

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

## Confrontación de principios en la regulación de la maternidad subrogada: Mirada desde la experiencia comparada y el derecho colombiano

*Confrontation of principles in the regulation of surrogacy: View from comparative experience and Colombian law*

**Rosa Elizabeth Guío Camargo**   
reguio@ucatolica.edu.co

*Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia*

**Olenka Woolcott Oyague**   
odwoolcott@ucatolica.edu.co

*Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia*

**RESUMEN** El artículo identifica que en el tratamiento de la maternidad subrogada existen dos claras posturas en el derecho comparado, una en la cual destaca la autodeterminación para decidir sobre la procreación y sus consecuencias y otra, que coloca el principio de la dignidad humana como filtro de las decisiones que han de tomarse en torno a esta práctica de procreación artificial. De esa manera, es posible comprender las consecuencias teóricas que pueden desprenderse de la opción del legislador, al revisar el marco normativo colombiano para determinar los principios que rigen en la actualidad la procreación y verificar las serias dificultades jurídicas con que se encuentra una postura que busque orientarse por establecer la filiación de acuerdo con la voluntad de las partes intervinientes en la práctica de la maternidad subrogada, en tanto que prevalecen los principios de dignidad humana y la familia como célula básica de la sociedad.



Este trabajo está sujeto a una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional Creative Commons (CC BY 4.0).

**PALABRAS CLAVES** Autodeterminación; dignidad humana; filiación; maternidad subrogada; privacidad.

**ABSTRACT** The article identifies two distinct positions in comparative law with regard to the treatment of surrogacy. One position emphasizes self-determination in deciding on procreation and its consequences. The other places the principle of human dignity as a filter for decisions made about this practice of artificial procreation. In this way, it is possible to understand the theoretical implications of the legislator's decision by examining the Colombian regulatory framework to ascertain the prevailing principles governing procreation and to assess the significant legal challenges encountered by a position seeking to establish filiation in accordance with the will of the parties involved in surrogacy, while upholding the principles of human dignity and the family as the fundamental unit of society.

**KEYWORDS** Filiation; human dignity; privacy; self-determination; surrogacy.

## 1. Introducción

Se puede afirmar que la tecnología ha impactado también en las decisiones humanas sobre la maternidad y la producción de vida humana. La incertidumbre que abraza el fenómeno actual de la maternidad subrogada al no existir una regulación que aborde todos los aspectos sustanciales de esta realidad motiva abordar el problema que en el presente estudio se centra en la indagación sobre las posturas jurídicas que se han afianzado en la experiencia comparada para poder determinar a través del examen del contexto normativo colombiano cuáles son los principios fundamentales que pueden servir para enmarcar una regulación en esta materia.

Pese a que en Colombia la maternidad subrogada carece de un marco normativo expreso, y sólo algunos pocos fallos de las Altas Cortes se han referido al tema<sup>1</sup>, lo cierto es que esta sí se realiza y de hecho, si se revisa por internet, hay oficinas de abogados que ofrecen sus servicios de asesoría legal para que las personas que quieran realizarla, puedan hacerla. Pese a la carencia de datos oficiales y según información

---

1. Entre ellas, las sentencias de tutela de la Corte Constitucional en los casos de *Sarai, contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali* (2009), de *Mauricio en nombre propio y en representación de su hija Amalia en contra de Sanitas EPS* (2022), y de *MRZ en representación de su hija EZ contra el Ministerio de Relaciones Exteriores - Consulado de Colombia en Orlando, Florida, Estados Unidos* (2024); y la sentencia de *Margarita Ríos, en representación de los menores Felipe y Juanita Ríos Rincón, contra Juliana Rincón* (2024), de la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia.

de la prensa, mientras en Estados Unidos y algunos países de Europa Occidental, los costos de la práctica pueden oscilar entre los 400 y los 600 millones de pesos, en Colombia la misma cuesta en promedio, entre 17 y 19 millones de pesos<sup>2</sup>.

En este escenario, el objetivo del artículo es contribuir a la reflexión sobre la necesidad de regular la maternidad subrogada en Colombia, teniendo en cuenta que en la misma no sólo están en juego los intereses de las personas o parejas que deciden ser padres a través de este procedimiento; sino que aquí se encuentran involucrados los derechos de más sujetos, como las mujeres gestantes y las niñas y niños que nacen producto de esta práctica, que no sólo no han sido tenidos en cuenta por el sistema jurídico, sino que éstos -la mujer gestante y el bebé nacido de la maternidad subrogada-, son sujetos históricamente invisibilizados y que por sus condiciones son las partes más débiles de tal relación.

Así, este artículo utiliza una metodología documental y de corte descriptivo para dar cuenta en la primera parte de la ubicación de la maternidad subrogada desde una mirada de la experiencia comparada, cuyo propósito consiste en identificar las posturas que se articulan en diversos sistemas jurídicos y poder determinar en el sistema colombiano los principios rectores en los cuales se puede enmarcar la práctica de la maternidad subrogada, considerando la situación de la mujer madre gestante; enseguida, se realiza un acercamiento al escenario de los derechos de las niñas y niños que nacen de la maternidad subrogada, teniendo en cuenta no sólo su posición inicial como *nasciturus*, sino la que tienen una vez ocurrido su nacimiento; y finalmente, el estudio presenta las conclusiones que se espera sean un insumo para las necesarias discusiones que se deben tener en cuenta en Colombia o en cualquiera de los países de la región, a propósito de la exigencia de una inminente regulación de la maternidad subrogada.

Antes de examinar la práctica de la maternidad subrogada en Colombia, cualquiera que sea el nombre con que se conoce el fenómeno, sea de vientre de alquiler, gestación por otro o maternidad subrogada, probablemente el término más usado en el contexto colombiano, y pasar al estudio de sus implicaciones en el terreno de la determinación de la situación de la madre subrogada y el interés del niño. niña y adolescente, se debe partir por reconocer que el fenómeno tiene lugar en la plenitud del desarrollo científico-tecnológico y en el ejercicio de la libertad de decidir sobre el propio cuerpo, es decir, la autonomía de la mujer. (frente a lo cual, surgen dos campos en que tiene lugar el ejercicio de esta libertad: por decidir la generación de vida humana a través de la asistencia de la tecnología o por disponer del propio cuerpo para que tenga lugar el proceso de gestación durante el tiempo de nueve meses). Si bien, existen sistemas jurídicos que han regulado este tema, sin embargo, no todos lo

---

2. ASUNTOS LEGALES (2023).

han hecho<sup>3</sup> y en este grupo se ubica Colombia. De manera que esta situación de vacío normativo en Colombia exige una revisión del marco constitucional y legal en general sobre el cual, el legislador tiene el reto de construir el régimen necesario para evitar el *laissez-faire laissez-passer* sobre trascendentes implicaciones de esta práctica generadora de vida humana como es la maternidad subrogada.

En efecto, a través de la fecundación in vitro, se ha permitido delegar la generación de la vida humana a la asistencia de la tecnología y cuando a este proceso se agrega la intervención de un tercero, como es la mujer que preste el seno materno para llevar a cabo el proceso de la gestación, se asiste a una bifurcación de la maternidad en tres momentos: el de la madre genética, que aporta el óvulo, la madre gestante, quien presta el útero para la gestación y culmina con el parto, y finalmente, la madre social, que si se trata de una mujer, asumirá la crianza del niño nacido por esta práctica generativa asistida. Surge entonces la necesidad de revisar cual es la determinación en el sistema jurídico colombiano para la fijación de la maternidad, sea para afianzar o reformular la postura tradicional existente de cara a la nueva realidad de la sustitución tecnológica de la maternidad.

