

**La gestación subrogada en Colombia: análisis crítico desde la dignidad humana
y el derecho contractual**

Camila Andrea Puentes Castro

Monografía presentada para optar al título de profesional de Abogada

Asesora

Tatiana López López

UNIVERSIDAD EAFIT

Escuela de Derecho

Pregrado en Derecho

2026

Tabla de contenido

Resumen	3
Introducción.....	7
1.1 Contexto y justificación	7
1.2 Objetivos	10
1.2.1 <i>Objetivo General</i>	10
1.2.2 <i>Objetivos Específicos</i>	10
Capítulo 1. Alquiler de vientres en Colombia: antecedentes y marco normativo actual	11
2.1 Análisis jurisprudencial de la Sentencia T-968 de 2009	11
<i>Resumen del caso</i>	11
<i>Disputa judicial y argumentos de las partes</i>	12
<i>Problemas jurídicos</i>	13
<i>Análisis jurídico</i>	19
2.2 Desarrollo de la línea jurisprudencial sobre la gestación subrogada en Colombia	21
Capítulo 2. Los desafíos jurídicos y éticos en la gestación subrogada en el contexto colombiano	34
3.1 Ética y gestación subrogada	34
3.2 ¿Qué derechos jurídicos /constitucionales se pueden vulnerar en la gestación subrogada?	46
<i>Vulneración del recién nacido: de sujeto de derechos a objeto mercantil</i>	48
<i>Vulneración a la gestante</i>	56
<i>Vulneración a los sujetos contratantes: los comitentes</i>	65
Capítulo 3. El contrato de gestación subrogada en Colombia	68
4.1 Regulación de los contratos atípicos en Colombia y las cláusulas esenciales	71
4.2 Consentimiento de las partes y licitud de la gestación subrogada en los contratos	85
4.3 Cláusulas especiales de la gestación subrogada a fin de la protección de los derechos de todas las partes involucradas	98
<i>Cláusulas especiales a fin de protección de los derechos del menor</i>	98
<i>Cláusulas de protección integral a la mujer gestante</i>	104
<i>Cláusulas de protección y responsabilidades de los comitentes</i>	109
Conclusiones	113
Referencias.....	117

Resumen

Esta monografía analiza la gestación subrogada desde sus diferentes perspectivas y problemáticas con relación a la dignidad humana en un contexto jurídico y ético en el marco del derecho contractual. La dignidad humana es un principio fundamental consagrado en la Constitución colombiana que exige el respeto a los derechos fundamentales de todos los sujetos involucrados en el proceso de gestación subrogada, en donde se incluyen la mujer gestante, los progenitores intencionales y el/los *nasciturus*.

El objetivo principal de esta investigación es analizar las diferentes perspectivas que hay en Colombia sobre la gestación subrogada, incluyendo también cómo la dignidad humana y la autonomía de la voluntad están implicados en este proceso y el cómo la falta de regulación puede vulnerar los derechos de las partes y, sobre todo, los derechos de la madre gestante y el niño por nacer. Esta investigación argumenta que la protección de la dignidad humana implica garantizar que la gestación subrogada se realice de manera ética, evitando la explotación y asegurando la protección de los derechos de todas las partes.

Desde la parte jurídica existen vacíos, ya que no está regulado en Colombia y en otros países. En esa medida, se toma como base la Sentencia T-968 de 2009, donde la Corte Constitucional define por primera vez en Colombia la gestación subrogada. Sin embargo, la jurisprudencia se queda corta en proteger la autonomía y dignidad de la mujer gestante, lo que conlleva a su análisis desde una perspectiva contractual.

A su vez, desde una perspectiva jurídico-bioética, la dignidad humana se concibe como un principio fundamental que exige el respeto a la autonomía, la integridad y los derechos inherentes de cada persona, especialmente en contextos donde intervienen decisiones reproductivas. Esta concepción orienta la interpretación y aplicación de las normas, garantizando que el marco jurídico se ajuste a los valores de igualdad, justicia y protección de los derechos fundamentales.

El presente escrito sostiene que la falta de regulación de la gestación subrogada en Colombia podría vulnerar la protección de los derechos del niño que está por nacer, en términos de determinación de la filiación y protección de los derechos del *nasciturus* a través de la gestación subrogada. Por lo tanto, es fundamental garantizar la protección de los derechos del niño concebido a través de este proceso, así como considerar la autonomía y la dignidad de la mujer gestante, evitando cualquier forma de explotación.

PALABRAS CLAVE

Gestación subrogada, dignidad humana, derecho contractual, contrato, alquiler de vientres, ética, derechos humanos, nasciturus, filiación.

ABSTRACT

This monograph analyzes surrogacy from its different perspectives and challenges in relation to human dignity within a legal and ethical context framed by contract law.

Human dignity is a fundamental principle enshrined in the Colombian Constitution that demands respect for the fundamental rights of all subjects involved in the surrogacy

process, which include the gestational mother, the intended parents, and the nasciturus (the unborn child/children).

The main objective of this research is to analyze the different perspectives on surrogacy in Colombia, including how human dignity and autonomy of the will are implicated in this process, and how the lack of regulation may violate the rights of the parties, especially the rights of the gestational mother and the unborn child. This research argues that the protection of human dignity implies ensuring that surrogacy is carried out ethically, avoiding exploitation, and securing the protection of all parties' rights.

From a legal perspective, there are gaps since it is not regulated in Colombia and other countries. To this extent, Judgment T-968 of 2009 is taken as a basis, where the Constitutional Court first defined surrogacy in Colombia. However, the jurisprudence falls short of protecting the autonomy and dignity of the gestational mother, which leads to its analysis from a contractual perspective.

Furthermore, from a juridical-bioethical perspective, human dignity is conceived as a fundamental principle that demands respect for the autonomy, integrity, and inherent rights of every person, especially in contexts involving reproductive decisions. This conception guides the interpretation and application of norms, ensuring that the legal framework aligns with the values of equality, justice, and the protection of fundamental rights.

This paper argues that the lack of regulation of surrogacy in Colombia could violate the protection of the rights of the unborn child in terms of determining filiation (legal parentage) and the protection of the nasciturus's rights through surrogacy. Therefore, it is

essential to ensure the protection of the rights of the child conceived through this process, as well as to consider the autonomy and dignity of the gestational mother, avoiding any form of exploitation.

KEYWORDS

Surrogacy, human dignity, contract law, contract, womb renting, ethics, human rights, nasciturus, filiation (legal parentage).

Introducción

1.1 Contexto y justificación

La práctica de la gestación subrogada en Colombia plantea retos normativos y éticos que demandan una reflexión profunda desde el derecho privado y constitucional. En un contexto donde no existe una regulación clara, se hace necesario analizar este fenómeno bajo el concepto de la dignidad humana, entendida como principio fundante del orden jurídico colombiano, en conexión con la autonomía, la integridad y la libertad individual. La Corte Constitucional en la Sentencia T-881 de 2002 ha establecido que la dignidad comprende seis factores claros y diferenciables:

“(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.” (Corte Constitucional. Sentencia T-881-2002, M.P Eduardo Montealegre Lynett; 17 de octubre de 2002, pág. 1).

La gestación subrogada en Colombia constituye un fenómeno jurídico y bioético de especial relevancia, en tanto que su ausencia de regulación expone a las partes involucradas tales como la mujer gestante, los padres intencionales y el nasciturus a situaciones de vulnerabilidad frente al ordenamiento jurídico. La importancia de este análisis radica en tres aspectos fundamentales los cuales son: 1. Dignidad humana como eje rector, 2. Vacíos normativos y análisis desde la perspectiva contractual y, 3. Ética y gestación subrogada.

La falta de un marco normativo específico ha sido advertida en pronunciamientos recientes. En la Sentencia T-127 de 2024, La Corte Constitucional señala que la ausencia de regulación puede derivar prácticas abusivas de gestación subrogada ya que “tienen lugar en contextos no regulados, a menudo en casos en que aspirantes a progenitor de países occidentales emplean intermediarios con ánimo de lucro para contratar a madres de alquiler vulnerables de países en desarrollo” (Corte Constitucional. Sentencia T-127, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar; 5 de agosto de 2024, pág. 60). Lo anterior da lugar a la explotación sexual de las mujeres.

Desde un enfoque bioético, se resalta el deber de proteger a todos los sujetos implicados, en especial a la gestante y al nasciturus. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, 2005) establece en sus artículos 5 y 8 que “se habrá de respetar la autonomía de la persona (...) y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos”.

