar legalmente esta práctica. En segundo lugar, la sentencia destacó la urgencia de una "regulación exhaustiva" y propuso la instauración de una serie de requisitos o condiciones para la celebración de estos contratos, proporcionando un marco para futuras regulaciones. Aunque la sentencia no concretó la normativa, sentó las bases para la reflexión sobre la importancia de una regulación integral y detallada en el ámbito de la gestación subrogada en Colombia.

En el caso específico de la sentencia T-968 de 2009, la Corte Constitucional sostuvo varios puntos relevantes en relación con el alquiler de vientres, empezando por su definición:

Es el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer figurará como madre de éste (Sentencia T-968 de 2009, p. 12)

Así mismo, en dicho fallo, la Corte Constitucional dejó claro que la falta de regulación específica no constituye un impedimento para la práctica de contratos o convenios de vientres subrogados, puesto que reconoció que en la era digital, cientos de anuncios de mujeres de diversas edades ofrecen su vientre para ayudar a otras parejas a cumplir su deseo de ser padres.

La Corte expresó su preocupación por la posible desprotección de los derechos e intereses del recién nacido, los actos de disposición del cuerpo contrarios a la ley y los conflictos significativos que podrían surgir en caso de desacuerdos entre las partes involucradas (Sentencia T-968 de 2009). Este llamado a la regulación integral refleja la conciencia de la Corte sobre los desafíos éticos y legales que pueden surgir en el contrato de vientre de alquiler.

En esta sentencia, la Corte Constitucional destaca un elemento crucial al considerar el vientre subrogado, pues para la Corte, este concepto se aplica únicamente cuando no hay un vínculo genético entre la mujer gestante y el bebé concebido, ya que la presencia de tal conexión la catalogaría como madre biológica.

Además, la Corte establece requisitos mínimos que deben estar presentes en estos contratos:

- a. La mujer de la pareja debe tener problemas en su organismo para procrear.
- b. Los gametos necesarios para la concepción no deben ser aportados por la mujer gestante.
- c. El móvil de la mujer gestante no debe ser con fines lucrativos, en contraste deberían ser altruista.
- d. La mujer gestante debe cumplir con requisitos como: ser mayor de 18 años de edad, salud psicofísica, y ser madre de familia biológica, entre otros.
- e. La mujer gestante debe someterse a exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a evaluaciones de salud mental.
- f. Se debe salvaguardar la identidad de los involucrados.
- g. Una vez firmado el consentimiento informado y realizado el implante de los gametos, la mujer gestante no puede retractarse de entregar al menor.

h. Los padres biológicos no pueden declinar la responsabilidad del hijo bajo ninguna condición.

i. En caso de fallecimiento de los padres biológicos antes del nacimiento, se deben tomar medidas para proteger al menor.

j. La interrupción del embarazo por prescripción médica es la única circunstancia en la que la mujer gestante puede tomar esa decisión, entre otros.

Es relevante destacar que la Corte admite el contrato de alquiler de vientre, pero de manera altruista, no como un negocio o con fines lucrativos, enfatizando que hasta que el legislativo promulgue una ley al respecto, no se considera ilegal en Colombia el alquiler del vientre por dinero.

Este reconocimiento de la Corte abre la puerta a la posibilidad de una regulación específica en el derecho colombiano. La Corte destaca la necesidad urgente de una "regulación exhaustiva" que establezca requisitos y condiciones claras para la celebración de contratos de gestación subrogada. Este llamado refleja la comprensión de la Corte de que la falta de regulación puede dar lugar a mediaciones lucrativas y a la desprotección de los derechos de las partes involucradas, especialmente del recién nacido.

En este contexto, una propuesta normativa podría fundamentarse en el reconocimiento del carácter altruista de la gestación subrogada, estableciendo parámetros específicos para garantizar que este tipo de contratos se celebren de manera ética y en consonancia con los principios fundamentales del derecho colombiano. La propuesta normativa podría incluir requisitos detallados para la selección de gestantes altruistas, garantías de la salud y bienestar de todas las partes involucradas, así como mecanismos de supervisión y seguimiento durante todo el proceso, con el objetivo de proteger los derechos fundamentales y evitar posibles abusos.

Además de los argumentos jurisprudenciales mencionados anteriormente, se podrían considerar varios argumentos legales que busquen equilibrar los derechos de todas las partes involucradas y proteger los principios fundamentales de la Constitución, siendo ellos:

La evolución de las concepciones jurídicas en torno a los derechos fundamentales ha llevado a la comprensión de que el individuo, en el ejercicio de su libertad y dignidad, tiene el derecho a tomar decisiones informadas y autónomas sobre asuntos relacionados con su capacidad reproductiva. Este principio, conocido como el "Derecho a la Autonomía Reproductiva", emerge como un pilar fundamental en el contexto de las técnicas de reproducción asistida, particularmente en el ámbito de los vientres subrogados, pues le permite a las parejas o individuos que enfrentan problemas de infertilidad recurrir al alquiler de vientres como una opción legítima para formar una familia.

Al respecto, la Constitución Política de Colombia (1991), se erige como el fundamento de este derecho, ya que en su Artículo 16 consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconociendo la autonomía para tomar decisiones relacionadas con la vida privada, la familia y la reproducción. Este artículo sienta las bases para la interpretación del derecho a la autonomía reproductiva como un componente esencial de la libertad individual.

En el contexto específico del vientre subrogado, el Artículo 42 de la Constitución es revelador, al reconocer los derechos fundamentales de los hijos, y el inciso 5 destaca el derecho de los niños a conocer a sus padres biológicos. Este artículo respalda la opción de la gestación subrogada al registrar el valor de establecer vínculos genéticos en el proceso de formación de una familia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978), también conocida como el Pacto de San José, añade una dimensión internacional a la protección de la autonomía reproductiva, en su Artículo 11, protege el derecho a la integridad personal, que puede ser

interpretado como el derecho a tomar decisiones sobre el propio cuerpo, incluyendo aquellas relacionadas con la reproducción.