Cuáles que sean las críticas o posiciones contrarias a la práctica de la maternidad subrogada, es desde hace unas décadas una realidad en la sociedad, de allí que se pueden identificar algunos lineamientos que se desprenden del marco normativo en Colombia para identificar unas bases principistas que puedan servir para dar respuesta a la pregunta formulada.

## **2. Identificación de las posturas jurídicas a través de la experiencia comparada**

Se pueden identificar dos grandes posturas de cara a la maternidad subrogada. Una primera que descansa o mejor, se construye a partir del principio de la libertad contractual y otra que coloca en primer lugar, el principio familia y la dignidad humana como guías para una decisión en el marco del ordenamiento jurídico. Obsérvese a continuación cómo se estructura y desarrolla cada una de ellas, lo que se revisa a los fines de determinar los lineamientos que se acercan a una propuesta para el derecho colombiano y latinoamericano en general.

De un lado, una perspectiva mercantilista que responde a valores, tradiciones culturales y que es representada fundamentalmente por Estados Unidos. Para entender esta postura se explicará cómo los valores del sistema encuentran un cimiento en los propios principios constitucionales, y cuál la ideología subyacente.

De otro lado, la perspectiva humanista que parte de colocar la dignidad del ser humano como brújula del sistema normativo.

---

3. RECKZIEGEL y LISSANI (2024).

## 2.1 La perspectiva mercantilista o individualista

Se trata de una visión que parte de exacerbar la libertad de la persona para decidir sobre una iniciativa de procreación de vida humana. No se trata del simple comercio por el comercio, sino que se ha forjado una construcción teórica, con serias críticas que surgen desde la razón y la necesaria protección de bienes jurídicos fundamentales, y que aporta sustento a la postura que descansa sobre pilares respetables de un sistema jurídico. Destaca aquí el principio de autonomía que justifica, según explica Engelhardt<sup>4</sup>, la idea de procrear *children of choice*, excluyendo prohibiciones imperativas que superen los límites científicos. La posición se caracteriza por el utilitarismo que lleva inherente y destaca aquí, la aplicación del instrumento contractualista. Parte de una visión libertaria del problema, y halla justificación en el liberalismo norteamericano.

La perspectiva libertaria indudablemente legitima las decisiones que se toman, en especial, en los países donde se desarrolla la práctica de la maternidad subrogada sin reglas específicas que aborden sus aspectos sustanciales.

La doctrina norteamericana representa el paradigma de este enfoque y erige al contrato como su principal elemento operativo para canalizar las voluntades de los intervinientes en la práctica de la maternidad subrogada. La reglamentación contractual de la *surrogate motherhood* tiene por finalidad el proteger los derechos de los participantes, desde el derecho de la gestante a recurrir al aborto hasta asegurar el cumplimiento de las obligaciones que de él derivan. En este orden de ideas, Shuck ha señalado que “debemos negarnos a censurar como inmoral una elección que produce un regalo bendecido-la creación de una nueva vida que es deseada por sus padres” (traducción libre)<sup>5</sup>.

Bajo el razonamiento de la protección contractual, la premisa consiste en proteger por parte del ordenamiento jurídico los contratos. El problema no está en la discusión de la protección contractual, que es un principio derivado de la libertad y el desarrollo de la personalidad, sino el cuestionamiento que surge de cara a esta posición libertaria va referida al contenido del acuerdo, al involucrar la gestación de vida humana y éste no es un contenido patrimonial propiamente dicho.

A propósito de esta perspectiva, Francesco Busnelli<sup>6</sup>, precisa que “la más límpida formulación de esta orientación se debe a una expresión “subversiva” pero íntimamente coherente del pensamiento feminista americano”. El jurista pisano se refiere a la postura libertaria de Carmel Shalev, quien propone un modelo que parta del reconocimiento del individuo, sin distinción de sexo, para determinar todas las cuestiones jurídicas de la paternidad y maternidad desde antes de la concepción.

---

4. ENGHELARDT (1995).

5. SHUCK (1988) p. 1810.

6. BUSNELLI (2003) p. 285.

La base principista de este modelo se sostiene en la privacidad -la *privacy* del sistema norteamericano<sup>7</sup>, que permite que las reglas sean fijadas por las partes intervinientes de acuerdo con la autonomía contractual, las cuales, se sustituyen a las reglas tradicionales sobre el matrimonio y los principios constitucionales que tutelan las relaciones familiares. Este planteamiento propugna que cualquier disposición del Estado que rechace el uso de las tecnologías reproductivas y contravenga la voluntad contractual, debe entenderse como una infracción del principio constitucional de la *privacy*. La tesis de Shalev supone en esencia un mercado libre para la procreación artificial lo que permite desafiar la condición de inferioridad económica de las mujeres en una sociedad patriarcal.

Esta postura que logra arraigarse en la cultura estadounidense a través del ejercicio de un derecho a la libertad de procrear da lugar en este sistema jurídico a un principio moral que cobija los intereses de las personas que eligen procrear, deciden como hacerlo y hasta en cierta manera, el tipo de hijos que desean tener<sup>8</sup>. Desde esta perspectiva, incluso se encuentran afirmaciones que refieren a un mercado de bebés<sup>9</sup> o un mercado de material genético con fines reproductivos<sup>10</sup>. Esta liberalidad que encierra el modelo mercantilista, abre un terreno fecundo para los cuestionamientos éticos desde el análisis de la medicina y el derecho, que parten de la consideración del ser humano como su objeto de protección en sí mismo.

De la tesis libertaria para la procreación artificial cuanto para la maternidad subrogada, se desprenden consecuencias que, además de transformar la prioridad de los principios jurídicos, como es la dignidad de la persona humana y el interés del niño, niña y adolescente, concretamente afectan el estado actual de la relación progenitor-hijo.

Como destaca Busnelli, en este planteamiento, además de sugerir un tratamiento igual para el donante de esperma y la madre subrogada en cuanto al anonimato del donante, dicha relación jurídica queda fundada en un acuerdo voluntario, donde el progenitor natural que no asume la responsabilidad por el hijo deberá ser considerado como un prestador de servicios a favor de los progenitores sociales<sup>11</sup>. De manera que, desde la concepción, habrá un adulto al menos que asuma el cuidado del nasciturus pero que no es necesariamente, bajo esta óptica, el progenitor natural.

---

7. SHALEV (1989).

8. CAVALIERE (2019) p. 131.

9. GOODWIN (2010).

10. KLITZMAN (2016).

11. BUSNELLI (2003) p. 286.

Las afirmaciones de este planteamiento se sostienen en el principio que emana de las Cartas constitucionales norteamericanas que partiendo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 04 de julio de 1776<sup>12</sup> donde se establece como base el derecho a la vida, a la libertad y el *Right of pursuit of happiness*, sobre el cual se sustenta el *Right of privacy*, y que devino en uno de los derechos absolutos del sistema norteamericano<sup>13</sup>, entendiéndose por este derecho la facultad del soltero o casado para estar libre de alguna intromisión estatal que pueda afectar a la persona o su decisión de tener un hijo<sup>14</sup>.