En este escenario, el contrato de gestación subrogada, aunque no se encuentra expresamente regulado en la legislación colombiana, ha sido abordado por la Corte

Constitucional en la Sentencia T-968 de 2009, en la Sentencia T-127 de 2024, y recientemente por el Tribunal Superior de Bogotá en 2025. Este contrato surge de la voluntad expresa y manifiesta de las partes involucradas, con el objetivo de llevar a término un embarazo en favor de la parte solicitante (quien desea conformar una familia) y la persona gestante (quien acepta llevar el embarazo por motivos altruistas). Se trata de un acuerdo de ejecución personal, en el que la voluntad puede manifestarse de forma expresa o tácita. Es celebrado entre personas naturales y exige que la gestante cuente con la capacidad física, mental y emocional para llevar a término el embarazo. Esto implica una serie de obligaciones antes, durante y después de la gestación, incluyendo la realización de técnicas de reproducción asistida, exámenes médicos y procedimientos necesarios para garantizar el adecuado desarrollo del embarazo. Asimismo, se establece la posibilidad de transferir la filiación del menor a la parte solicitante, bajo el consentimiento mutuo y respetando los límites constitucionales y jurisprudenciales. No obstante, la Corte Constitucional ha advertido que este tipo de acuerdos pueden implicar una contraprestación económica por la entrega del niño o niña, lo cual podría considerar al ser humano como una cosa, ya que solo las cosas que están en comercio pueden ser objeto de contrato (Corte Constitucional. Sentencia T-127, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar; 5 de agosto de 2024, pág. 24).

Esta monografía se orienta, en consecuencia, a estudiar la gestación subrogada desde una perspectiva jurídica y ética, con énfasis en el valor normativo de la dignidad humana, el tratamiento jurisprudencial que ha recibido, los dilemas que plantea en el ámbito de la bioética, y las implicaciones del acuerdo contractual como instrumento de regulación entre particulares.

1.2Objetivos

1.2.1 Objetivo General

Analizar la gestación subrogada desde sus diferentes perspectivas y problemáticas en relación con la dignidad humana en un contexto jurídico y bioético, en el marco del derecho contractual colombiano.

1.2.2 Objetivos Específicos

1. Estudiar la legislación actual y los vacíos legales existentes relacionados con la gestación subrogada en Colombia.
2. Examinar la relación entre la gestación subrogada, la ética, la dignidad humana y los derechos constitucionales en Colombia.
3. Identificar los desafíos éticos y jurídicos asociados con la gestación subrogada.
4. Proponer recomendaciones para una regulación ética y legal de la gestación subrogada en Colombia, que proteja los derechos de todas las partes involucradas.

Capítulo 1. Alquiler de vientres en Colombia: antecedentes y marco normativo actual

2.1 Análisis jurisprudencial de la Sentencia T-968 de 2009

La primera aproximación significativa de la Corte Constitucional a la gestación subrogada se produjo con la Sentencia T-968 de 2009. Este fallo, si bien no estableció un marco regulatorio para la práctica en sí misma, sentó un precedente fundamental al enfrentar un conflicto de filiación y custodia derivado de un acuerdo de gestación subrogada. El caso se centró en la disputa entre el padre biológico y la mujer gestante por la custodia de los menores, un conflicto que ponía en primer plano la protección de los derechos de los niños.

A continuación, se analizará la Sentencia T-968 del 18 de diciembre de 2009 de la Corte Constitucional, M.P. María Victoria Calle Correa, para entender su importancia respecto al tema.

Resumen del caso

La Sentencia T-968 de 2009 constituye el primer precedente de la Corte Constitucional sobre gestación subrogada en Colombia, originado por un conflicto de filiación y custodia entre Sarai (gestante y madre biológica) y Salomón (padre biológico). El caso surge tras un acuerdo inicial de "alquiler de vientre" que, tras no tener éxito mediante fertilización in vitro, derivó en la concepción de gemelos bajo circunstancias disputadas por las partes. Ante el vacío normativo, el Juzgado Décimo de Familia de Cali autorizó la salida definitiva de los menores del país con su padre. Esta decisión se

fundamentó en el supuesto incumplimiento de un contrato verbal de subrogación y en la estabilidad económica del padre, omitiendo valorar el vínculo biológico y afectivo de la madre. Tras decisiones judiciales contradictorias, el 8 de septiembre de 2009 se dictó una sentencia que negaba el amparo a Sarai y validaba la salida de los niños. Ante la posible vulneración de derechos fundamentales y la inminencia del traslado, la Corte Constitucional seleccionó el caso para revisión con el fin de proteger el derecho de los niños a tener una familia y evitar un perjuicio irremediable. La Corporación revocó la autorización de salida al considerar que el juez incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico y determinó que los acuerdos de gestación subrogada no tienen efectos jurídicos vinculantes sobre la filiación al momento del nacimiento. La condición socioeconómica no puede ser causal para limitar la patria potestad o separar a los niños de su madre. Debe primar el interés superior del menor y los vínculos familiares reales sobre prejuicios sociales o pactos informales.

Disputa judicial y argumentos de las partes

La controversia jurídica se originó con la acción de tutela interpuesta por Sarai, en calidad de madre gestante y biológica, contra la decisión del Juzgado Décimo de Familia de Cali que autorizó la salida definitiva de los menores del país.

- Argumentos de la accionante (Sarai): la demandante sostuvo que la autorización de salida vulneraba el derecho fundamental de los niños a la unidad familiar y al debido proceso. Alegó que el despacho judicial incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico, toda vez que no se valoraron adecuadamente las pruebas sobre el vínculo afectivo y biológico

existente con sus hijos, pretendiendo separarlos de su núcleo familiar sin una justificación constitucional válida.

- Posición del demandado (Salomón): respaldado por la decisión del juez de familia, el padre biológico argumentó la legitimidad del traslado internacional en ejercicio de su derecho a la protección y cuidado de los menores. Sostuvo que no existía un vínculo legal consolidado con la madre gestante más allá del registro inicial y que, bajo los términos de su acuerdo, los menores debían permanecer bajo su exclusiva custodia en el extranjero.
- Resolución de la Corte Constitucional: tras analizar las posturas enfrentadas, la Sala revocó la decisión de instancia al confirmar la existencia de una vía de hecho. La Corte concluyó que el juez valoró los hechos bajo prejuicios socioeconómicos y dio validez a un contrato de gestación subrogada que carece de efectos jurídicos vinculantes en Colombia al momento del nacimiento. En consecuencia, la Corte determinó que debe primar el interés superior del menor y el respeto a los vínculos familiares contruidos, los cuales no pueden ser fracturados por acuerdos privados ni por la situación económica de la madre.

Problemas jurídicos

La Corte Constitucional abarcó distintos dilemas jurídicos frente a la figura de la gestación subrogada en Colombia, dentro de los que se destacan los siguientes:

- *¿Cuál es el impacto del vacío normativo sobre la gestación subrogada en Colombia, y cómo incide en los derechos fundamentales de los menores?*

La Sentencia T-968 de 2009 evidencia una situación jurídica especialmente compleja: la inexistencia de una regulación legal expresa sobre la gestación subrogada en

Colombia. Esta ausencia normativa ha permitido que se celebren acuerdos informales entre particulares, sin control judicial ni jurídico, sin protocolos claros y sin garantías suficientes para las partes involucradas, en especial para los menores nacidos bajo estos esquemas (Sentencia T-968 de 2009, pág. 48). La Corte señaló que el proceso que culminó con el nacimiento de los menores Samuel y David no puede considerarse propiamente un caso de subrogación, en tanto Sarai no solo fue la gestante sino también la madre biológica, lo que descarta la hipótesis clásica de maternidad subrogada con gametos ajenos y compromiso previo de entrega del recién nacido.

Sin embargo, lo realmente relevante desde la perspectiva jurídica y constitucional es que este vacío normativo facilitó dinámicas que afectaron negativamente los derechos fundamentales de los menores. En efecto, la inexistencia de un marco legal que regule condiciones mínimas como la necesidad de intervención médica certificada, asesoría psicológica previa, consentimiento informado, ausencia de ánimo de lucro, protección del recién nacido y control jurisdiccional sobre la ejecución del acuerdo, abre la puerta a prácticas que pueden derivar en instrumentalización de la maternidad y cosificación de los menores.

La falta de regulación permite que los acuerdos se transformen en mecanismos de explotación o desigualdad, particularmente cuando existe un desequilibrio económico entre las partes. Este fue precisamente el caso de Sarai, una mujer joven, sin solvencia económica, que accedió inicialmente a colaborar con una pareja infértil, pero que al final devino madre biológica y emocional de los niños, asumiendo un rol materno sin el respaldo jurídico que le correspondía.

En su análisis, la Corte resaltó la urgencia de una regulación que contemple no solo requisitos técnicos o médicos, sino también garantías sustantivas, como la prohibición de pactos en los que se renuncie anticipadamente a la filiación, el respeto por la autonomía corporal de la mujer, y sobre todo, la centralidad del interés superior del menor como criterio rector en cualquier decisión que afecte su vida, identidad o entorno familiar (Sentencia T-968 de 2009, págs. 59-63). La falta de regulación adecuada es, entonces, una fuente de inseguridad jurídica que no solo afecta a las partes implicadas, sino que pone en riesgo la protección integral de los derechos de los niños.

- *¿Puede autorizarse la salida del país de dos menores nacidos de una relación biológica con su madre sin una decisión judicial que garantice el debido proceso y el derecho a la unidad familiar?*

La Corte Constitucional concluyó categóricamente que no. En el caso concreto analizado en la Sentencia T-968 de 2009, el Juzgado Décimo de Familia de Cali autorizó la salida definitiva del país de los menores Samuel y David, sin contar con una sentencia previa que estableciera la pérdida de la patria potestad o la suspensión del rol materno de Sarai. Esta decisión, como lo reconoció el Tribunal y la propia Corte, constituyó una vía de hecho por defecto fáctico, por haberse fundamentado en prejuicios sociales y económicos en contra de la madre, sin valorar de manera suficiente la evidencia que demostraba su vínculo afectivo y biológico con los niños (Sentencia T-968 de 2009, págs. 51-54).