Adicionalmente, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005), en su Artículo 16, reconoce el derecho al beneficio del progreso científico y sus aplicaciones. Este principio respalda el ejercicio de la autonomía reproductiva en el marco de la gestación subrogada, subrayando la importancia de equilibrar el progreso científico con la protección de la dignidad humana.

En consecuencia, una propuesta normativa para los vientres subrogados en Colombia debe ser fundamentada en estos pilares legales. Debería garantizar que los individuos tengan el derecho a tomar decisiones autónomas e informadas sobre su capacidad reproductiva, asegurando, al mismo tiempo, que estos procesos respeten los principios éticos y los derechos fundamentales de todas las partes involucradas. La regulación, al reconocer y proteger el Derecho a la Autonomía Reproductiva, contribuirá a establecer un marco legal que permita el ejercicio responsable y ético de la gestación subrogada en Colombia.

De otro lado, la dignidad humana, como principio fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano, es un pilar esencial que permea todas las áreas del derecho, incluyendo la regulación de prácticas relacionadas con la reproducción asistida. El vientre subrogado, al implicar la gestación de un ser humano por parte de otra persona, plantea interrogantes éticas y legales que demandan una cuidadosa consideración de este principio.

La Constitución Política de Colombia, en su preámbulo, establece el compromiso de proteger la dignidad humana como uno de los valores fundamentales. En el Artículo 1, se consagra la dignidad como un derecho inviolable, y el Artículo 5 refuerza la prohibición de tratos crueles o inhumanos. Estos artículos crean una base sólida para la argumentación de que

cualquier regulación de los contratos de vientre subrogado debe salvaguardar la dignidad humana de todas las partes involucradas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978), en su Artículo 1.1, establece la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en la convención, asegurando su libre y pleno ejercicio para toda persona. El Artículo 11, referente a la protección de la dignidad, respalda la implementación de medidas legales que eviten cualquier forma de explotación o degradación humana en el contexto de la gestación subrogada.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, en particular, la Sentencia T-968 de 2009, resalta la importancia de una "regulación exhaustiva" para prevenir la mediación lucrativa y los conflictos que pueden surgir al no establecer límites claros en los contratos de vientre subrogado. Estos pronunciamientos reflejan la preocupación de la Corte por proteger la dignidad humana en situaciones donde la vulnerabilidad de las partes es evidente.

En este sentido, una propuesta normativa para los contratos de vientre subrogado en Colombia debería incorporar medidas específicas que eviten la explotación, la coacción y cualquier forma de degradación humana. Además, debería establecer requisitos claros que protejan la autonomía y el bienestar de todas las partes involucradas, asegurando que la dignidad humana no sea comprometida en el proceso de gestación subrogada. La legislación, al abordar directamente estos aspectos éticos, contribuirá a construir un marco legal que promueva la dignidad humana y equilibre los derechos de todas las partes en el contexto de los contratos de vientre subrogado en Colombia.

A su vez, la protección de los derechos del niño es un principio fundamental en la normativa internacional y nacional que busca salvaguardar el bienestar y el desarrollo integral de los menores. En el contexto de los contratos de vientre subrogado en Colombia, es imperativo

considerar y fortalecer las garantías legales que protegen los derechos de los niños concebidos mediante esta práctica.

La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia, establece que "el interés superior del niño debe ser una consideración primordial" (Art. 3); este principio orientador subraya la necesidad de legislar sobre la gestación subrogada de manera que se garantice, en primer lugar, el bienestar y los derechos fundamentales del niño concebido en este contexto.

El Artículo 7 de la misma convención destaca el derecho del niño a conocer y ser cuidado por sus padres, señalando que este derecho debe ser reconocido en la medida de lo posible. En el contexto del contrato de vientre subrogado, la propuesta normativa debería abordar las complejidades relacionadas con la identidad y la relación filial, asegurando que se respeten los derechos del niño a conocer y ser cuidado por sus padres, aunque estos no sean los gestantes biológicos.

En el ámbito nacional, la Constitución Política de Colombia consagra en el Artículo 44 los derechos fundamentales de los niños, destacando la protección integral y la prevalencia de sus derechos en todas las decisiones que los afecten. Este artículo respalda la necesidad de establecer una legislación que garantice la protección integral de los niños concebidos mediante gestación subrogada, velando por su bienestar físico, psicológico y emocional.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente la Sentencia T-968 de 2009, ha abordado la necesidad de "regulación exhaustiva" para evitar la desprotección de los derechos del niño en casos de gestación subrogada. Esta jurisprudencia destaca la importancia de establecer condiciones claras y garantías legales que eviten conflictos y vulneraciones a los derechos fundamentales de los niños involucrados en estos contratos.

Por lo tanto, una propuesta normativa integral frente a los contratos de vientre subrogado en Colombia debería, de manera prioritaria, estar centrada en proteger y garantizar los derechos del niño. Esta legislación debería ser coherente con los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución Política colombiana, promoviendo la protección integral de los niños concebidos mediante gestación subrogada y asegurando que sus derechos y bienestar sean considerados primordialmente en todo el proceso.

Así mismo, la igualdad y no discriminación son principios fundamentales consagrados tanto en la normativa internacional como en la Constitución Política de Colombia. Estos principios sirven como pilares esenciales para la construcción de una propuesta normativa frente a los contratos de vientre subrogado en el contexto del derecho colombiano.

A nivel internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición" (Art. 2); este principio universal de no discriminación sienta las bases para una legislación inclusiva y equitativa respecto a los contratos de gestación subrogada.