## 2.2 La perspectiva humanista

Centra su objeto de protección en el ser humano en cuanto tal, su esencia, su dignidad. Se trata del enfoque que han desarrollado fundamentalmente los países europeos de occidente. El principio rector, la dignidad del ser humano para guiar cualquier proceso que atañe a la manipulación genética, cualquiera que se refiera a partes del cuerpo humano y con mayor razón aún, las decisiones que puedan adoptarse al respecto, sea desde el ámbito personal, por vía del principio de la autodeterminación, como desde el ámbito del Estado. Este principio tiene el poder de justificar una prohibición a las prácticas aplicativas de la ciencia y tecnología sobre el ser humano.

La distancia del enfoque europeo con las doctrinas libertarias norteamericanas se explica por el diverso punto de partida, es decir, principios completamente diversos desde los cuales se construye la teoría y práctica de la procreación artificial y así, de la maternidad subrogada. Aquí se puede identificar un sistema de reglas basado primero en el principio familia y en la dignidad del ser humano.

A diferencia de la perspectiva libertaria norteamericana, las modernas Constituciones europeas no hacen referencia a un denominado derecho individual a la felicidad<sup>15</sup> que en cambio aparece en el sistema estadounidense. La *privacy* no es un valor fundamental en la pléyade de valores y principios de las Constituciones europeas, las cuales tienen como valor fundante al principio inviolable de la dignidad de la persona y cualquier intento de una libertad de procreación artificial en el sentido de la perspectiva libertaria norteamericana es contraria a la cultura europea. En esta línea, la Constitución alemana vigente consagra en su artículo 1° “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”<sup>16</sup>.

---

12. Declaración de Independencia de los Estados Unidos, de 1776.

13. GLENDOM (1987).

14. KOMMERS (1985).

15. BUSNELLI (1991).

16. Constitución de Alemania, de 1949. Ver artículo 1.



Coherentemente, los sistemas jurídicos europeos se articulan sobre los principios de la tutela de la vida del concebido, pues se protege la vida humana y también la prenatal, pues es un bien de rango constitucional, se protege la vida desde su inicio. Así también, la tutela de la salud que es un presupuesto para la implementación de las técnicas de procreación artificial, el respeto del cuerpo humano como la protección del interés del concebido a nacer en una familia<sup>17</sup>.

En esta línea, el ordenamiento jurídico italiano sanciona como delito la práctica de la maternidad subrogada, conforme al artículo 12. 6 de la Ley N° 40 de 2004<sup>18</sup>, donde se prevé la pena para quien de cualquier forma realiza, organiza o publicita dicha práctica. En un lúcido trabajo de Francesco Busnelli, titulado ¿Se nace por contrato?<sup>19</sup>, el jurista concluye afirmando que “no se nace por contrato” y para ello, destaca que la prohibición de celebrar acuerdos de maternidad subrogada “es uno de los rasgos que caracteriza a la experiencia europea y que se relaciona con el principio general de respeto del cuerpo humano, el que llega a ser en Francia el título de una ley que incorporó una serie de normas en el *Code Civil*, donde antepone a la prohibición de la maternidad subrogada la prohibición más general de atentar contra la dignidad de la persona<sup>20</sup>.

Del mismo modo, la tesis de la prohibición de la maternidad subrogada pone de relieve la incolumidad del principio según el cual, la maternidad se determina por el parto<sup>21</sup>, el *status* no se traslada por el acuerdo de voluntades, lo contrario, sería lesivo del principio de indisponibilidad de los *status* familiares y de la dignidad del *nasciturum*<sup>22</sup>. Se trata de un enfoque jurídico que articula las bases fundamentales para el pleno cumplimiento del principio del interés superior del niño, niña y adolescente que es tal vez, entre los participantes en las técnicas de procreación artificial, el nuevo sujeto merecedor de la mayor atención desde el ordenamiento jurídico para los fines de su protección en el terreno de la implementación del desarrollo de la ciencia y tecnología en la procreación humana.

La postura que prioriza la dignidad humana y la defensa de la vida, la dignidad de la mujer gestante y la del niño que se ven afectadas por la maternidad subrogada y de reciente se refleja de manera ejemplar en la reciente Resolución Legislativa del Parlamento Europeo de 23 de abril de 2024 para modificar la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las

---

17. BUSNELLI (1998).

18. Ley N° 40, de 2004. Ver artículo 12.6.

19. BUSNELLI (2005).

20. Ley N° 94/653, de 1994.

21. OPPO (2005).

22. GIUNCHEDI (2019).



víctimas, lo que atrae hoy la atención de los civilistas al incorporar la explotación de la maternidad subrogada entre los supuestos de trata de personas, siempre que se cumplan los requisitos. En este sentido precisa el considerando 6: “...Más concretamente, por lo que respecta a la trata con fines de explotación de la maternidad subrogada, la presente Directiva tiene en su mira a quienes coaccionan o engañan a mujeres para que actúen como madres subrogadas...”<sup>23</sup>, normatividad que abre nuevos filones en la discusión sobre las implicaciones de la práctica de la maternidad subrogada.

### 3. El ordenamiento colombiano de cara a la maternidad subrogada

La maternidad subrogada hace referencia a una de las técnicas de reproducción humana asistida, mediante la que se busca, en principio, solucionar el problema de fertilidad de parejas que quieren tener un hijo, y propiciar la procreación cuando la misma no es naturalmente posible, ámbito en el cual fue definida también por la Corte Constitucional de Colombia en 2009, en los siguientes términos:

*“Las técnicas de reproducción asistida como la fertilización in vitro, combinadas con la maternidad subrogada, permiten a las mujeres que no han podido llevar a término un embarazo, tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su propio óvulo y semen de su marido, compañero o donante. Generalmente, las parejas que recurren a este método prefieren generar el embarazo con sus propios óvulos y esperma. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.”*<sup>24</sup>

Hoy en día, la maternidad subrogada no sólo es utilizada por parejas que, como en el escenario descrito, tienen problemas de fertilidad, sino que la misma también ha sido utilizada en las siguientes tres situaciones: *i*) parejas sin problemas reproductivos, quienes motivados por múltiples factores deciden no procrear por el medio natural sino seguir la vía artificial<sup>25</sup>; *ii*) personas sin pareja que quieren tener un hijo; y *iii*) parejas del mismo sexo que quieren ser padres y no quieren, o han sido rechazados para realizar un proceso de adopción.

---

23. Sólo queda que el Consejo de Europa apruebe la reforma a la Directiva. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2024.

24. *Sarai, contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali* (2009).

25. CNN ESPAÑOL (2023).

En efecto, la maternidad subrogada constituye una aplicación de varias técnicas de reproducción humana asistida (TERHA), pues se recurre a la inseminación artificial o a la fecundación in vitro<sup>26</sup> de manera que este procedimiento permitirá la gestación por una mujer que se sujeta a un acuerdo de voluntades con los comitentes y por el cual se compromete a ceder los derechos que recaen sobre el nacido a favor de otra mujer (la comitente) que tendrá la calidad de madre del así nacido.