El juez partió de la base errónea de que la madre había incumplido un contrato verbal para entregar a sus hijos, pese a que nunca existió un documento jurídicamente

válido que pudiera reemplazar los efectos de la filiación legalmente constituida. Además, fundamentó su decisión en consideraciones clasistas, al señalar que el padre tenía un “mejor derecho” a tener a los niños por su estabilidad económica y capacidad de haber costeadado el tratamiento médico, lo que constituye un razonamiento incompatible con los principios constitucionales de igualdad, dignidad humana e interés superior del menor.

La Corte recordó que el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella no puede ser limitado por razones económicas, pues ello equivaldría a imponer una sanción jurídica por la condición socioeconómica de uno de los progenitores (pág. 65). Asimismo, enfatizó que la única forma legítima de privar a una madre de su patria potestad o impedir el ejercicio de su rol materno, es mediante una decisión judicial debidamente motivada, adoptada en el marco del debido proceso y en función de pruebas claras y suficientes sobre el perjuicio que la relación materna pudiera generar en los menores.

Tanto el concepto de la Procuraduría como el informe sociofamiliar elaborado por el Despacho del mismo juez cuestionaron severamente la salida del país, al advertir que esta medida implicaba una ruptura definitiva de los vínculos afectivos de los menores con su madre y su hermana, lo cual podía tener efectos adversos en su desarrollo emocional y psicosocial. A pesar de estas advertencias, el juez no solo desechó las pruebas sin argumentación sólida, sino que además omitió valorar el entorno familiar ampliado, en el cual los niños ya tenían una red de afecto construida con base en el cuidado materno, lo que vulnera el artículo 44 de la Constitución Política y el artículo 22 del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006).

En suma, la Corte encontró que la autorización de salida del país vulneró el derecho de los niños a la unidad familiar, al amor, al cuidado y al desarrollo integral, convirtiendo el procedimiento en una medida desproporcionada que equivalía de facto a una privación de la patria potestad, sin que se hubiera respetado el debido proceso ni otorgado a la madre el derecho de defensa. Esta situación evidencia una alarmante falla institucional en la garantía y restablecimiento de derechos fundamentales en contextos familiares complejos.

Obiter dicta

En el desarrollo de la sentencia T-968 de 2009 la Corte Constitucional incorporó múltiples referencias normativas, doctrinarias y jurisprudenciales que, si bien no constituyen la base directa de su decisión (*ratio decidendi*), fortalecen su argumentación general y permiten enmarcar la discusión jurídica dentro de un contexto constitucional y de derecho internacional de los derechos humanos. Estos elementos funcionan como apoyos teóricos, históricos y comparativos que complementan y enriquecen la decisión, sin ser esenciales para su determinación.

- Fundamento internacional de los derechos del niño: los derechos de los niños deben interpretarse y garantizarse a la luz del derecho internacional, particularmente de los tratados ratificados por Colombia. En este sentido, la Corte citó expresamente los artículos 6-2 y 27-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el Principio 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño, que establecen que todo niño debe crecer en condiciones que le permitan alcanzar su desarrollo integral, dentro de un entorno familiar de afecto, estabilidad y comprensión.

- Incorporación del derecho internacional en el orden jurídico interno: la Corte destacó el artículo 6 del Código de la Infancia y la Adolescencia, según el cual los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte integral del ordenamiento jurídico colombiano y deben guiar su interpretación.
- Protección frente a riesgos prohibidos: con base en el artículo 44 de la Constitución y el artículo 20 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la Corte enumeró una serie de peligros que deben prevenirse activamente: violencia, abandono, explotación, entre otros.
- Equilibrio entre los derechos de los padres y el niño: se citó el artículo 3-2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que el interés superior del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés, incluyendo los de los padres.
- El entorno familiar como pilar del desarrollo infantil: con base en el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la Corte enfatizó en la importancia de preservar el entorno familiar como espacio de afecto, cuidado y estabilidad.
- La pobreza no puede ser causal de pérdida del vínculo familiar: la Corte advirtió que no puede justificarse la separación familiar por motivos económicos, ya que ello constituye una discriminación contraria a los artículos 13 y 44 de la Constitución.
- Derecho comparado y experiencia internacional en maternidad subrogada: en la sentencia, la Corte citó ejemplos de regulación en Estados Unidos,

Reino Unido, Canadá, India y Ucrania, así como el caso "Baby M"¹, para ilustrar los desafíos jurídicos de la gestación subrogada.

- Postura doctrinaria sobre la urgencia de regulación legal: además, la Corte citó autores como Débora Spar, José Manuel Martínez-Pereda y Aitziber Emaldi Cirión para respaldar la necesidad de una legislación clara que evite conflictos y proteja los derechos de los menores.

Disposiciones normativas citadas por la Corte

Artículos 43, 44 y 93 de la Constitución Política. Artículo 22 del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 268 del Código Penal. Artículo 211 de la Ley 1098 de 2006.

Análisis jurídico

La Sentencia T-968 de 2009 representa un pronunciamiento relevante dentro de la jurisprudencia constitucional en torno a la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad, en el contexto de un caso relacionado con gestación subrogada no regulada. Si bien la Corte no adoptó una posición normativa sobre la legalidad o ilegalidad de esta práctica, sí estableció parámetros constitucionales para abordar situaciones semejantes en ausencia de regulación legal específica. Uno de los ejes centrales de la decisión fue el análisis del interés superior del menor como principio

¹ El caso *Baby M* (Nueva Jersey, 1986–1988) fue un litigio en el que una mujer que había celebrado un contrato de gestación subrogada tradicional se negó a entregar a la niña tras el nacimiento. La Corte Suprema de Nueva Jersey declaró nulo el contrato por ser contrario al orden público, pero otorgó la custodia al padre biológico atendiendo al interés superior de la menor, reconociendo a la madre gestante derechos de visita. El caso sentó un precedente fundamental en el debate jurídico y ético sobre la validez de los contratos de gestación subrogada.

rector, tanto en la interpretación de los hechos como en la resolución del conflicto. La Corte señaló que la inexistencia de una regulación no puede traducirse en la desprotección de los derechos de los niños, especialmente cuando se presentan disputas sobre custodia, patria potestad o traslado internacional.

Asimismo, el fallo puso de relieve la necesidad de evaluar adecuadamente los vínculos biológicos y afectivos entre los menores y su madre gestante, sin que condiciones socioeconómicas o la existencia de acuerdos privados puedan justificar la separación sin una decisión judicial previa que garantice el debido proceso. Esta posición se articuló con la jurisprudencia constitucional y con los estándares internacionales sobre protección de la niñez.

Desde el punto de vista jurídico, la sentencia reafirma que los contratos de gestación subrogada no pueden tener efectos automáticos sobre la determinación de la filiación, en tanto esta debe resolverse conforme a los principios del derecho de familia y al ordenamiento jurídico colombiano, el cual prioriza el bienestar del menor por encima de pactos entre adultos.

Finalmente, el caso evidencia una problemática estructural derivada de la falta de legislación sobre la gestación subrogada en Colombia. Esta ausencia normativa genera escenarios de inseguridad jurídica, en los cuales los derechos fundamentales de los involucrados (particularmente de los menores) pueden verse comprometidos. La Corte no propone una solución legislativa concreta, pero sí plantea la necesidad de abordar el tema con un enfoque constitucional, preventivo y orientado a la protección integral de los derechos fundamentales.

2.2 Desarrollo de la línea jurisprudencial sobre la gestación subrogada en Colombia

Si bien no existe legislación sobre la gestación subrogada en Colombia, la Constitución Política de 1991 en el artículo 42 establece que “(...) Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”, es decir, ostentan la misma calidad de hijos. En consecuencia, existe protección constitucional de los menores reproducidos bajo maternidad subrogada como una alternativa que tienen los colombianos para formar una familia. Sin embargo, esta práctica no debe ser contraria a las otras normas de la legislación colombiana ni vulnerar los derechos constitucionales. La Corte Constitucional desde el 2009 se ha referido al respecto con gran preocupación en cuanto a los derechos e intereses del menor y la dignidad humana de la mujer gestante en cuanto a la mediación lucrativa entre las partes. La Corte conceptualiza esta práctica como el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este (Corte Constitucional. Sentencia T-968 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa; 18 de diciembre de 2009).