En el ámbito nacional, la Constitución Política de Colombia, en su Artículo 13, consagra el derecho a la igualdad y prohíbe la discriminación por cualquier motivo; este artículo establece que "todas las personas nacen libres e iguales ante la ley" (Art. 13) y que "no habrá discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional, lengua, religión, opinión política o filosófica" (Art. 13). Así, cualquier propuesta normativa relacionada con los vientres subrogados deberá cumplir con estos principios constitucionales, garantizando que todos los ciudadanos tengan igualdad de derechos y oportunidades, independientemente de su participación en este tipo de contratos.



La jurisprudencia de la Corte Constitucional refuerza la importancia de la igualdad y la no discriminación. En diferentes fallos, la Corte ha destacado que la legislación debe abordar las situaciones que involucran derechos fundamentales desde una perspectiva de igualdad, evitando tratos discriminatorios. En este sentido, cualquier regulación sobre los contratos de gestación subrogada deberá considerar cuidadosamente estos principios para asegurar que la ley no genere discriminación y que se respete la igualdad de derechos para todas las personas involucradas en el proceso.

En sí, los principios de igualdad y no discriminación son fundamentales en la construcción de una propuesta normativa respecto a los contratos de vientre subrogado en Colombia. La legislación resultante deberá alinearse con los estándares internacionales y constitucionales, garantizando que todos los ciudadanos, independientemente de su participación en estos contratos, gocen de igualdad de derechos y estén protegidos contra cualquier forma de discriminación.

De otro lado, la regulación de los contratos de vientre subrogado en Colombia plantea la necesidad imperativa de establecer requisitos y condiciones que aseguren la protección de los derechos fundamentales de todas las partes involucradas en este proceso. Este enfoque es esencial para garantizar la transparencia, la equidad y el respeto a los principios legales que rigen Colombia.

En el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos" (Art. 7). Este principio resalta la importancia de la inscripción y el reconocimiento legal del niño desde su nacimiento, subrayando la necesidad de establecer requisitos claros para la gestación subrogada.

A nivel nacional, la Constitución Política de Colombia, protege los derechos de los niños y establece que "son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella" (Art. 44). El establecimiento de requisitos y condiciones en la regulación de los vientres subrogados debe velar por la protección de estos derechos fundamentales, asegurando que la gestación subrogada se lleve a cabo en condiciones que salvaguarden la integridad y el bienestar del niño.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reforzado la importancia de establecer requisitos y condiciones en situaciones que involucran derechos fundamentales. En particular, la Sentencia T-968 de 2009 destaca la necesidad de una "regulación exhaustiva" y resalta una serie de requisitos que deberían contemplarse en los contratos de gestación subrogada. Estos requisitos incluyen la imposibilidad fisiológica de concebir, el carácter altruista de la gestante, la protección de la identidad de las partes y la obligación de someterse a evaluaciones médicas y psicológicas.

Por ende, el establecimiento de requisitos y condiciones en la regulación de los contratos de vientre subrogado en Colombia es esencial para salvaguardar los derechos fundamentales de todas las partes involucradas, especialmente de los niños nacidos a través de este proceso. Esta propuesta normativa deberá integrar estándares internacionales, principios constitucionales y directrices jurisprudenciales para asegurar que la gestación subrogada se realice en condiciones éticas, legales y respetuosas de los derechos fundamentales.

A su vez, el vientre gestación subrogado, como práctica en constante evolución, exige una regulación estatal efectiva y supervisión continua para garantizar que se lleve a cabo de manera ética, transparente y en consonancia con los principios fundamentales del derecho en Colombia, es por ello que la implementación de una propuesta normativa que incluya

supervisión y regulación estatal se convierte en un imperativo legal y ético para abordar los desafíos y las complejidades inherentes a este proceso.

En el contexto internacional, el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en sus Observaciones Finales del Comité sobre Colombia (2015), ha destacado la importancia de establecer mecanismos de supervisión efectivos para proteger los derechos del niño en situaciones de gestación subrogada. El énfasis en la necesidad de supervisión estatal subraya la relevancia de contar con un marco normativo robusto que permita a las autoridades estatales monitorear y evaluar la implementación de acuerdos de gestación subrogada.

A nivel nacional, la Constitución Política de Colombia en su Artículo 49 establece el deber del Estado de velar por la integridad y la salud mental y física de los ciudadanos, especialmente de los niños. Este mandato constitucional respalda la necesidad de una supervisión estatal activa en situaciones que involucren vientre subrogado, con el fin de proteger los derechos fundamentales de todas las partes involucradas, en especial, de los niños concebidos a través de este proceso.

La Ley Estatutaria de Salud, en su Artículo 153, confiere al Estado la responsabilidad de supervisar y regular las prácticas relacionadas con la salud reproductiva. Dado que la gestación subrogada implica cuestiones médicas y de salud reproductiva, esta normativa respalda la necesidad de una supervisión estatal para asegurar que los procedimientos se lleven a cabo bajo estándares médicos adecuados y en un entorno seguro.

La Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional destaca la necesidad de una "regulación exhaustiva" que incluya condiciones claras y requisitos específicos para la gestación subrogada. Esta sentencia aboga por la intervención estatal para evitar prácticas indebidas y proteger los derechos de todas las partes involucradas.

Es por esto que se considera que la supervisión y regulación estatal son fundamentales en una propuesta normativa sobre vientres subrogados en Colombia. Al integrar mecanismos efectivos de supervisión, se garantiza la protección de los derechos fundamentales, la salud y el bienestar de las personas involucradas en este proceso. La normativa deberá incorporar estándares internacionales, principios constitucionales y directrices jurisprudenciales para lograr una regulación integral y efectiva de la gestación subrogada en el derecho colombiano.