La respuesta que el derecho debe ofrecer a la realización de la maternidad subrogada debe abordar el problema partiendo de los principios que cimentan el ordenamiento jurídico iniciando por los que se encuentran consolidados en la Constitución es decir, los principios sobre los que se estructura un sistema jurídico, éste es el punto de partida, luego, vienen las consideraciones de política legislativa que puedan canalizar la práctica de estas técnicas de generación de vida humana.

Colombia se encuentra entre los países que no tienen una regulación específica sobre la maternidad subrogada y sin embargo, su práctica es una realidad. Así, el marco constitucional en el que se debe ubicar esta práctica parte de la cláusula general del estado social de derecho así como el respeto de la dignidad humana<sup>27</sup> que constituyen los principios rectores sobre los cuales debe conducirse una regulación sobre la maternidad subrogada, hoy inexistente en Colombia.

En esta línea, el legislador constituyente ha consagrado el principio familiar, y califica a la familia como el núcleo esencial de la sociedad y al mismo tiempo, el derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, así como reconoce la igualdad de derechos para los hijos nacidos mediante asistencia científica, con esta última precisión, se puede afirmar la legitimidad de las prácticas de la maternidad subrogada<sup>28</sup>.

En el plano del derecho de familia, una de las cuestiones que despiertan mayor atención cuando se está ante una práctica de maternidad subrogada es la determinación de la filiación. En efecto, se trata de la intervención de una mujer que es la gestante y dos padres comitentes que confían a la técnica de la procreación artificial la generación del embrión y su posterior implante en el útero de la madre subrogada. De acuerdo con la posición tradicional de la Corte Constitucional, la filiación es la relación que se genera entre procreante y procreado, entre adoptante y adoptado<sup>29</sup>. Sin duda, la sentencia no se colocó en la situación que da lugar la maternidad subrogada. En este caso, la mujer que aporta el material genético debe recurrir a la instancia ju-

---

26. SOUTO (2005) p. 277.

27. Constitución Política de Colombia, de 1991.

28. Constitución Política de Colombia, de 1991.

29. *Esnith Maria Gonzalez contra el Tribunal Superior de Valledupar* (1999).

dicial para impugnar la maternidad de la madre subrogada con la prueba de ADN<sup>30</sup>, toda vez que, de acuerdo a la legislación vigente, madre es la que alumbró, es un hecho natural y se prueba por cualquier medio<sup>31</sup> y el hecho del nacimiento se prueba con el certificado del médico o enfermera que hayan asistido a la madre en el parto o con la declaración de dos testigos<sup>32</sup>.

Desde esta perspectiva normativa, al no existir una regulación sobre la maternidad subrogada, madre es la que alumbró y aplicándose el principio normativo a la práctica de la maternidad subrogada, se tendría como madre del niño nacido con asistencia científica a la mujer gestante. Se trata de normas de orden público y de consecuencia, al estado actual, no obstante los intentos normativos que se orientan más bien por la prohibición de la maternidad subrogada, madre es la gestante y no se puede reconocer valor jurídico al acuerdo de renuncia de la maternidad para asignar tal calidad a la mujer aportante del material genético o comitente en la práctica de la maternidad subrogada.

Sin embargo, ante las prácticas de maternidad subrogada que tienen lugar en Colombia, la solución legal para acceder a la maternidad la madre aportante del material genético o la comitente en esta práctica aún cuando no aportó dicho material es indefectiblemente la figura de la adopción, en modo de legalizar la filiación de la pareja contratante, figura ésta que abre serias dificultades de aplicación en cuanto en la maternidad subrogada la renuncia a la maternidad estaría dada por la mujer gestante antes de la gestación y esta posibilidad lidia con el orden público en Colombia.

Por su parte, se encuentra en la jurisprudencia el pronunciamiento sobre un caso de maternidad subrogada. Ante la ausencia de legislación, la Corte trajo a colación los conceptos sobre esta práctica en el caso concreto donde hizo énfasis en el interés superior del menor. La Corte destacó que esta práctica es un mecanismo positivo para resolver problemas de infertilidad de las parejas y manifestó la necesidad urgente de regular la materia para evitar la actividad lucrativa mediante el acuerdo de las partes involucradas en estas prácticas y los conflictos derivados<sup>33</sup>. En esta línea, la sentencia señaló unas directivas para el legislador, pero al momento actual, la regulación es ausente.

---

30. LOPEZ y AMADO (2014) p. 101. ADN es la prueba vigente en Colombia para la prueba de la filiación, según Ley N° 71 de 2001 y la Ley 1060 de 2006 (citar correctamente e incorporar a las referencias). Sin embargo, no se contempló la práctica de la maternidad subrogada.

31. GOMEZ (1992).

32. Decreto 1260, de 1970.

33. *Sarai, contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali* (2009).

No obstante lo que se ha podido colegir del propio ordenamiento colombiano en cuanto a la filiación y la maternidad subrogada, sorprende el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia<sup>34</sup>, recaído en un caso en que se discute la filiación derivada de técnicas de procreación artificial, donde se declara que la filiación no parte del nexo biológico sino del consentimiento que los padres expresan para tener a sus hijos por el medio de asistencia científica. De esta manera, la Corte Suprema ha reconocido un poder de filiación a la voluntad de los padres intervinientes en estas técnicas de procreación, y aunque el caso no respecta concretamente a la maternidad subrogada, es de tener en cuenta la posición que asume este pronunciamiento judicial sobre el vínculo biológico y la procreación artificial.

#### **4. Aproximación a los derechos de las niñas y niños que nacen por maternidad subrogada**

Otro de los sujetos cuyos derechos deben considerarse en la regulación de la maternidad subrogada, es el niño o la niña que nace de este procedimiento. A este debemos considerarlo en dos momentos: el primero, como concebido no nacido *-nasciturus-*, y una vez nace, pues la legislación civil colombiana acoge la teoría de la vitalidad del ser humano<sup>35</sup> (que el ser humano nazca y separado de su madre viva un momento siquiera), para reconocerle personalidad jurídica, y no la de la viabilidad (que tenga la posibilidad de vivir fuera del vientre de la madre), para el mismo fin. A continuación, desarrollaremos cada uno de estos aspectos.

##### **4.1 Protección jurídica al *nasciturus* en Colombia**

La existencia biológica de los seres humanos comienza con la concepción<sup>36</sup>, y en el sistema jurídico colombiano la personalidad jurídica se les reconoce a los nacidos vivos. Ello no significa que se desconozca la necesidad de proteger la vida en todas las etapas del desarrollo, aunque con diferentes intensidades, como lo ha reconocido tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>37</sup>, como la de la Corte Constitucional colombiana<sup>38</sup>. Esta protección, desde el derecho civil y

---

34. *Margarita Ríos, en representación de los menores Felipe y Juanita Ríos Rincón, contra Juliana Rincón* (2024).

35. Código Civil, de 1887. Ver artículo 90.

36. VALENCIA y ORTIZ (2020) p. 473.

37. *Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación in Vitro") vs. Costa Rica* (2012).