Sin embargo, es hasta la Sentencia T-274 de 2015 en donde la Corte Constitucional empieza a considerar la necesidad de la inclusión de tratamientos de fertilización *in vitro* en el Plan de Beneficios en Salud (PBS) en pro de no vulnerar los derechos fundamentales a la salud reproductiva, igualdad y derecho a conformar una familia. Esta sentencia no habla directamente de la gestación subrogada, pero sí de la fertilización *in vitro* de conformidad con directrices éticas y normas apropiadas para combatir la

infertilidad y permitir el ejercicio de la autonomía reproductiva y posibilidad de formar una familia (Corte Constitucional. Sentencia T-274 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; 12 de mayo de 2015, pág. 57); establece entonces la procedencia de la acción de tutela para solicitar estos tratamientos cuando la infertilidad es consecuencia de otras patologías y afines. Esto resulta siendo importante ya que la fertilización *in vitro* es uno de los pasos para tener un hijo mediante gestación subrogada. Esta sentencia es un hito jurisprudencial ya que exhorta al Gobierno Nacional para que revise la situación de las personas con problemas de infertilidad y que no cuenten con el nivel adquisitivo para costear los tratamientos de reproducción humana asistida. A partir de esto, la Ley 1953 de 2019 en el artículo 2, reconoció la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo en donde también define las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) como “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”². Hay que tener en cuenta que esta Ley no hace mención alguna a la gestación subrogada, no obstante, resulta importante en cuanto a los derechos a la salud y a la autonomía reproductiva.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia hace intervención sobre el tema en la sentencia STC 20614 de 2017 en donde ampara los derechos de una pareja a tener una familia, igualdad y salud, avalando los acuerdos de reproducción asistida como la gestación subrogada como “*una alternativa de vida para parejas que no pueden tener hijos, generalmente por problemas médicos, y desean lograrlo, fusionando en un*

² (Ley 1953. Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de la salud reproductiva. 20 de febrero de 2019. D.O. No. 50.873)

laboratorio gametos (masculinos) con óvulos (femeninos) a fin de implantarlos en el útero de la madre que otorgó estos; o, en caso extremo, utilizando la figura de la maternidad subrogada” (Sentencia STC 20614 del 06 de diciembre de 2017, M.P. Margarita Cabello Blanco, págs. 11-12), y reconoce la validez de los acuerdos contractuales en el contexto de la reproducción asistida siempre y cuando estos “*no afecten los principios éticos básicos ni refieran a ilicitudes en principio, podrán servir para regular las relaciones entre las partes respecto a los términos plasmados en ellos, de donde surge que el consentimiento mutuo respecto al futuro de los embriones debe tener importancia, en presencia de controversias sobre qué hacer con tales en caso de diferencias irreconciliables y obliga a que en los convenios así realizados se tenga el cuidado de planear con suficiente claridad la totalidad posible de aspectos, que prevengan un conflicto futuro”* (Sentencia STC 20614 de 2017, págs. 14-15).

El debate jurisprudencial dio un salto cualitativo con la Sentencia T-275 de 2022 en donde la Corte Constitucional extendió la licencia de maternidad a un padre soltero en un caso de gestación subrogada, garantizando la vida digna y el mínimo vital del menor, vinculando directamente la gestación subrogada con los derechos laborales y de seguridad social. En este caso, el accionante celebró un contrato de maternidad subrogada y fecundación *in vitro*; consecutivamente, al nacimiento del menor, el accionante solicitó a la EPS el reconocimiento y pago de la licencia de 18 semanas que es otorgada a la licencia de maternidad fundamentando que era “padre único y cabeza de familia”. La EPS autorizó la licencia por 14 días por lo que el accionante presentó una acción de tutela. La Corte Constitucional revocó la negativa y concedió el amparo de los derechos fundamentales vulnerados (igualdad, familia, mínimo vital y vida digna) del accionante y

del menor. Ordenó también a la EPS otorgar la licencia extendida y exhortó al Congreso de la República para que regule la gestación subrogada y su necesidad, pues en ese entonces llevaba más de 12 años advirtiendo sobre su falta de regulación, advirtiendo que desde 1998 se han intentado tramitar más de dieciséis proyectos de ley. En cuanto a los contratos de gestación subrogada, la Corte, en la Sentencia T-275/22 (2022), mencionó que “debe existir «un alto grado de intervención estatal», por cuanto en este “existe una afectación directa sobre la dignidad humana” (p. 16). Con esta sentencia se concluye que la falta de regulación sobre la gestación subrogada redundaría en la vulneración de los derechos fundamentales de las partes y del menor. Este sería el primer caso que involucra la licencia de paternidad y gestación subrogada.

En el 2024 la Corte Constitucional reiteró su exhorto para la regulación sobre este tema en la sentencia T-127 de 2024 dirigido al Ministerio de Justicia y al Congreso para que legislen específicamente sobre los efectos de la gestación subrogada en el registro civil. Se solicitó un proyecto de ley que garantice que la mujer gestante no sea registrada como madre biológica, reconociendo la primacía de la voluntad procreacional de los padres comitentes en la determinación de la filiación, sin vulnerar la identidad del menor. Además, se reiteró el exhorto a las entidades como el ICBF y la Registraduría Nacional del Estado Civil para que, en un término de seis meses, adoptaran medidas que previnieran obstáculos administrativos o impedimentos en la expedición de documentos, garantizando la identidad y nacionalidad de los menores. En esta sentencia se identificaron los riesgos de la gestación subrogada no regulada tales como la explotación de la mujer y el riesgo apatridia y problemas de filiación para el menor. La Corte estableció la dignidad humana como el principio rector a la autonomía contractual. El

caso involucró a la hija de un ciudadano cubano con nacionalidad estadounidense y una ciudadana colombiana, cuyo registro civil fue modificado a través de un proceso de impugnación de la maternidad, resultando en la anotación de la madre como “sin información”. La Corte se centró en la necesidad de proteger el derecho a la identidad, a la nacionalidad y el principio de no discriminación de los niños nacidos por este método. Este fallo consolidó la postura de la Corte frente a la urgencia legislativa y la primacía de la dignidad humana como límite contractual en la práctica transnacional.

La falta de regulación o la regulación indebida de la gestación subrogada “puede dar lugar a potencializar riesgos que afectan el goce efectivo de los derechos fundamentales de las mujeres gestantes y de los niños y niñas que nacen como resultado de estos procedimientos de reproducción asistida” (Sentencia T-127 de 2024, 2024, p. 42). La vulneración de los derechos humanos de los menores se ven involucrados en procesos de gestación subrogada especialmente en contratos internacionales en donde la filiación se establece sobre la base de estos acuerdos privados. UNICEF (2022), en una nota informativa, hace mención que actualmente el derecho internacional de los derechos humanos no proporciona salvaguardias centradas en la gestación subrogada y los menores resultan en riesgo en cuanto a su derecho a la identidad (nombre, nacionalidad, relaciones familiares, acceso a sus orígenes), derecho al disfrute del más alto nivel de salud y derecho a no ser vendidos (p. 1).

La Corte Constitucional, en esta misma sentencia, analizó una problemática en cuanto al delito de trata de personas y la gestación subrogada tanto para la mujer gestante y el menor por nacer, ligadas a condiciones de vulnerabilidad socioeconómica. Mencionó que *“existe una prohibición para el caso de la mujer gestante que aporta sus propios*

óvulos, pues esto supondría entregar a su hijo biológico a cambio de una contraprestación económica, lo que constituye trata de personas. Y en el caso de los niños y niñas, por el riesgo de que esta práctica dé lugar a la venta de niños, en razón al pago de una remuneración económica y al traslado del niño de un lugar a otro” (p. 44).

Teniendo en cuenta lo anterior, un contrato de gestación subrogada en casos donde la mujer gestante recibe una remuneración a cambio de trasladar el menor no cumple con los requisitos de validez cuando: (i) el consentimiento se encuentra viciado por desigualdad de las partes cuando la mujer vive en condiciones de vulnerabilidad y, (ii) el objeto contractual resulta ilícito ya que puede dar lugar al delito de trata de personas.

En diciembre de 2024, el Juzgado Treinta y Ocho (38) de Familia de Bogotá trajo a colación un nuevo debate relativo a establecer si en los contratos de gestación subrogada existe una filiación pluriparental o trifiliación en cuanto a que el menor tendría dos madres biológicas: la mujer que dona los óvulos y la mujer gestante quien lleva a cabo el proceso fundamental de desarrollo embrionario. Para resolver este problema jurídico, el Juzgado se fundamentó en la Ley 45 de 1936 y en el artículo 335 del Código Civil para hablar sobre los requisitos de impugnación de maternidad. El artículo 1 de la Ley 45 de 1936 establece que: *“El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley. También se tendrá en calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento”*, lo que da a entender que una mujer es madre biológica desde el momento que da a luz a su hijo. El Juzgado relacionó lo anterior con el material probatorio y concluyó lo siguiente:

Del estudio y entendimiento de la reproducción humana, no resulta acertado concluir que la mujer gestante en estos procesos de maternidad subrogada no es madre biológica con base en los resultados de la prueba de ADN. Lo único que sí se puede concluir de dicha prueba es que la madre gestante no fue quien aportó el óvulo utilizado para el proceso de fecundación. Pero, como ya se ha mencionado, aunque la madre gestante no haya aportado el material genético, sí es madre biológica del nuevo ser humano, ya que fue ella la que llevó a cabo el vital proceso biológico de desarrollo embrionario, sin el cual es imposible que se concluya el proceso de reproducción humana. (Radicado 17-2023-00926-00, 2024, p. 14).

Además, señaló que decir lo contrario es afirmar que el cuerpo de una mujer no es necesario para la creación del ser humano.