También se estima que el acceso a la justicia es un principio fundamental en Colombia y juega un papel crucial en la propuesta normativa para la regulación de contratos de vientre subrogado; este enfoque se sustenta en la premisa de garantizar la protección de los derechos y la resolución eficiente de conflictos que puedan surgir durante o después del proceso del contrato de subrogación de vientres.

A lo cual, en primer lugar hay que señalar que la Constitución Política de Colombia (1991), en su Artículo 229, establece la obligación del Estado de administrar justicia de manera pronta y cumplida. Este principio constitucional respalda la necesidad de incorporar disposiciones específicas en la regulación de vientres subrogados que faciliten un acceso efectivo a la justicia para todas las partes involucradas. Se requieren mecanismos legales claros que permitan la pronta resolución de disputas y la aplicación de sanciones en caso de incumplimiento contractual.

La Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en su Artículo 1, consagra el derecho fundamental al acceso a la justicia. La normativa sobre gestación subrogada deberá alinearse con este principio, asegurando que las personas afectadas tengan la capacidad de acudir a los tribunales de manera expedita y sin obstáculos innecesarios.

La jurisprudencia colombiana, en particular la Sentencia T-406 de 1992, resalta la importancia del acceso a la justicia como un derecho fundamental. La Corte Constitucional ha

sostenido que el Estado debe garantizar condiciones de igualdad y equidad para el acceso a los mecanismos judiciales. En el contexto del vientre subrogado, esto implica establecer procedimientos judiciales específicos que permitan resolver disputas de manera justa y sin discriminación.

Además, la jurisprudencia colombiana ha reiterado la importancia del acceso a la justicia en el ámbito contractual, la Sentencia C-573 de 1995 establece que los contratos son protegidos por la Constitución y que cualquier regulación debe garantizar un equilibrio entre las partes y respetar los principios de buena fe y justicia. La propuesta normativa, en este sentido, debe asegurar que los contratos de gestación subrogada sean transparentes, equitativos y que contemplen mecanismos eficientes para la resolución de controversias.

La propuesta normativa debe contemplar la creación de tribunales especializados o mecanismos de resolución alternativa de conflictos que aborden las complejidades particulares de los casos relacionados con la gestación subrogada. Además, es esencial que los procedimientos sean comprensibles y accesibles, garantizando que todas las partes involucradas, independientemente de su situación económica o social, puedan ejercer su derecho a la justicia.

En síntesis, el acceso a la justicia debe ser un pilar fundamental en la regulación de los contratos de vientre subrogado en Colombia. Al asegurar que todas las partes tengan la capacidad de buscar y obtener justicia de manera oportuna y eficiente, se promoverá un ambiente legal justo y equitativo en el ámbito de la gestación subrogada, cumpliendo así con los principios constitucionales y legales del Estado colombiano.

Por último, la implementación de un marco normativo para la gestación subrogada en Colombia debe incorporar el principio fundamental del Consentimiento Informado y Asesoramiento como pilar esencial para proteger los derechos y la autonomía de todas las partes involucradas en estos contratos. Este enfoque, respaldado por normativas constitucionales y

legales, busca asegurar que quienes participan en este proceso comprendan plenamente sus derechos, obligaciones y las implicaciones éticas y legales asociadas.

La Constitución Política de 1991 sienta las bases para este principio en varios de sus artículos. El Artículo 16 consagra el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, subrayando que este derecho solo puede estar limitado por el respeto de los derechos ajenos y el orden jurídico. En el contexto de la gestación subrogada, esto implica que las personas involucradas deben otorgar su consentimiento de manera informada y libre, sin coacción externa, garantizando así su autonomía y libertad de decisión.

En el ámbito legal, la Ley Estatutaria 1581 de 2012, que regula el derecho fundamental a la intimidad, establece la importancia del consentimiento informado en el manejo de información personal. Al aplicar este principio a la gestación subrogada, se destaca la necesidad de que todas las partes involucradas comprendan plenamente los términos y condiciones del contrato, así como las posibles implicaciones médicas, legales y éticas de este proceso.

La jurisprudencia colombiana también respalda la importancia del consentimiento informado y el asesoramiento en cuestiones de reproducción asistida. La Sentencia T-290 de 2018 destaca la necesidad de un consentimiento informado detallado y la importancia de asesorar a las personas en temas relacionados con la reproducción asistida para proteger su autonomía. Esto se traduce directamente a la gestación subrogada, donde la claridad en los términos del contrato y el asesoramiento adecuado se vuelven esenciales.

En conclusión, la propuesta normativa para la regulación de vientres subrogados en Colombia debe incorporar disposiciones específicas que aseguren el pleno respeto al Consentimiento Informado y Asesoramiento. Al hacerlo, se fortalecerá la protección de los derechos y la autonomía de quienes participan en estos contratos, cumpliendo con los principios constitucionales y legales que rigen Colombia.

En conjunto, esta propuesta normativa integral proporcionará un marco legal sólido que garantice la ética, transparencia y el pleno respeto de los derechos fundamentales en el contexto de los contratos de vientre subrogado en Colombia.

## 7. Discusión

La subrogación de vientres, emergida con fuerza en la década de 1980 gracias a avances científicos en la gestión *in vitro*, ha sido un tema candente en Colombia. A pesar de los primeros casos mediáticos en los ochenta y noventa, la ausencia de una legislación específica en el país ha generado un vacío legal y debates constantes (Areiza, 2019); es así como se empiezan esgrimir los argumentos legales y jurisprudenciales que han dificultado la concreción de una normativa clara sobre el contrato de subrogación de vientres en Colombia.