38. Corte Constitucional. *Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 122, 123 (parcial), 124, modificados por el artículo 14 de la Ley 890, de 2004, y 32, numeral 7, de la Ley 599, de 2000; Código Penal, de 2006; y Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122 de la Ley 599, de 2000.*

de familia se materializa en la anticipación de la personalidad, reconocida de forma expresa en países como Perú<sup>39</sup>, pero que también tiene expresiones legislativas en Colombia de la siguiente forma:

a) *En materia sucesoral*, pues el hijo simplemente concebido y no nacido, cuyo padre fallece antes de que se ocurra el nacimiento, recibirá los derechos que sobre la herencia le correspondan, bajo la condición de que cuando nazca, lo haga con vida<sup>40</sup>.

b) *Derecho de alimentos*, porque deben proporcionarse a la gestante lo que corresponda a los gastos del embarazo y el parto<sup>41</sup>.

c) *Capacidad para ser parte en el proceso*, porque algunos sujetos, aunque carezcan de personalidad jurídica, puedan concurrir al proceso para la defensa de sus derechos<sup>42</sup> como es el caso del concebido, quien lo hará a través de quienes ejercerían su representación si ya hubiere nacido<sup>43</sup>.

d) En punto de los tres derechos antes enunciados, surge la inquietud de la forma en la cual se materializan en el caso de que el *nasciturus* tenga tal condición en desarrollo de la maternidad subrogada. Así, en primer lugar se plantea la cuestión de la protección de sus derechos sucesorales en caso de que fallezca el padre mientras ocurre la gestación. Así, si el concebido lo es con material genético de una de las personas “comitentes<sup>44</sup>” de la maternidad subrogada, ¿puede el *nasciturus* reclamar derechos sucesorales cuando nazca? ¿pueden otros asignatarios del fallecido impedir que este *nasciturus*, concebido por maternidad subrogada, tenga derechos sobre la herencia del comitente-causante? Y si ante la imposibilidad médica de la parte comitente fallecida, esta hubiera aportado material genético diferente al suyo para la concepción de este *nasciturus*, ¿puede este concebido aún no nacido reclamar derechos sobre la herencia de su padre comitente fallecido?

En este momento, la legislación colombiana no tiene respuestas a estos interrogantes, por lo que las mismas han de construirse con base en la actual, lo que implicaría en nuestro criterio, realizar una interpretación extensiva de las normas sucesorales para que dentro de la categoría “descendientes”<sup>45</sup> se incluya también a todos a aquellos concebidos por maternidad subrogada bien sea con material genético del comitente-causante; o ante la imposibilidad médica de aportarlo, con el material genético de otra persona, cuyo aporte ha sido consentido por el comitente-causante. Si

---

39. Código Civil Peruano, de 1984. Ver el artículo 1° indica que “*La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.*”

40. Código Civil de 1887. Ver artículo 93.

41. Código de La Infancia y La Adolescencia, de 2006. Ver artículo 24.

42. Ley 1564, de 2012. Ver artículo 54.

43. GUIO (2014) p. 28.

44. Proyecto de Ley estatutaria 345-2023C, de 2023. Ver artículo 3° núm. 3°.

45. Ley 1934, de 2018. Ver artículo 1°.

bien esta puede ser una solución, debemos tener en cuenta que aunque para la protección de la persona la Corte Constitucional ha sido garante del libre desarrollo de la personalidad y ha promovido interpretaciones de la ley conforme con este principio<sup>46</sup> como en el cambio de nombre y del componente sexo en el registro civil de personas menores de edad, la inclusión del componente no binario en este mismo documento<sup>47</sup>, y en otros ámbitos de aplicación de la autonomía progresiva de la niñez<sup>48</sup>. En materia sucesoral ha sido un poco más conservadora, señalando que tales interpretaciones corresponden a una libertad de configuración legislativa<sup>49</sup>, como ocurrió en 2019 cuando la Corte se declaró inhibida para determinar la constitucionalidad de la norma que señala a los descendientes como titulares del derecho de herencia en el primer orden sucesoral, porque consideró que el asunto, y hasta ese momento, no había familia de crianza de la cual derivar filiación, argumento que puede repetirse en el escenario del que aquí nos ocupamos.

En cuanto la aplicación del segundo de los derechos enunciados esto es, el de alimentos para el concebido no nacido, resulta problemático de acuerdo con el planteamiento que hubo en el fallido proyecto de ley<sup>50</sup>. En este no se le reconoció a la mujer que lleva a cabo el embarazo y da a luz al bebé, la condición de madre, y ni siquiera se le denominó mujer, sino “persona gestante”<sup>51</sup>. Así, al excluirle la condición de madre, pese a que las normas del Código Civil consideran como tal a la mujer que da a luz<sup>52</sup>, resultaba inaplicable el derecho de alimentos contemplado en el Código de la Infancia y la Adolescencia<sup>53</sup> para los *nasciturus* que se gestaran por maternidad subrogada. Esto es una abierta discriminación por razones de origen, proscrita por la Constitución Política<sup>54</sup>, y por diferentes instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño<sup>55</sup> y la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José”<sup>56</sup>.

---

46. *Clara y Jorge, en representación de su hijo Manuel contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Notaría Octava del Círculo de Bogotá* (2017), de *Claudia Soraya, en representación de su hija menor de edad, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro* (2017), y de *Paloma en representación de su hijo menor de edad Joaquín en contra de la Notaría de Ciudad Violeta* (2019).

47. *Dani García Pulgarín contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Notaría Novena de Medellín* (2022).

48. GUIO (2022) pp. 625-630.

49. Así ocurrió en la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1045 del Código Civil, de 2019.

50. Proyecto de Ley Estatutaria 345-2023C, de 2023.

51. Proyecto de Ley Estatutaria 345-2023C, de 2023. Ver artículo 3º, núm. 4º.

52. Ley 1060, de 2006.

53. Ley 1098, de 2006. art. 24.

54. Constitución Política de Colombia, de 1991. Ver artículo 13.

55. Ley 12, de 1991.

56. Ley 16, de 1972.

Finalmente, sobre el tercero de los derechos enunciados, esto es, la capacidad para ser parte en el proceso, hay serias dificultades de aplicación en el caso de los *nasciturus* gestados por maternidad subrogada, puesto que las disposiciones que lo regulan en el Código General del Proceso<sup>57</sup> parten de la base de que este (el concebido no nacido), tiene definidos quienes son sus padres o las personas que, si naciera con vida, serían los encargados de representarlos legalmente. Ello no resulta aplicable en el escenario de los *nasciturus* que se gestan por maternidad subrogada, pues de acuerdo con lo que señalaba en mencionado Proyecto de Ley<sup>58</sup> la filiación sólo se establece entre el nacido vivo y el comitente<sup>59</sup>, y no ocurre entre la mal denominada persona gestante y el nacido vivo<sup>60</sup>; es decir, no hay definición, y ni siquiera, presunción de paternidad y/o de maternidad antes de que ocurra el nacimiento con vida de quien fue gestado por maternidad subrogada, con lo cual, la capacidad para ser parte en el proceso aplicaría para todos los *nasciturus*, excepto para aquellos que sean gestados por maternidad subrogada. De nuevo aquí aparece la discriminación por razones de origen, proscrita tanto por la Constitución Política, como por los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia.

## **4.2 Derechos de las niñas y los niños nacidos por maternidad subrogada en Colombia**

Una vez todo niño o niña nace, el sistema jurídico colombiano le reconoce personalidad jurídica<sup>61</sup> y es tratado como un sujeto pleno de derechos<sup>62</sup>, que goza no sólo de todos los derechos subjetivos de los que son titulares todas las personas, sino de unos especiales establecidos específicamente para garantizarle unas condiciones óptimas de vida, supervivencia y desarrollo<sup>63</sup>, los cuales pueden agruparse para su estudio en cuatro categorías, que a su vez, son utilizadas por el Comité de los Derechos del Niño para proferir las Observaciones Generales, que son también parámetros usados por la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad.