Así las cosas, el concepto que el Juzgado le otorgó a la pluriparentalidad es el siguiente:

la posibilidad de que un niño o niña pueda tener más de dos vínculos filiales por la misma línea, ya sea dos padres o dos madres, a partir del deseo o la voluntad de tres o más personas adultas de desempeñar roles de cuidado, asistencia y crianza respecto de ellos (...) Son entonces casos de pluriparentalidad en los que, la realidad biológica y social, la ley y el desarrollo jurisprudencia, nos coloca. (Radicado 17-2023-00926-00, 2024, p. 15)

De acuerdo con esto, el caso abordado entra en este concepto, por efecto del avance de la ciencia y la tecnología en el campo de la reproducción humana. Se evidencia entonces que la demandada si bien no tiene material genético que comparta con el menor,

su cuerpo fue parte fundamental para su nacimiento, por lo que el Juzgado concluyó que la mujer gestante es madre ya que su cuerpo gestó y dio a luz a un ser humano, al igual que la mujer que donó de manera anónima los óvulos (aporta el material genético) y que por esto el demandante tuvo la posibilidad de ser padre, por lo que ambos deben cumplir su rol parental para garantizar el interés superior del menor.

El Juzgado además hizo referencia a las sentencias T - 968 de 2009 y T - 127 de 2024 para hablar de las problemáticas encontradas en los contratos de gestación subrogada y que estos, entre otras cosas, deben cumplir con el requisito de ayudar a otras personas o ánimo altruista durante todo el ciclo gestacional. El contrato vinculado entre el demandante y la demandada de gestación subrogada presuntamente fue realizado en ánimo altruista, sin embargo, el Juzgado evidenció que la mujer gestante se encontraba en una necesidad económica y que, además, recibía una retribución mensual de \$1.800.000, dinero que utilizó no solo para los gastos gestacionales sino para cumplir con sus obligaciones con sus otros hijos. De igual forma, la demandada firmó el contrato desconociendo el concepto “altruismo”, viciando así su consentimiento.

Durante el 2025 se profirieron dos sentencias más sobre el tema. La primera fue del primero de abril del 2025 de la Sala Primera Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, que conoció en segunda instancia de la impugnación de una acción de tutela que involucraba la filiación y el registro civil de una menor, M.A.S.R., nacida por gestación subrogada, en donde el nombre de la madre había sido omitido en el registro, causando riesgo de apatridia y dejando a la menor sin acceso a sus derechos. La Sala encontró dos problemas jurídicos. En primer lugar, se cuestionó si el derecho colombiano puede autorizar que en el registro civil de nacimiento no aparezca el nombre de la mujer

que dio a luz, existiendo aun así pruebas de que esta mujer fue la que tuvo el parto. En segundo lugar, analizó si omitir lo anterior afecta los derechos fundamentales del menor.

La Corporación refutó la acción del notario al no incluir a la gestante en el registro civil de la menor dado que este no puede desconocer la maternidad donde el legislador la presume por el hecho del parto:

mientras no exista una ley que autorice desconocer esa presunción (la de la maternidad por el hecho del parto) en sede administrativa o notarial y para los efectos de la inscripción en el registro civil de nacimiento, no es posible que, por el solo hecho de un acuerdo de voluntades entre una madre gestante y un hombre aportante de su material genético, el fedatario considere infirmada dicha presunción, y menos aún admita que el niño o niña registrado aparezca sin mención, como madre, de la mujer que lo gestó y de cuyo parto nació (Tribunal Superior de Bogotá, 2025, p. 9).

El estado civil y la filiación son de orden público e indisponibles para las partes, y todo ser humano tiene una madre gestante que, sin prueba de lo contrario, debe incluirse obligatoriamente en el registro civil. En consecuencia, la Sala reiteró que las normas sobre el estado civil son de orden público y estas no pueden desconocerse mediante un contrato ni ser objeto de transacción ya que esta es una calidad invaluable que constituye un atributo de la personalidad.

De acuerdo con la Constitución Política, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y varios tratados internacionales, toda persona tiene derecho a una nacionalidad. El notario al desconocer la maternidad al momento de transcribir su nacimiento en el registro civil puso en riesgo de apatridia a la menor y la privó a su

derecho a la identidad al solo poner la filiación paterna. El Tribunal reiteró que *“Ni más faltaba que un padre o madre pudieran liberarse de sus responsabilidades para con un hijo con la sola proclamación de no ser lo uno o lo otro; lo suyo es acudir ante los jueces para infirmar -con pruebas idóneas- la presunción que los cobija, siendo claro, además, que si la vida humana depende tanto de la concepción como de la gestación, es necesario admitir que, dados los avances en las nuevas tecnologías sobre la vida, en la hora actual cabe la posibilidad de que coexistan una madre genética y una madre gestante, pudiendo ser desconocida la primera, pero difícilmente ignorada la segunda, por lo que, en los casos de mujeres donantes anónimas de ovocitos, usualmente heterólogas, el registro civil de nacimiento del nacido vivo debe incluir el nombre de la mujer que tuvo el parto, como madre gestante que fue”*. Lo anterior se relaciona con la Sentencia proferida por el Juzgado 38 de Familia de Bogotá en donde sustenta la trifiliación en la gestación subrogada y que todos los niños (concebidos naturalmente o con asistencia científica) poseen los mismos derechos y deberes.

En esencia, el Tribunal no solo anuló los trámites ante el notario y el registro, sino que también se pronunció sobre el fondo del asunto (la validez del acuerdo mismo), afirmando que el negocio jurídico es inválido y viciado de nulidad por objeto ilícito, pues “se acordó un pago por la gestación de un ser humano, lo que es contrario a la moral y las buenas costumbres” y “permitir la remuneración en este tipo de negocios jurídicos, sea directa o indirecta y cualquiera que sea el nombre que se le dé a la suma de dinero o bienes que reciba la mujer, comporta la cosificación de ella y de su vientre, la mercantilización de su cuerpo y le abre paso a eventuales casos de trata de seres humanos y tráfico de niños y niñas, todo lo cual atenta contra la dignidad del ser humano, como

valor y derecho fundamental” (Tribunal Superior de Bogotá, 2025, p. 25), por lo que un contrato de gestación subrogada que vulnere los derechos del menor y viole el principio de dignidad humana no puede servir como sustento para que un notario se abstenga de inscribir a la gestante como la madre. El Tribunal sentó un precedente claro que prioriza la realidad gestacional sobre la voluntad procreacional en el registro inicial del menor, y limita severamente el alcance del acuerdo contractual para modificar el estado civil de un niño.

Por último, en mayo de 2025 la Corte Constitucional en la sentencia T - 163 de 2025 abordó un conflicto que podría vulnerar los derechos fundamentales a la autonomía reproductiva y la dignidad humana. El caso se origina a partir de una acción de tutela interpuesta por un ciudadano donde alega la vulneración de sus derechos fundamentales ante la negativa de una entidad especializada en reproducción humana asistida de entregarle los óvulos criopreservados de su compañera permanente quien había fallecido y cuya voluntad antes de muerte era continuar el tratamiento mediante un procedimiento de gestación subrogada. La entidad alega que su negativa fue porque el contrato tenía una cláusula que estipulaba su terminación por causa de muerte de la paciente. El problema jurídico central consistió en establecer el alcance de la voluntad de la donante post mortem y si, ante la ausencia de una modificación contractual clara y expresa, la clínica podía negarse a entregar los óvulos sin violar el derecho a la autodeterminación reproductiva del compañero. El problema jurídico se centró en si el derecho a la autodeterminación reproductiva del compañero sobreviviente debía prevalecer sobre las cláusulas contractuales y la falta de manifestación de voluntad expresa y formal de la mujer fallecida para el uso post mortem de sus gametos; la Corte negó el amparo puesto

que el contrato celebrado entre la difunta y la entidad era válido ya que la manifestación personalísima de la autodeterminación genética debía ser expresa, clara e inequívoca. Además, se determinó que la afectación al derecho reproductivo del accionante no era grave ya que el actor podría convertirse en padre y desarrollar su voluntad parental.

En esta sentencia la Corte Constitucional reiteró los vacíos normativos con relación a la donación de gametos y los límites del uso de estos mismos y también en la gestación subrogada donde por esta situación surgen problemas jurídicos en cuanto a las reclamaciones que puedan surgir frente a estos contratos. Hizo mención a que, por más de 15 años, en reiteradas ocasiones ha evidenciado la necesidad de una regulación respecto al tema, donde *“resulta evidente que estas prácticas envuelven una serie de fenómenos fácticos y jurídicos que encarnan profundos debates y requieren de una legislación seria, precisa y actualizada, en la que se refleje el principio democrático y que parta de una toma de conciencia sobre la importancia de los aspectos regulados. Sin ello, sin un marco normativo adecuado, es posible que se abran oportunidades para que se cometan toda clase de excesos y arbitrariedades en detrimento de los derechos y bienes jurídicos de la mayor trascendencia para la sociedad colombiana”* (Corte Constitucional.

Sentencia T-163 de 2025. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; 8 de mayo de 2025, pág. 25).

Aunque el caso central no trata directamente sobre gestación subrogada, la sentencia T - 163 de 2025 resulta fundamental para sustentar el vacío legal que existe actualmente en la legislación colombiana en cuanto a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y en especial la gestación subrogada como una de ellas.