Los intentos legislativos, como el Proyecto de Ley C113 de 2021, reflejan tensiones ideológicas y discrepancias sobre la regulación. Este proyecto, con orientación conservadora, buscaba prohibir el alquiler de vientres con fines de lucro, destacando la percepción de que convertir el cuerpo en un objeto de consumo vulnera la dignidad humana (Guerra et al., 2021). Sin embargo, la propuesta revela falacias de generalización al asumir que todas las gestantes subrogadas se encuentran en situaciones de extrema vulnerabilidad.

La jurisprudencia, representada por la Sentencia T-968 de 2009 y la T-275 de 2022, aborda la falta de regulación y destaca la urgencia de intervención estatal. La primera reconoce implícitamente la legitimidad de la gestación subrogada a través de la Constitución, mientras la segunda insta al legislador a abordar el vacío normativo, subrayando la significativa intervención estatal necesaria debido a la implicación de derechos fundamentales.

La Sentencia T-968 de 2009 establece criterios para una futura regulación, basándose en la doctrina española representada por Emaldi (2001). Sin embargo, la falta de justificación para la elección de estos criterios deja preguntas sin respuesta. Además, la sentencia presenta confusiones conceptuales al describir el alquiler de vientres como una técnica de reproducción asistida.



La Sentencia T-275 de 2022 destaca el crecimiento de la subrogación y la necesidad de regulación. Aunque reconoce la falta de acción del Congreso, no profundiza en las razones detrás de la ausencia de regulación. La sentencia también subraya que la regulación debe seguir el procedimiento de leyes estatutarias debido a la implicación de derechos fundamentales y establece que las gestantes subrogadas no tienen derecho a licencia de maternidad, solo a incapacidad médica.

En definitiva, la investigación revela un panorama complejo y desafiante en la normatización de la subrogación de vientres en Colombia, donde las tensiones ideológicas, las falacias de generalización y la falta de acción legislativa han contribuido a un vacío legal. La jurisprudencia ofrece pautas, pero la necesidad de una regulación exhaustiva persiste para abordar las implicaciones éticas, sociales y de derechos fundamentales involucradas en esta práctica.

En cuanto a las vicisitudes legales que han impedido la implementación del contrato de subrogación de vientre, se exploran argumentos respaldados por principios constitucionales, la diversidad ética y moral, la falta de consenso político y los temores arraigados a la comercialización del cuerpo.

En primer lugar, es crucial reconocer que Colombia se encuentra entre los países que carecen de una normativa clara sobre el alquiler de vientre. A diferencia de naciones que han abordado esta práctica con leyes específicas, Colombia presenta un vacío legal que ha generado incertidumbre jurídica. Este vacío no se atribuye a la omisión constitucional, ya que la Carta Magna de 1991 establece la autonomía de la voluntad y el derecho a la intimidad como principios fundamentales que respaldan la viabilidad del contrato de subrogación (Correa y Sánchez, 2021).

La omisión legislativa, en este caso, no se debe a la falta de bases constitucionales, sino a la carencia de un desarrollo legislativo posterior que aborde de manera específica el contrato de alquiler de vientre. La Constitución sienta las bases generales que permiten la regulación, pero la ausencia de leyes específicas ha generado un vacío legal que persiste (Beetar, 2019).

En este contexto, la Constitución de 1991 se erige como un pilar fundamental. El derecho a la autonomía de la voluntad y a la intimidad respalda la elección personal y privada relacionada con la formación de la familia, incluyendo el contrato de alquiler de vientre. Sin embargo, esta elección plantea interrogantes sobre la igualdad y no discriminación, derechos consagrados en la Constitución. La falta de regulación específica podría dar pie a situaciones discriminatorias y desiguales, contraviniendo los principios fundamentales de la Carta Magna (Daza, 2019).

La dignidad humana, consagrada como principio constitucional supremo, demanda abordar el contrato de alquiler de vientre de manera ética y respetuosa. El progreso científico, en particular en la reproducción asistida, encuentra respaldo constitucional, y la regulación de este contrato podría armonizar el avance científico con la protección de la dignidad humana (Cárdenas, 2018).

La diversidad de perspectivas éticas en el Congreso refleja la multiplicidad de visiones en la sociedad colombiana. Las creencias culturales, religiosas y sociales generan dilemas éticos que desafían la capacidad del legislador para alcanzar consensos, así como la influencia de la Iglesia Católica, junto con otras corrientes religiosas, añade capas adicionales de complejidad ética (Trujillo, 2019).

Los derechos sexuales y reproductivos, fundamentales pero interpretados de manera dispar, generan conflictos éticos. La inquietud sobre la mercantilización del cuerpo subyace en debates éticos, temiendo que el contrato de alquiler de vientre se convierta en un negocio, planteando cuestiones profundas sobre equidad y justicia (Cristina, 2023).

La definición de derechos y obligaciones es otro desafío, pues la ambigüedad en la definición de los padres legales, los derechos de la gestante subrogada y las obligaciones financieras crea un terreno inestable para la legislación. Los temores arraigados a la comercialización del cuerpo han impedido la regulación, destacando la importancia de preservar la dignidad humana (Obando, 2021).

La falta de consenso político, característica de la diversidad política en Colombia, ha dificultado la adopción de legislación coherente. La ausencia de incentivos claros para algunos legisladores y el miedo a confrontaciones innecesarias han contribuido a la evasión legislativa (Camacho y Marín, 2022).

En definitiva, la ausencia de regulación específica para el contrato de alquiler de vientre en Colombia se fundamenta en una compleja red de factores respaldados por diversos autores. Desde principios constitucionales hasta desafíos éticos, religiosos, políticos y la ambigüedad en la definición de derechos y obligaciones, todos juegan un papel crucial. La necesidad de llenar este vacío normativo para garantizar coherencia con los principios fundamentales de la Constitución se presenta como una imperante reflexión para avanzar ética y justamente en la regulación del contrato de subrogación en Colombia.