Estas categorías que agrupan los derechos especiales de la niñez y la adolescencia, son:

---

57. Ley 1564, de 2012.

58. Proyecto de Ley Estatutaria 345-2023C, de 2023.

59. Proyecto de Ley Estatutaria 345-2023C, de 2023. Ver artículo 18.

60. Proyecto de Ley Estatutaria 345-2023C, de 2023. Ver artículo 19.

61. Constitución Política de Colombia, de 1991. Ver artículo 14.

62. Ley 1068, de 2006. Ver artículos 1º, 2º y 3º.

63. GUÍO (2020) p. 243.



a) *No discriminación*<sup>64</sup>, que se traduce en la obligación estatal de identificar “activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales. (...) Hay que poner de relieve que la aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico”<sup>65</sup>. Esto significa que es mandatorio tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que conllevan a la discriminación, tales como: las situaciones de violencia<sup>66</sup> y conflictos armados nacionales e internacionales<sup>67</sup>, las que conllevan a la niñez a habitar en la calle<sup>68</sup>, las que generan discriminaciones por razones del género como el matrimonio infantil<sup>69</sup>, las amenazas que pueden surgir de las relaciones de las niñas y los niños con la vida digital<sup>70</sup>, y las que devienen del deterioro del medio ambiente<sup>71</sup>. Dentro de estos grupos de niñas y niños que pueden ver afectados sus derechos de forma diferenciada frente a otros grupos, como los mencionados, están los nacidos por maternidad subrogada.

b) *Vida, supervivencia y desarrollo*<sup>72</sup>, que significa que todas las niñas, los niños y los adolescentes deben ser beneficiarios de las medidas económicas y sociales que les permitan sobrevivir, llegar a la edad adulta y desarrollarse en el sentido más amplio del término; y aunque al principio se reconoció este derecho como una aspiración, más no de realización expresa<sup>73</sup>, en la actualidad el Comité de los Derechos del Niño sí lo considera no sólo un derecho de inmediata realización, sino un gravamen que

---

64. Ley 12, de 1991. Ver artículo 2.2.

65. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 5. *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (2003).

66. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 13. *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia* (2011).

67. Comité de los Derechos del Niño, Observación General 8. *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes* (2006).

68. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 21. *Sobre los niños en situación de calle* (2017).

69. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer - Comité de los Derechos del Niño. *Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta* (2014).

70. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 25. *Relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital* (2021).

71. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 26. *Relativa a los derechos del niño y el medio ambiente, con particular atención al cambio climático* (2023).

72. Ley 12, de 1991. Ver artículo 6.

73. En este sentido está la crítica de BUSTELO (2023) pp. 67 y 75.

toda la sociedad asume en función de las generaciones futuras<sup>74</sup>. La garantía de vida, supervivencia y desarrollo comporta tres tipos de elementos, a saber: *i*) el derecho intrínseco, principal y condición *sine qua non* de los otros, que es la vida; *ii*) la supervivencia, que comprende no sólo el derecho al más alto nivel de salud, sino además, la atención médica de todas las situaciones que se le presenten durante el ciclo vital; y *iii*) el desarrollo, que comporta la educación (formal o informal), y el desarrollo comprendido de forma holística (físico, mental, espiritual, moral y social).

c) *Interés superior del niño*<sup>75</sup>, que es un concepto indeterminado con dos dimensiones: *i*) la positiva, que se traduce en un imperativo de satisfacción de los derechos de todas las niñas, los niños y los adolescentes; y *ii*) la negativa, que es un límite a los poderes de la familia y del Estado con respecto a los derechos de la niñez y la adolescencia. Se lo considera además, con la triple condición de principio, norma de aplicación sustantiva y norma de carácter procesal, que goza además de un procedimiento para materializarlo que consta de dos fases: *i*) *evaluación*, en donde se deben identificar las condiciones intrínsecas del niño (edad, desarrollo, identidad, entorno familiar y social, condiciones particulares de vulnerabilidad -discapacidad, género, salud, habitante de calle, víctima de violencias, maltratos, integrante de grupos minoritarios y/o históricamente invisibilizados y silenciados-, y características de la educación que está recibiendo; y *ii*) *determinación*, que comprende una serie de garantías que en la práctica se traducen en un debido proceso con enfoque de niñez y adolescencia, entre las cuales están: derecho del niño a expresar su opinión; determinación de los hechos; percepción del tiempo y derecho a la pronta resolución del asunto; revisión periódica de la decisión; existencia de profesionales cualificados de diferentes disciplinas; representación letrada del niño o niña; argumentación jurídica de las decisiones (motivadas, justificadas y explicadas); existencia, conocimiento y acceso a los mecanismos que permitan revisar las decisiones que recaen sobre la niñez; y la evaluación del impacto *ex ante* y *ex post* de esas decisiones sobre los destinatarios concretos de las mismas.

d) *Respeto por las opiniones del niño*<sup>76</sup>. Comporta, además, los siguientes derechos, contemplados en la Convención de los Derechos del Niño: *i*) Derecho a expresar su opinión libremente y a que esta sea tenida en cuenta<sup>77</sup>; *ii*) Libertad de expresión<sup>78</sup>; *iii*) Libertad de pensamiento, conciencia y religión<sup>79</sup>; *iv*) Libertad de asociación<sup>80</sup>; y

---

74. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 26. *Relativa a los derechos del niño y el medio ambiente, con particular atención al cambio climático* (2023).

75. Ley 12, de 1991. Ver artículo 31.

76. Ley 12, de 1991. Ver artículo 12.

77. Ley 12, de 1991. Ver artículo 12.

78. Ley 12, de 1991. Ver artículo 13.

79. Ley 12, de 1991. Ver artículo 14.

80. Ley 12, de 1991. Ver artículo 15.

v) Acceso a una información adecuada<sup>81</sup>. Este derecho tiene una triple connotación, pues le corresponde a todos los niños sin consideración a su edad, además se entiende como un proceso y no como un acontecimiento singular y aislado; e implica una participación activa de las niñas y los niños en todas las decisiones que les afectan, de manera directa e indirecta.

En el caso de las niñas y niños nacidos de la maternidad subrogada, estas garantías tienen varias dificultades en su aplicación, pues el hecho de que sea denominado no como niña o niño, sino como producto de la maternidad, le cosifica y le niega la condición intrínseca de dignidad y de reconocimiento como sujeto de derechos; lo mismo sucede en todos los momentos en los que no es designado como niña o niño, sino como “nacido vivo”, negando el importante carácter que confiere el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano. Así, se genera una discriminación por razón de su origen que resulta inadmisibles en el ordenamiento jurídico colombiano.

De otro lado, la garantía de su vida, supervivencia y desarrollo está sometida en todo caso a su nacimiento con vida y al reconocimiento que de su humanidad realicen la o las personas que están en la posición jurídica de “comitentes”, quienes se convertirían en su familia sólo a partir del nacimiento y dada la condición de no filiación entre la “persona gestante” y el “producto”, que en este caso sería el niño. Así, se están denegando, por vía de esta ruptura de derechos, varios de los elementos básicos para su vida, supervivencia y desarrollo, porque se escinde en derecho lo que de forma natural y social no es escindible: la experiencia intrauterina de vida, de la forma de vida que llevará la niña o el niño una vez haya nacido con vida.