En síntesis, ante la persistente inercia del legislador, la Corte Constitucional y, más recientemente, otras instancias judiciales, han suplido el vacío normativo sobre la gestación subrogada estableciendo tres límites jurisprudenciales de orden público. Primero, la práctica es inadmisibles cuando existe ánimo de lucro o remuneración, ya que esto vulnera la dignidad humana de la mujer gestante y se asemeja a la trata de personas, viciando el objeto contractual³. Segundo, la filiación y el estado civil se consideran irrenunciables, por lo que la mujer que da a luz debe ser registrada inicialmente como madre, prevaleciendo el hecho biológico del parto sobre la voluntad contractual para evitar el riesgo de apatridia y garantizar el derecho a la identidad del menor⁴. Finalmente, y como lo consolida la Sentencia T-163 de 2025, cualquier manifestación de voluntad sobre los gametos y los proyectos parentales derivados, especialmente el uso post mortem para una gestación subrogada, debe ser clara, expresa y formal, dada la trascendencia de sus efectos. De esta forma, la jurisprudencia ha configurado un marco de protección estricto, pero su naturaleza casuística e incompleta ratifica la urgencia ineludible de que el Congreso y el Gobierno cumplan el reiterado exhorto constitucional para legislar integralmente sobre la materia.

³ Sentencia 02820250007201-25, 2025.

⁴ Sentencia T-127 de 2024

Capítulo 2. Los desafíos jurídicos y éticos en la gestación subrogada en el contexto colombiano

3.1 Ética y gestación subrogada

El Derecho Romano ha sido la base del derecho civil; desde la personalidad jurídica hasta la formación de los contratos ha aportado lógica y formación para el pensamiento jurídico actual. Un principio fundamental para el Derecho Romano es *mater Semper Certa Est*, que en español se traduce como “la madre cierta siempre es”, lo que significa que la madre biológica es quien lleva el proceso de gestación hasta el momento del parto y que es inadmisibles dudar de su maternidad. La gestación subrogada trae una complejidad a este principio ya que rompe y tensa las reglas relativas a la maternidad y al rol de la mujer gestante dentro de la sociedad (Espejo Yaksic et al., 2022), y además el “valor” de la etapa prenatal en donde la gestación por subrogación se centra en un contrato, comercialización, cosificación y explotación de la mujer gestante, que altera así esta figura (Espejo Yaksic et al., 2022).

Se reconoce en Colombia que “la mujer es madre biológica desde el momento que da a luz a su hijo”⁵, sin embargo debido a los avances de la ciencia, la ética jurídica colombiana se ha enfrentado a diversos debates respecto a la pluriparentalidad, ante la disociación que existe entre la maternidad genética y la gestacional, problemática que se ve expuesta en el registro civil del menor. Este vacío normativo, derivado de la fractura biológica y el legítimo deseo de constituir una familia, exige que el ordenamiento jurídico

⁵ El Juzgado 38 de Familia de Bogotá determina que la mujer gestante es madre biológica debido a que su cuerpo es el que lleva a cabo el embarazo, independientemente de que el material genético no sea el de la gestante. (Juzgado 38 de Familia. Impugnación de maternidad 17-2023-00926-00. Juez Paola Marcela Gómez Molina; 4 de diciembre de 2024)

colombiano invoque el principio de dignidad humana como eje rector de una regulación al respecto. En este escenario, la Corte Suprema de Justicia amparó los derechos de las parejas a conformar una familia, avalando los acuerdos de reproducción asistida como una “alternativa de vida para parejas que no pueden tener hijos” (STC20614-2017, 2017, p. 11), pues teniendo en cuenta la Ley 1953 de 2019, la infertilidad se reconoce como una enfermedad del sistema reproductivo. Entonces, ¿la gestación subrogada se trata de solucionar problemas de infertilidad?, ¿el interés individual de formar una familia prevalece ante la explotación del cuerpo femenino y del menor que es visto como objeto mercantil?

Colombia como Estado Social de Derecho respeta la dignidad humana⁶, siendo esta reconocida por la Corte Constitucional como “*aquel derecho inviolable e inherente al ser humano, cuya aplicación y reconocimiento impide tratos degradantes al mismo*” (Sentencia T-239 de 2016, p. 12). De acuerdo con la Corte, la dignidad humana, como derecho y como principio constitucional, integra la autonomía individual como la libertad de elección de un plan de vida concreto, lo que implica que tanto las autoridades como los particulares deben abstenerse de prohibir la autodeterminación vital de las personas bajo condiciones sociales que permitan su desarrollo. En la gestación subrogada el deber es que la dignidad humana opere como el principio rector que guía la autonomía contractual, permitiendo el ejercicio de la libertad reproductiva y el acceso a tecnologías médicas para conformar una familia, siempre que se respeten los límites éticos que impiden la cosificación del individuo.

⁶ (Constitución Política de Colombia (const.). Art. 1. 7 de julio de 1991 (Colombia))

Así mismo, la noción jurídica de dignidad humana abarca las condiciones materiales de existencia y la intangibilidad de los bienes inmateriales, específicamente la integridad física y moral de la persona (Sentencia T-239 de 2016). En Colombia, esto resulta vital ya que la vulnerabilidad socioeconómica de muchas gestantes podría viciar esa autonomía. Convirtiendo esa “libertad de elección” en una necesidad impuesta por la pobreza. Este principio impide que la persona sea cosificada, pues el reconocimiento de la integridad física y espiritual prohíbe cualquier conducta dirigida a la exclusión social o al trato del ser humano como un objeto de comercio. Bajo esta definición y alcance, la dignidad actúa como un límite infranqueable frente a la autonomía privada, asegurando que la capacidad reproductiva de la mujer no sea reducida a un medio instrumental para fines ajenos y garantizando que el derecho a identidad del menor no quede supeditado a las cláusulas de un contrato.

En consecuencia, el análisis ético de la gestación subrogada no puede limitarse a la esfera contractual privada, pues se encuentra intrínsecamente relacionado al marco internacional de protección de los derechos humanos. Como punto de partida, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece en su artículo 1 que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*. Este mandato de igualdad y dignidad se ve fragmentado en la subrogación, específicamente cuando la nacionalidad y la personalidad jurídica del menor entran en juego. Al respecto, la misma Declaración menciona que *“todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”* (artículo 6) y que *“toda*

persona tiene derecho a una nacionalidad ” (artículo 15), derechos que suelen verse vulnerados en contextos de inseguridad jurídica transnacional.

La relevancia de estos derechos radica en su naturaleza inalienable e indivisible, reafirmada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993):

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. (párr. 5)

En este sentido, la violación de la integridad de la mujer gestante afecta el ejercicio de otros derechos fundamentales, pues “los derechos civiles, económicos y sociales son indispensables para la dignidad e integridad de toda persona” (Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, 1993). Asimismo, la gestación subrogada debe analizarse no solo como un contrato, sino como una práctica en la que se puede vulnerar la universalidad de los derechos si se permite una compensación económica.

Respecto al menor, la ONU ha manifestado una preocupación central hacia estos. En la nota informativa Consideraciones clave: Derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada, se enfatiza lo siguiente:

Tienen los mismos derechos que todos los niños y niñas en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN). Independientemente de las posiciones individuales de los Estados sobre la gestación subrogada, todos los Estados

tienen el deber de proteger los derechos humanos de todos los niños y niñas nacidos por medio de la gestación subrogada sin discriminación. (UNICEF, 2022, p. 1)

Desde la perspectiva de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, la primacía del ser humano es clara: “los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad” (UNESCO, 2005, art. 3).

No obstante, la aplicación del artículo 5 sobre la “autonomía y responsabilidad individual” presenta un desafío ético mayor en Colombia, pues si bien se debe respetar la facultad de adoptar decisiones, la realidad socioeconómica de muchas gestantes sugiere que no exista una autonomía ni consentimiento puro, libre, expreso e informado, dado que la desigualdad frente a los contratantes vicia esa voluntad.

Esta asimetría conecta directamente con el artículo 8 de dicha Declaración, que exige el respeto de la vulnerabilidad humana, señalando que los “individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos” (UNESCO, 2005, art. 8).

Respecto a lo anterior, la bioética exige que la práctica no se convierta en una forma de explotación de una necesidad. Por otro lado, el artículo 16 sobre la protección de las generaciones futuras, obliga a considerar las repercusiones de estas tecnologías en la constitución genética y la identidad. En la gestación subrogada, esto implica prevenir vulneraciones al derecho a la identidad del menor y también mitigar los posibles daños psicológicos que se derivan de una práctica que no está regida por la “igualdad, justicia y equidad” (UNESCO, 2005, art. 10) en donde la vida y el cuerpo humano termina siendo

objeto de un contrato mercantil y de cláusulas en donde la gestante pierde control sobre su cuerpo.

La aplicación de estos mandatos internacionales en el contexto colombiano exige un análisis a la luz del principialismo bioético propuesto por Beauchamp y Childress (como se citó en Siurana Aparisi, 2010), cuya estructura permite evaluar las tensiones éticas de la gestación subrogada desde cuatro ejes fundamentales: autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia distributiva.