De otro lado, La falta de una normativa clara ha llevado a la Corte Constitucional a enfatizar la urgencia de establecer requisitos y condiciones para estos contratos, como se evidencia en la sentencia mencionada (Sentencia T-968 de 2009).

La propuesta normativa podría fundamentarse en el reconocimiento del carácter altruista de la gestación subrogada, estableciendo parámetros específicos para garantizar la ética y la protección de los derechos fundamentales (Sentencia T-968 de 2009). Además, se argumenta que la evolución de las concepciones jurídicas en torno a los derechos fundamentales respalda

el "Derecho a la Autonomía Reproductiva" como un pilar en el contexto de los vientres subrogados (Constitución Política de Colombia, 1991).

El principio de dignidad humana, consagrado en la Constitución Política de Colombia (1991), se presenta como un pilar esencial que debe guiar la regulación de la gestación subrogada. Autores como Guerra et al. (2021) y Cárdenas (2018) subrayan la importancia de salvaguardar la dignidad humana en prácticas relacionadas con la reproducción asistida.

La protección de los derechos del niño se convierte en otro punto crucial, ya que la Convención sobre los Derechos del Niño establece el principio de que el "interés superior del niño debe ser una consideración primordial" (Art. 3). Autores como Valero (2019) y Santiesteban (2023) respaldan la necesidad de legislar de manera que se garantice el bienestar y los derechos fundamentales de los niños concebidos mediante gestación subrogada.

Primero, es fundamental reconocer que la gestación subrogada implica un contexto único en el cual se traen al mundo seres humanos con una conexión genética y emocional compleja. Los niños concebidos a través de este proceso pueden enfrentar desafíos particulares en términos de identidad, relación con los padres biológicos y su posición en la sociedad. Los autores abogan por la necesidad de una legislación que aborde específicamente estas complejidades, asegurando que se protejan los derechos del niño a conocer sus orígenes y ser criado en un entorno que fomente su bienestar psicológico y emocional.

En segundo lugar, la regulación se vuelve esencial para proteger a todas las partes involucradas en el proceso de gestación subrogada. Santiesteban (2023), por ejemplo, destaca la importancia de evitar prácticas abusivas o explotadoras, garantizando que las mujeres gestantes, a menudo en una posición vulnerable, no sean objeto de explotación y que se respeten sus derechos y dignidad. Además, la regulación debe abordar la posibilidad de conflictos entre

los padres biológicos y gestantes, estableciendo mecanismos claros para resolver disputas y proteger los intereses del niño.

A su vez, los principios de igualdad y no discriminación, tanto a nivel internacional como en la Constitución Política de Colombia (1991), se erigen como fundamentales en la construcción de una propuesta normativa inclusiva y equitativa para los contratos de gestación subrogada. La Declaración Universal de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Constitucional respaldan la necesidad de evitar cualquier forma de discriminación en la regulación de los vientres subrogados.

La regulación debe ir más allá de establecer condiciones y requisitos, abordando la supervisión estatal para garantizar la ética y la transparencia. El Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas (2015) enfatiza la importancia de mecanismos efectivos de supervisión para proteger los derechos del niño en situaciones de gestación subrogada.

El acceso a la justicia, respaldado por la Constitución Política de Colombia y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, emerge como un principio fundamental que debe estar presente en la regulación de los contratos de gestación subrogada. La jurisprudencia colombiana, como la Sentencia C-573 de 1995, destaca la importancia de garantizar condiciones de igualdad y equidad en situaciones contractuales.

Finalmente, el Consentimiento Informado y Asesoramiento, respaldado por la Constitución Política de 1991 y la Ley Estatutaria 1581 de 2012, se presenta como un pilar esencial para proteger la autonomía y los derechos de todas las partes involucradas en los contratos de gestación subrogada. La jurisprudencia colombiana, como la Sentencia T-290 de 2018, destaca la necesidad de un consentimiento informado detallado para proteger la autonomía en situaciones de reproducción asistida.

## 8. Conclusiones

La investigación revela que, a pesar de la creciente atención mediática y los intentos legislativos, Colombia aún carece de una normativa específica que regule el contrato de subrogación de vientres. La ausencia de una legislación clara ha llevado a debates y propuestas que oscilan entre la prohibición total y la aceptación bajo ciertas condiciones. La jurisprudencia, representada por las sentencias T-968 de 2009 y T-275 de 2022, destaca la falta de acción del Congreso y aboga por una regulación exhaustiva, reconociendo la necesidad de equilibrar los derechos fundamentales de las mujeres gestantes y los recién nacidos. Estas sentencias también subrayan la falta de normativas no solo en el ámbito de la subrogación, sino también en las técnicas de reproducción asistida en general. En este contexto, se resalta la complejidad y sensibilidad del tema, sugiriendo que su regulación debe seguir procedimientos legislativos rigurosos y contemplar diversas dimensiones éticas, sociales y de derechos humanos.

A su vez, el análisis de las vicisitudes legales para implementar el contrato de subrogación en Colombia revela la carencia de una regulación específica sobre el alquiler de vientre en el país. Aunque la Constitución de 1991 sienta las bases para abordar esta práctica mediante principios como la autonomía de la voluntad, el derecho a la intimidad, la igualdad y la dignidad humana, la falta de desarrollo legislativo posterior ha generado un vacío legal. Los dilemas éticos y morales, influenciados por la diversidad cultural y religiosa, han obstaculizado la creación de consensos legislativos. La falta de acuerdo político, los desafíos en la definición de derechos y obligaciones, y el temor arraigado a la comercialización del cuerpo han contribuido a la parálisis legislativa. La ausencia de regulación específica invita a reflexionar sobre la necesidad de llenar este vacío normativo para armonizar los principios constitucionales

con la realidad contemporánea, garantizando un marco ético y justo para la práctica del alquiler de vientre en Colombia.