Adicionalmente, el conjunto de elementos para la determinación y garantía del interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes no se cumplen, ya que aspectos como preservar el entorno familiar del niño o niña nacido por maternidad subrogada se vulneran directamente, pues una vez nace es separado de la mujer que lo gestó; y la falta de regulación en alguno de los sentidos posible impide la realización de las garantías que configuran un debido proceso con enfoque de niñez, tales como la existencia de mecanismos que permitan revisar su situación familiar en tanto niño o niña nacido por gestación subrogada; y la revisión periódica de las condiciones en las que vive con sus padres por subrogación, por mencionar sólo algunos de los aspectos.

Finalmente, esto conlleva además a la vulneración de la garantía referida al respeto por las opiniones de la niñez, pues estas no se dan sólo en el clásico lenguaje verbal, sino en otra serie de expresiones y manifestaciones del sentir, que son igualmente válidas dentro del proceso de reconocerse como un sujeto activo titular de derechos. de esta forma, el tratamiento jurídico de los derechos de las niñas y niños nacidos por maternidad subrogada en Colombia debe tener además un componente psicosocial,

---

81. Ley 12, de 1991. Ver artículo 17.

que de forma integral y holística valore la incidencia del entorno pre y post natal en el crecimiento y desarrollo de cada niño o niña que ha sido gestado por maternidad subrogada.

## Conclusiones

Dada la realidad social de la realización de la maternidad subrogada en Colombia, es un imperativo regularla, teniendo en cuenta no sólo los derechos de las parejas y/o personas que acuden a esta técnica de reproducción humana asistida, sino también el contexto en el que lo hacen, que muchas veces no es el de la infertilidad, sino que se enmarca mucho más en el imperativo constitucional de la voluntad responsable de conformar una familia<sup>82</sup>.

Ahora bien, una regulación integral de la maternidad subrogada debe basarse no sólo en esta voluntad responsable de conformar una familia, sino que también debe considerar los derechos de otras partes involucradas en este negocio jurídico. De esta suerte, dicha regulación debe además materializar el respeto de la dignidad humana<sup>83</sup>, la igualdad real y efectiva así como la adopción de medidas en favor de sujetos históricamente invisibilizados y marginados<sup>84</sup>, y realizarse de tal manera que prácticas discriminatorias por razones del origen, no puedan generar la inaplicación de la protección que el sistema jurídico colombiano dispensa -en materia civil y de familia-, al *nasciturus*.

Adicionalmente, la regulación de la maternidad subrogada debe considerar que niñas y niños nacidos y discriminados, que es la situación de las mujeres madres gestantes y las niñas y niños nacidos del procedimiento de maternidad subrogada; y tener en cuenta, además, la cláusula constitucional de prevalencia de los derechos de la niñez<sup>85</sup>.

La identificación de dos perspectivas o modelos que se ha podido realizar a través de una revisión en la experiencia comparada, con relación a la maternidad subrogada, ha permitido evidenciar que estas prácticas pueden desarrollarse en contextos normativos que destacan de una parte, la autodeterminación de la mujer y en este sentido se facilita la toma de decisiones privadas sobre la generación de vida humana y el vínculo de filiación y de otra parte, aquellos que colocan por sobre el interés individual la dignidad humana de los sujetos más vulnerables que participan en los acuerdos de procreación asistida, la mujer gestante y el menor nacido de estas prácticas. Este panorama aporta claridad en cuanto a las consecuencias y explicación de estas para lo

---

82. Constitución Política de Colombia, de 1991. Ver artículo 1.

83. Constitución Política de Colombia, de 1991. Ver artículo 1.

84. Constitución Política de Colombia, de 1991. Ver artículo 13.

85. Constitución Política de Colombia, de 1991. Ver artículo 44.

que pueda ser la opción del legislador colombiano respecto a una regulación sobre la materia, la cual, por las condiciones materiales del país, debe orientarse hacia la prohibición, pero sin perjuicio de dotar de herramientas jurídicas a las madres-mujeres gestantes que por fuerza o dolo accedieron a realizar en sus cuerpos la maternidad subrogada, y a las niñas y niños nacidos como fruto de esta práctica y que, como hemos visto, pueden tener seriamente afectadas la garantía de sus derechos.

### **Sobre las autoras**

Rosa Elizabeth Guío Mayorga es Abogada por la Universidad Nacional de Colombia. Candidata a Doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Docente e investigadora en la Universidad Católica de Colombia y en la Universidad Nacional de Colombia.

Olenka Woolcott Oyague es Abogada por la Universidad de Lima. Doctora en Derecho de los Contratos y Obligaciones por la Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa. Docente e investigadora en la Universidad Católica de Colombia y en la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

### **Referencias bibliográficas**

- ASUNTOS LEGALES (2023): “*En Colombia el valor de la subrogación uterina oscila entre \$17 a \$19 millones en 2023*”. Disponible en <<https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/en-colombia-el-valor-de-la-subrogacion-uterina-oscila-entre-17-a-19-millones-en-2023-3648153>>. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2024].
- BUSTELO, Eduardo (2023): *El recreo de la infancia argumentos para otro comienzo* (Argentina, Universidad Nacional de Lanús).
- BUSNELLI, Francesco (2003): *Bioética y derecho privado. Fragmentos de un diccionario* (Lima, Grijley).
- BUSNELLI, Francesco (2005): ¿Se nace por contrato? (Traducción de Woolcott, Olenka). En *Revista de Derecho Privado*, N° 5, junio de 2005, pp. 31-44.
- BUSNELLI, Francesco (1991): “Diritti umani e civiltà giuridica. Riflessioni di un civilista”. En *Rassegna di diritto civile*, p. 243-254.
- BUSNELLI, Francesco (1998): “Quali regole per la procreazione assistita?”. En MAZZONI, Cosimo (1988). *Una norma giuridica per la bioetica* (Bologna: Il Mulino) pp. 100-115.
- CAVALIERE, Giulia (2019): “The problem with reproductive freedom. Procreation beyond procreators’ interests”. En *Medicine, Health care and Philosophy*, N°. 23, pp. 131-140.