En primer lugar, el principio de autonomía, entendido como la capacidad de actuar libremente según un plan autoescogido, se ve comprometido en la gestación subrogada cuando la libertad (independencia de influencias controladoras) y la agencia (capacidad de acción intencional) se ven nubladas por la precariedad económica (Siurana Aparisi, 2010). Siguiendo a Siurana Aparisi (2010, p. 124), una acción es autónoma solo si existe comprensión y ausencia de coacciones; sin embargo, en el escenario nacional, la 'decisión' de la gestante a menudo carece de una autonomía plena para convertirse en una 'ética de la necesidad'⁷. En este punto, la vulnerabilidad socioeconómica actúa como una influencia controladora que determina la acción, lo que desplaza el análisis desde la libertad individual hacia un problema de justicia distributiva, donde la carencia material

⁷ Propuesta por la filósofa Sarah Clark Miller (2012), la 'ética de la necesidad' es una teoría moral que sostiene que las necesidades humanas tienen un significado ético fundamental debido a nuestra interdependencia. Las necesidades no satisfechas son moralmente significativas porque dañan la agencia de la persona (su capacidad de actuar de forma autónoma, emocional y relacional), pues cuando las necesidades fundamentales no se cubren, los individuos no pueden funcionar como agentes en sus propias vidas. Desde este principio, existe una obligación moral o deber de cuidar orientado a satisfacer las necesidades fundamentales para restaurar o mantener la agencia y la dignidad de los individuos en su vida cotidiana (Koggel, 2014).

vicia el consentimiento y transforma un derecho procreativo en una transacción de supervivencia.

En segundo lugar, el principio de beneficencia se define como la obligación ética de prevenir el daño, eliminarlo o actuar en beneficio de otros, exigiendo una acción positiva y un balance entre beneficios y riesgos (Siurana Aparisi, 2010, p. 125). En la gestación subrogada, los comitentes y las agencias suelen invocar la beneficencia positiva al presentar la técnica como un medio para alcanzar el bienestar de personas con infertilidad, permitiéndoles ejercer su derecho a fundar una familia. Sin embargo, Beauchamp y Childress (como se citó en Siurana Aparisi, 2010, p. 126) advierten que cuando la beneficencia se ejerce sin considerar la opinión o la integridad del sujeto que recibe la acción, se incurre en un paternalismo éticamente cuestionable. En este contexto, el "bien" que se busca para los padres intencionales no puede prevalecer sobre el bienestar de la gestante; la beneficencia exige proteger y defender los derechos de todos los involucrados, especialmente de quienes están en peligro de ser instrumentalizados. Por tanto, una práctica que busque ser beneficiante no debe limitarse a la provisión de un hijo, sino que debe garantizar activamente que la gestante no sufra condiciones que le causen daño, asegurando un balance de utilidad donde los beneficios procreativos no se obtengan a costa de la dignidad de la mujer.

En contraste con la acción positiva que requiere la beneficencia, el principio de no maleficencia se fundamenta en la máxima clásica *primum non nocere* ("lo primero es no dañar"), imponiendo la obligación ética de no infringir daño intencionadamente (Siurana Aparisi, 2010). Para Beauchamp y Childress, esta obligación es distinta y prioritaria a la de ayudar, pues prohíbe actos como lastimar o incapacitar a otros (como se citó en

Siurana Aparisi, 2010, p. 126). En la gestación subrogada, la no maleficencia actúa como un dique de contención frente a los riesgos físicos y psicológicos mencionados anteriormente. Dado que este principio se concentra en evitar la discapacidad y la lesión de intereses vitales, el Estado y los profesionales de la salud tienen el deber de asegurar que la técnica no se convierta en una fuente de daño sistémico para la mujer, protegiendo su salud y su vida por encima de los intereses contractuales de terceros.

El análisis bioético se completa con el principio de justicia distributiva, entendido por Beauchamp y Childress (como se citó en Siurana Aparisi, 2010, p. 126) como el tratamiento equitativo y apropiado a la luz de lo que es debido a una persona. En este marco, el concepto de justicia distributiva cobra una relevancia crítica, pues se refiere a la distribución imparcial y equitativa de los beneficios y las cargas sociales. Una injusticia se produce, precisamente, cuando se le niega a una persona un bien al que tiene derecho o cuando la distribución de las cargas no es equitativa (Siurana Aparisi, 2010, p. 127). En la práctica de la gestación subrogada, se observa una fractura de este principio al analizar quiénes asumen las cargas y quiénes reciben los beneficios. Mientras que los comitentes obtienen el beneficio de la filiación y la conformación de una familia, las gestantes, frecuentemente ubicadas en estratos socioeconómicos vulnerables, asumen la carga total de los riesgos físicos, psicológicos y las complicaciones médicas. Esta asimetría se agrava en condiciones de escasez y competición, donde la necesidad económica de la mujer se convierte en el motor que permite la cooperación social en términos desiguales. Al respecto, resulta fundamental integrar la visión de Daniels (1985, como se citó en Siurana Aparisi, 2010), quien sostiene que la sociedad tiene la obligación moral de proteger la igualdad de oportunidades de todos sus miembros. Para Daniels, el cuidado de

la salud es un bien especial que debe distribuirse de manera igualitaria, ya que de él depende la capacidad de los individuos para desarrollar su plan de vida (Siurana Aparisi, 2010).

En el contexto colombiano, la falta de una regulación clara permite que el sistema sanitario y las instituciones privadas operen en un escenario donde la salud reproductiva de la gestante queda supeditada a la capacidad adquisitiva de los contratantes. Por lo tanto, desde la justicia bioética no basta con permitir el acceso a la tecnología; es imperativo reformar las instituciones para garantizar que esta práctica no profundice las brechas de desigualdad ni utilice la vulnerabilidad como una oportunidad de mercado, protegiendo siempre la igualdad de oportunidades y la dignidad de la mujer frente a los intereses comerciales.

Esta visión de justicia y equidad refuerza la idea de que la gestación subrogada no debe entenderse como un servicio prestado por un órgano aislado, sino que lo que se hace es contratar a una persona en su integridad, no solo su vientre (Jouve de la Barrera, 2017, p. 154). Es decir, bajo el término de gestación subrogada no se encuentra una técnica en particular sino una diversidad de actuaciones que únicamente tienen en común “la voluntad de retirar la condición de madre a quien ha dado a luz al bebé y atribuirla a otra, otro u otros” (Bellver Capella, 2015, p. 24). Las expresiones “vientres de alquiler” o “maternidad por sustitución” adolecen de una opacidad que oculta la magnitud del compromiso humano involucrado. Como bien se ha señalado, no se trata simplemente de un “vientre” en arrendamiento, sino de una “madre de alquiler” (Bellver Capella, 2015, p. 24). La gestación subrogada es proceso existencial y biológico que crea un nuevo sujeto de derechos. Al vender el uso del útero, no se entrega un objeto, sino que se

instrumentaliza una función vital que define la humanidad de la gestante. Esta voluntad de desplazar esa maternidad biológica tensiona los límites de la libertad individual frente a la protección de la dignidad humana.

Esta instrumentalización alcanza su punto más crítico en un modelo comercial, donde la transacción económica impone exigencias de calidad que transforman el proceso en una estructura de mercado. Un ejemplo de ello se encuentra en el estudio de Medicina Comunitaria de Saxena et al. (2012) sobre la gestación en la India: “las mujeres pobres, analfabetas y de origen rural suelen ser persuadidas a estos tratos por sus cónyuges o intermediarios para ganar dinero fácil” (p. 212), perdiendo así ese derecho a decidir sobre su propio cuerpo. Desde esta perspectiva, la mujer es reducida a ser una fábrica de bebés, quien debe ser confinada en residencias durante todo el embarazo bajo el pretexto de que recibirá atención prenatal y que, en el peor de los escenarios, es poco probable que reciba algún tipo de remuneración económica para el postparto y atención psicológica (Saxena et al., 2012). Cuando la subrogación es internacional, en algunos casos la gestante debe ser separada de su familia y recluírse en clínicas durante el tiempo del embarazo (Bellver Capella, 2015, p. 45), donde en esa etapa, la mujer no tendrá control sobre su cuerpo, capacidad de decisión sobre qué comerá, siestas, actividades, entre otros.

La diferencia ética fundamental está en que, mientras que vender un objeto que se posee es un acto de comercio ordinario, vender el proceso de crear a una persona atenta directamente contra la dignidad humana. En este punto resulta pertinente contrastar la experiencia de la India con la situación en Colombia: mientras que en países como la India intentaron consolidarse como una estrategia comercial y fracasaron debido a los

niveles de explotación (Kashyap y Tripathi, 2022)⁸, Colombia se encuentra en un limbo jurídico. Aunque el país se inclina nominalmente hacia un modelo altruista, la falta de una ley clara crea un escenario donde es difícil vigilar que no exista una transacción comercial de fondo, permitiendo que la vulnerabilidad socioeconómica de muchas gestantes convierta esa libertad de elección en una necesidad impuesta por la pobreza (Bellver Capella, 2015); sin embargo, la verdadera cuestión es si el altruismo es realmente una solución a esta problemática o si, por otro lado, sería una forma de ocultar la explotación misma. En países donde existe tanta desigualdad socioeconómica, el “regalo” de un hijo podría estar condicionado por una gratitud económica indirecta, tal como se ha visto reflejado en las distintas sentencias⁹ donde, en los contratos para cumplir con este “altruismo”, las compensaciones económicas son disfrazadas por “retribuciones para gastos gestacionales” donde se evidencia la necesidad económica en la que se encuentra la gestante y que estas mujeres firman sin saber lo que significa la palabra “altruismo”. Bellver Capella afirma que *“La práctica totalidad de las mujeres que se prestan a este servicio a cambio de una retribución son mujeres que necesitan de los ingresos obtenidos mediante él para vivir. [...] Más que presumir que no se lesiona la autonomía de la mujer, habría que suponer lo contrario y adoptar las consecuentes garantías legales”*(p. 31), planteando a su vez el siguiente interrogante:

¿Se puede prohibir a una mujer obtener una ganancia a cambio de gestar un bebé para otro/a o es un ejercicio intolerable de paternalismo? Desde la lógica del

⁸ En India, la gestación subrogada y la fertilización in vitro ha alcanzado una facturación de 500 millones de dólares en donde los extranjeros acuden a este país a tratar sus problemas de infertilidad y deseo a formar una familia. Este país llegó a catalogarse como una “fábrica global de bebés”. Actualmente, India tiene la “Ley de regulación de la maternidad subrogada de 2021” en donde se busca la protección de las gestantes y la supervisión de esta práctica, y en donde la subrogación será permitida de manera altruista. Kashyap y Tripathi, 2022.