Considerando lo anterior se argumentaron argumentos para cimentar una propuesta normativa para la regulación de vientres subrogados en Colombia, la cual debe basarse en argumentos jurisprudenciales sólidos, especialmente en la Sentencia T-968 de 2009, que destaca la urgencia de una "regulación exhaustiva" para abordar los desafíos éticos y legales de la gestación subrogada. Además, la propuesta debe considerar principios fundamentales como el Derecho a la Autonomía Reproductiva respaldado por la Constitución Política de Colombia y normativas internacionales. La protección de la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación, la defensa de los derechos del niño, la supervisión estatal, el acceso a la justicia y el Consentimiento Informado y Asesoramiento son pilares esenciales que deben integrarse en la legislación para garantizar un marco ético, legal y equitativo para la gestación subrogada en el contexto del derecho colombiano.

En conclusión, la investigación revela que, a pesar de la creciente atención y los esfuerzos legislativos, Colombia carece de una normativa específica para regular el contrato de subrogación de vientres. La falta de acción del Congreso, resaltada por las sentencias T-968 de 2009 y T-275 de 2022, destaca la urgencia de una regulación exhaustiva que equilibre los derechos fundamentales involucrados. La complejidad ética, los desafíos políticos, la diversidad cultural y religiosa, y el temor a la comercialización del cuerpo han contribuido a la parálisis legislativa. En este contexto, se hace evidente la necesidad imperante de llenar este vacío normativo para armonizar los principios constitucionales con la realidad contemporánea, garantizando un marco ético y justo para la práctica del alquiler de vientre en Colombia. La propuesta normativa debe basarse en argumentos jurisprudenciales sólidos y principios

fundamentales para establecer un marco ético, legal y equitativo en el contexto del derecho colombiano.



## Referencias

- AA.VV. (1989). *Código de Derecho Canónico – Edición anotada*. Pamplona: Eunsa.
- Aguirre, A. M. (2015). *Resarcimiento de derechos de rango constitucional*, Tesis de especialización. Medellín: Universidad Santo Tomás.
- Álvarez-Botero, D. (2002). *La exclusión del bien de la prole en la Doctrina y en la Jurisprudencia*, Tesis de grado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Areiza, L. (2019). *La viabilidad de la maternidad subrogada en Colombia desde la teoría del negocio jurídico* [Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia] <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/75516>.
- Beetar, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Revista Socio-Jurídicos*, 21(2); pp. 135-166.
- Cadavid y Barrera (2016). Gestación subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema, Artículo de grado. Medellín: Universidad CES. 28 p.
- Camacho, A. L. y Marín, M. M. (2022). *Regulación normativa de las relaciones materno/paterno filiales en la reproducción humana asistida a partir de la legislación española y colombiana* [Tesis de Especialización, Universidad Libre]. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/21176>
- Cámara de Representantes del Congreso de Colombia (2016). *Proyecto de Ley 202 de 2016, Ley de prohibición de la gestión subrogada*. Bogotá: Diario Oficial.
- Cárdenas, S. L. (2018). *Las técnicas de reproducción asistida desde los fundamentos de la dignidad humana del Estado Social y Democrático de derecho colombiano* [Tesis Doctoral, Universidad Libre]. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/11820>

- Casal H., J. M. (2006). *Constitución y Justicia Constitucional*. Caracas: Editorial Universidad Católica Andrés Bello.
- Cirión, A. E. (2018). La gestación subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley. *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, (28); pp. 123-135.
- Comisión Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Diario Oficial.
- Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas (marzo 6, 2015). *Observaciones Finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Colombia*. Recuperado en enero de 2024 de: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsn0%2BCLkeJgFudRm2I%2BDOLZ9R%2BbKexZERICTOPOYwqcRjF2nTVBm3lzVNKYdJ8IvWcXxtTcTF5QMIthjtWUMHguUCbKc88eNb9O4jVYNUdqXg>
- Conen, C. (s. f.). *El amor en tu camino de vida*. Programa televisivo del canal EWTN, transmitido los domingos a las 10:00 a.m.
- Congreso de la República de Colombia (1993), *Ley 100, Ley General de Salud*. Bogotá: Diario Oficial 41148.
- Congreso de la República de Colombia (2012), *Ley 1581, Ley Estatutaria para la Protección de Datos Personales*. Bogotá: Diario Oficial 48587.
- Correa, C. N. y Sánchez, P. S. (2021). *La Paternidad Evadida en Colombia El derecho a la Filiación de los Menores Versus el Derecho a la Intimidad y la Autonomía de la Voluntad del Presunto Padre* [Monografía de Grado, Universidad Cooperativa de

- Colombia]. <https://repository.ucc.edu.co/server/api/core/bitstreams/2e4b0005-63db-47ae-9ba7-8d9f79d20b67/content>
- Corte Constitucional de Colombia (2022) Sentencia *T-275 de 2022*. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá: Diario Oficial.
- Corte Constitucional de Colombia (2018). *Sentencia T-290 de 2018*. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Bogotá: Diario Oficial.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). *Sentencia T-274 de 2015*. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá: Diario Oficial.
- Corte Constitucional de Colombia (2000). *Sentencia T-114 de 2000*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: Diario Oficial.
- Corte Constitucional de Colombia (2009). *Sentencia T-968 de 2009*. M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá: Diario Oficial.
- Cristina, M. (2023). Algunos argumentos feministas para objetar la relación de alquiler del embarazo. *Análisis Filosófico*, 43(1), 179-206. <https://doi.org/10.36446/af.2023.463>
- Daza, S. M. (2019). *La mujer como sujeto de especial protección constitucional en la elección a la maternidad subrogada en Colombia* [Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Colombia]. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/77300>
- Domingo, M. (2002). *Las técnicas procreativas y el derecho de familia - Incidencia de la RA en el matrimonio canónico*. Madrid: Civitas.
- Emaldi, A. (2001). *El Consejo Genético y sus Implicaciones Jurídicas*. Comares Editorial, Fundación BBVA, Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano.
- Gómez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.
- Guerra, M. J. (2016). La mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional, en: *Encuentros Donostia 2015. Impacto*

*de los Fundamentalismos políticos, económicos, religiosos y culturales en los derechos sexuales y reproductivos*, Medicusmundo Guipuskoa, pp. 137-151.