- CNN Español (2022): “*Khloé Kardashian presenta a su bebé, que se gestó en un vientre de alquiler, y revela detalles del nacimiento y la infidelidad de Tristan Thompson*”. Disponible en <<https://cnnespanol.cnn.com/2022/09/22/khloe-kardashian-bebe-vientre-alquiler-tristan-thompson-trax/>>. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2024].
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2003): *Observación General 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2006): *Observación General 8. El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes* (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros).
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2011): *Observación General 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER - COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2014): *Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta*.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2017): *Observación General 21. Sobre los niños en situación de calle*.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2021): *Observación General 25. Relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital*.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2023): *Observación General 26. Relativa a los derechos del niño y el medio ambiente, con particular atención al cambio climático*.
- ENGHELARDT, Hugo Tristram (1995): *Manual de Bioética* (Barcelona, Paidós Ibérica).
- GIUNCHEDI, Diletta (2019): Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità. En *Corriere Giuridico* N° 10, pp. 1198-1225.
- GLENDOM, Mary Ann (1987): *Abortion and Divorce in Western Law. American Failures, European Challenges* (Massachusetts: Harvard University Press).
- GOODWIN, Michele (2010): *Baby Markets: Money and the New Politics of Creating Families* (Cambridge, Cambridge University).
- GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán (1992): *Derecho de Familia*. (Bogotá: Temis).
- GUIO, Rosa (2014): “Capacidad para ser parte en el proceso en el Código General del Proceso” En HERRERA, Fredy y SAZA, John (eds.), *Estudios sobre el Código General del Proceso* (Bogotá, Universidad Nacional de Colombia), pp. 25-32.
- GUÍO, Rosa (2020): “El interés superior del niño”. En CARDOZO, Clara (ed.), *Principios generales del derecho privado* (Bogotá, Tirant Lo Blanch y Universidad Católica de Colombia), pp. 235-286.



- GUIO, Rosa (2022): “El derecho de los niños, niñas y adolescentes 30 años después de la Constitución de 1991: avances y perspectivas”, En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No. 16 bis, pp. 608-635. Disponible en: <<https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/06/26.-Rosa-Elizabeth-Guio-pp.-608-635.pdf>>. [Fecha de consulta: 8 de mayo de 2024].
- KLITZMAN, Robert (2016): “Buying and selling human eggs: infertility providers’ ethical and other concerns regarding egg donor agencies”. En *BMC Medical Ethics*, N°. 17:71, pp. 1-10.
- KOMMERS, Donald (1985): “Liberty and Community in Constitutional Law: The Abortion Cases in Comparative Perspective”. En *Brigham Young University Law Review*, N° 3, pp. 371-410.
- LÓPEZ DE ARMAS, Karen y AMADO AMADO, Catalina (2014): “Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada”. En *Revista de Derecho Privado*, N°. 52, julio-diciembre, pp. 1-18.
- OPPO, Giorgio (2005): “Procreazione assistita e sorte del nascituro”. En *Rivista di diritto civile*, N° 2, 1, pp. 99-120.
- RECKZIEGEL, Janaína y LISSANI DE DEUS, Cássia (2024): Maternidad subrogada: Ordenamiento jurídico brasileño y Derecho Comparado frente al apoyo financiero a las mujeres embarazadas. En *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 15, N° 1, pp. 1-31.
- SHALEV, Carmel (1989): *Birth Power. The Case for Surrogacy* (New Haven and London, Yale University Press).
- SOUTO GALVÁN, Beatriz. (2005): “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”. En *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Foro, Nueva época*, N° 1, pp. 275-292.
- SHUCK, P H (1988): “Some Reflections on the Baby M. Case”. En *Georgetown Law Journal*, N° 76 (5), Junio de 1988, pp. 1793-1810.
- VALENCIA, Arturo y ORTIZ, Álvaro (2020): *Derecho civil* (Bogotá, Editorial Temis, Tomo I).

## Legislación

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (20 de julio de 1991). El Pueblo de Colombia. GACETA CONSTITUCIONAL (N. 114) <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>.
- Código Civil peruano. Decreto Legislativo No. 295 del 24 de julio de 1984.
- CONSTITUCIÓN DE ALEMANIA (1949). Ley Fundamental para la República Federal Alemana de 23 de mayo de 1949. Disponible en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.



- DECLARACION DE INDEPENDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS (04 de julio de 1776). National Archives. <https://www.ushistory.org/declaration/document/index.html>.
- DECRETO 1260 DE 1970 (27 de julio de 1970). Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las Personas. El Presidente de la República. DIARIO OFICIAL. AÑO CVII (N. 33118) <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1254136>.
- LEY 84 DE 1873 (26 de mayo de 1873). *Código Civil de la Unión*. El Congreso de los Estados Unidos de Colombia. DIARIO OFICIAL. AÑO IX. (N. 2867) <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1827111>.
- LEY 16 DE 1972 (30 de diciembre de 1972). *Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969*. El Congreso de Colombia. DIARIO OFICIAL AÑO CIX (N. 33780) <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1572401>.
- LEY 12 DE 1991 (22 de enero de 1991). *Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989*. El Congreso de Colombia. DIARIO OFICIAL AÑO CXXVII (N. 39640) <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1568638>.
- LEY 1060 DE 2006 (26 de julio de 2006). *Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad*. El Congreso de Colombia. DIARIO OFICIAL. AÑO CXLII (N. 46341) <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1673189>.
- LEY 1098 DE 2006 (8 de mayo de 2006). *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. El Congreso de Colombia*. DIARIO OFICIAL. AÑO CXLII (N. 46446) <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1673639>.
- LEY 1564 DE 2012 (1° de julio de 2012). *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. El Congreso de Colombia. DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVIII (N. 48489) <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1683572>.
- LEY 1934 DE 2018 (2 de agosto de 2018). *Por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil*. El Congreso de Colombia. DIARIO OFICIAL. AÑO CLIV (N. 50673) <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30035575>.
- PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA 345-2023C (24 de febrero de 2023). *Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia*. Comisión Primera Constitucional Permanente. GACETA DEL CONGRESO. AÑO XXXII (N. 93) <https://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/>.

LEY N° 94/653, 29 de julio de 1994. *Relativa al respeto del cuerpo humano*. Asamblea Nacional. Francia. Disponible en <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/492950>.

LEY 40 de 2004. *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*. publicada en la Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 de febrero de 2004. Italia. Disponible en <https://www.parlamento.it/parlam/leggi/04040l.htm>.

RESOLUCION LEGISLATIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO de 23 de abril de 2024 para modificar la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0310\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0310_ES.html).

## Jurisprudencia citada

### a) Tribunales nacionales

Corte Constitucional. Sentencia de *Esnith Maria Gonzalez contra el Tribunal Superior de Valledupar, Sala de Familia* (1999).

Corte Constitucional. Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000 Código Penal (2006).

Corte Constitucional. Sentencia de tutela de *Sarai, contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali* (2009).

Corte Constitucional. Sentencia de *Clara y Jorge, en representación de su hijo Manuel contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Notaría Octava del Círculo de Bogotá* (2017).

Corte Constitucional. Sentencia de *Claudia Soraya, en representación de su hija menor de edad, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro* (2017).

Corte Constitucional. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1045 del Código Civil* (2019).

Corte Constitucional. *Sentencia de Paloma en representación de su hijo menor de edad Joaquín en contra de la Notaría de Ciudad Violeta* (2019).

Corte Constitucional. *Sentencia de Dani García Pulgarín contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Notaría Novena de Medellín* (2022).

Corte Constitucional. *Sentencia de tutela de Mauricio en nombre propio y en representación de su hija Amalia en contra de Sanitas EPS* (2022).

Corte Constitucional. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122 de la Ley 599 del 2000* (2022).

Corte Constitucional. *Sentencia de MRZ en representación de su hija EZ contra el Ministerio de Relaciones Exteriores - Consulado de Colombia en Orlando, Florida, Estados Unidos* (2024).

Corte Suprema de Justicia. Caso de *Margarita Ríos, en representación de los menores Felipe y Juanita Ríos Rincón, contra Juliana Rincón* (2024).

**b) Tribunales internacionales**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica* (2012).