Guerra, M. J. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31 (6); pp. 535-538.

Guerra, M. R., Andrade, E., Espinal, J. F. y Valencia, S. (2021). *Proyecto de Ley C113 de 2021*. Cámara de Representantes de Colombia. [http://www.secretariassenado.gov.co/legibus/legibus/proyecto\\_ley\\_C0113\\_2021\\_legislatura\\_2021\\_2022.html](http://www.secretariassenado.gov.co/legibus/legibus/proyecto_ley_C0113_2021_legislatura_2021_2022.html)

Guerra, M. R. y Valencia, S. (2018). *Proyecto de Ley Estatutaria N° 070 de 2018*. Bogotá: Senado de la República de Colombia.

Hernández-Sampieri, R., Fernández, C y Baptista, P. (2010). *Metodología de la Investigación*. Quita Edición. México Edit. McGraw Hill.

Hoyos, A. (1993). *La Interpretación Constitucional*. Bogotá: Editorial Temis.

IFFS Surveillance. (2016). *Global Reproductive Health*. [En línea]. Recuperado en febrero de 2020, de [http://www.ogsm.org.my/docs/IFFS\\_Surveillance\\_2016.pdf](http://www.ogsm.org.my/docs/IFFS_Surveillance_2016.pdf).

Jiménez, C. M., Romero, Y. A., Londoño, I. E. y Vázquez, J. D. (2016). *Análisis de la maternidad subrogada en la legislación colombiana 2009-2015*, Tesis de pregrado. Bogotá: Universidad Libre.

Lafuente, J. M. (2000). *La judicialización de la interpretación Constitucional*. Madrid: Editorial Colex.

León, E. (2000). Prerrogativas Parlamentarias. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, (5); pp. 43-72.

López, M. T., De Montalvo, F., Alonso, C., Bellver, V., Cadena, F., De los Reyes, M., Fernández, P. I., Jouve, N., López, N., Nombela, C., Romeo, C. M, y Serrano, J. M.

- (2017). Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Madrid: Comité de Bioética de España.
- Monroy, M. G. (2002). *La interpretación de la Constitución*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Núñez, R., Feito, L., Abellán, F. (2016). *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la Gestación por sustitución*. Madrid: Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad.
- Obando, D. D. (2021). *Gestación/ maternidad subrogada en el marco multicultural y su relación con diferentes conflictos bioéticos* [Monografía de Especialista, Universidad de La Sabana]. <https://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/50264>
- Olano, H. A. (2005). El bloque de constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales*, 3(1); pp. 231-242.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (2005). *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*. UNESCO.
- Organización de los Estados Americanos (1978). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Gaceta Oficial No. 9460.
- Ortega, R., Álvarez, J. A., Ruiz, B. H. y Sánchez, M. A. (2018). Gestación subrogada: aspectos éticos. *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 10(28); pp. 63-74.
- Paternina, D. H. (2014). La familia: Un reto a la garantía de derechos de la infancia y adolescencia. *Revisalud*, 2(1); pp. 70-73.
- Pavón, A. P. y Aguirre, J. O. (2009). La protección jurisprudencial a la maternidad en Colombia. *Revista Diálogo de Saberes*,
- Pérez, L. E., Uprimny, R. y Rodríguez, C. (2012). *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá.

- Ramskold, L.A. y Posner, M.P. (2013). Commercial surrogacy: how provisions of monetary remuneration and powers of international law can prevent exploitation of gestational surrogates. *Journal of Medical Ethics*, 39(6); pp. 397-402.
- Rodríguez, M. S. (2018). *La maternidad subrogada como trata y tráfico de niños*. [En línea] El Mercurio. Recuperado en febrero de 2022, de <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906908&Path=/0D/D6/>
- Rubio, M. (2005). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ryman, E. y Fulfer, K. (2017). The Patient-Worker: A model for human research subjects and gestational surrogates. *Developing World Bioethics*, pp. 1-11.
- Santiesteban, L. F. (2023). *Análisis crítico en materia de maternidad subrogada enfocado en los derechos de los menores* [Tesis de Especialista, Universidad Libre]. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/27079>
- Serrato, H. (2004). *Matrimonio canónico*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Torres, J. (2016). El sistema de derechos y libertades en la constitución de 1991. En: Fernández, M., Rodríguez, V., Torres, J. y Vallejo, G. *Fundamentos contemporáneos de derecho público: transformaciones necesarias* (pp. 9-34). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Trujillo, D. P. (2019). Vacíos jurídicos de la maternidad subrogada en Colombia. En R. A. Duarte (Ed), *Lenguaje jurídico, filosofía del derecho y teoría jurídica*, pp. 19-28.
- Valero, A. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, (43), 421-440.

Vela, A. C. (2015). *Del concepto jurídico de familia en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana: Un estudio comparado en América Latina*, Tesis de pregrado. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Warnock, M. (2004). *Fabricando bebés: ¿existe un derecho a tener hijos*. Barcelona, Gedisa.