⁹ Sentencias vistas anteriormente como la proferida por el Juzgado 38 de Familia de Bogotá.

(neo)liberalismo económico, ¿tiene sentido impedir que una mujer, en el ejercicio de su libertad, geste bebés para otros a cambio de dinero? (p. 36)

Para su resolución no se puede presumir que la autonomía de la gestante siempre está a salvo; la voluntad, consentimiento y autonomía puede llegar a ser desproporcional al contexto socioeconómico de la gestante y de los contratantes; también debe reconocerse que la explotación al cuerpo de la mujer con esta práctica es una problemática que puede llegar a violar los derechos fundamentales de la persona. Esta asimetría conecta directamente con el artículo 8 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, que exige el respeto de la vulnerabilidad humana.

Frente a la incertidumbre y los riesgos de explotación, la bioética propone el principio de precaución el cual suele aplicarse ante amenazas graves e irreversibles. Este principio "*supone la inversión en la carga de la prueba, de modo que no es el que prohíbe quien debe probar el riesgo sino el que realiza la actividad quien debe demostrar su carácter inocuo*" (Bellver Capella, 2015, p. 31). Así, en la gestación subrogada no basta con alegar que es una solución a la infertilidad, sino que se debe demostrar que no reduce el cuerpo de la mujer y la vida del niño a un objeto de contrato mercantil en donde en algunos casos el menor queda en un limbo de identidad¹⁰. En conclusión, el desafío ético de la gestación subrogada en Colombia no reside únicamente en la posibilidad de regular un procedimiento médico, sino en la protección de la esencia misma del ser humano frente a las dinámicas del mercado. Al aplicar el principio de precaución, el Estado colombiano tiene la obligación de anteponer la integridad personal

¹⁰ Esto, cuando hablamos de gestación subrogada internacional.

de la gestante y la identidad del menor sobre cualquier libertad contractual. Solo así se evitará que el vacío normativo actual sea llenado por una 'ética de la necesidad' que, bajo la apariencia de autonomía, termine por validar la cosificación de la vida en el marco de una nueva forma de explotación biotecnológica.

Entonces, ¿es posible regular esta práctica de manera que garantice la libertad de la mujer gestante y el interés superior del menor?

3.2 ¿Qué derechos jurídicos /constitucionales se pueden vulnerar en la gestación subrogada?

Desde la perspectiva ética de Hans Jonas (1979), la gestación subrogada representa un escenario donde el ser humano corre el riesgo de ser tratado como un objeto de la técnica, vulnerando su dignidad intrínseca. Jonas sostiene que el avance tecnológico aplicado a la vida humana puede derivar en una deshumanización, advirtiendo que *“cada vez que de esta manera esquivamos el modo humano de tratar los problemas del hombre, sustituyéndolo por los cortocircuitos de un mecanismo impersonal, suprimimos algo de la dignidad del yo personal”* (p. 51). En ese sentido, la práctica de la subrogación no solo fragmenta, sino que externaliza la responsabilidad parental, que para el autor es el arquetipo de toda acción responsable al supeditar el proceso biológico a intereses contractuales. El niño, definido como el objeto primordial de la responsabilidad, posee un derecho inalienable a su propia identidad y esencia, pues según existe un "debes" elemental en el "es" del recién nacido (Hans Jonas, 1979) que obliga a su protección incondicional. Por tanto, ante la posibilidad de manipular o cosificar el inicio de la vida,

la ética de la responsabilidad¹¹ exige preservar la integridad de su mundo y de su esencia frente a los abusos de su poder técnico (Jonas, 1979/2014) .

Esta responsabilidad ética se traduce, en el ordenamiento jurídico colombiano, en la protección de derechos fundamentales específicos frente a un proceso que es por naturaleza invasivo y complejo. Como señala la Asociación Española de Bioética y Ética Médica, la maternidad subrogada supone un largo proceso que requiere diversos tipos de procedimientos técnicos:

[...] la obtención de los gametos: óvulos y espermatozoides, la producción de los embriones mediante FIV, y su transferencia al útero de la mujer contratada para la gestación. En cada una de estas fases, que pueden afectar a distintas personas, existen problemas de diferente índole que han de tenerse en cuenta y que exigen el obligado “consentimiento informado” y la libre aceptación por parte de todas las personas implicadas. (Jouve de la Barrera, 2017, p. 156)

Por tanto, ante la posibilidad de que la técnica reduzca la vida a un resultado contractual, el Derecho debe intervenir para preservar la integridad de la esencia humana frente a los abusos del poder tecnológico. A continuación, se analizan las vulneraciones concretas que este fenómeno proyecta sobre el recién nacido, la mujer gestante y, finalmente, los sujetos contratantes.

¹¹ La ética de la responsabilidad es una propuesta filosófica de Hans Jonas (1979) la cual establece que debemos obrar de tal modo que los efectos de nuestra acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra. Esta responsabilidad se caracteriza por ser total y no recíproca, teniendo como arquetipo moral la relación de cuidado de los padres hacia sus hijos. Jonas, H. (2014).

Vulneración del recién nacido: de sujeto de derechos a objeto mercantil

El análisis de las vulneraciones en la gestación subrogada debe priorizar al sujeto más vulnerable: el recién nacido. Bajo la óptica de Hans Jonas (1979, p. 187), el niño es el "objeto primordial de la responsabilidad"; sin embargo, en la práctica este "deber ser" colisiona con una estructura contractual que tiende a la cosificación.

Como advierte UNICEF (2022):

Los niños y niñas nacidos por gestación subrogada, especialmente los AIS, corren el riesgo de sufrir múltiples violaciones de derechos humanos, en particular, su derecho a la identidad, incluidos el nombre, la nacionalidad, las relaciones familiares y el acceso a sus orígenes; el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud; y el derecho a no ser vendidos. (p. 1)

Esta preocupante realidad, donde el imperativo ético de responsabilidad cede ante las dinámicas del mercado, exige un análisis profundo de los mecanismos legales diseñados para salvaguardar la dignidad del menor. En el escenario del derecho internacional dicha salvaguarda se articula principalmente en la Convención Sobre los Derechos del Niño (CDN), que busca mitigar ese riesgo y transformarlo en garantías exigibles para el menor.

El artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989) establece la obligación de los Estados miembros de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo la nacionalidad, nombre y relaciones familiares. Como señala UNICEF (2022, p. 2) en su nota informativa, el cumplimiento de este derecho puede volverse difícil o imposible en el contexto de gestación subrogada. La fragmentación de

la información sobre los orígenes biológicos y gestacionales tiene un impacto profundo en la identidad del menor, vulnerabilidad que se ve agravada por la transgresión de normas que son, por naturaleza, indisponibles. Desde una perspectiva jurídica, permitir que la nacionalidad y la filiación de una persona se determinen mediante un contrato privado es contrario al derecho internacional y al ordenamiento jurídico de acuerdo con el artículo 96 de la Constitución Política de Colombia, y al ser la nacionalidad un vínculo jurídico y político regido por la Constitución y no por la autonomía de la voluntad, su determinación a través de cláusulas mercantiles desnaturaliza la soberanía del Estado sobre el estado civil de sus nacionales. Las normas que rigen el estado civil son de orden público e indisponibles; por tanto, permitir que elementos tan esenciales de la identidad sean objeto de una transacción contractual es una vulneración directa a la esencia de la persona. Bajo este análisis, surge una interrogante fundamental para el registro civil: ¿por qué debería permitirse que un contrato decida la identidad de una persona, y no debería el Estado garantizar un historial claro sobre el material genético y legal que proteja la verdad biológica del menor?

Un riesgo derivado de la falta de regulación internacional es la apatridia en cuanto se trata de los acuerdos internacionales de subrogación (AIS). Esto ocurre cuando los niños nacen en Estados que no les reconocen la nacionalidad y cuyos padres intencionales residen en países que prohíben la práctica. Esta problemática contraviene directamente los artículos 7 y 8 de la CDN, generando un limbo jurídico donde el niño carece de protección estatal. UNICEF (2022, p. 3) menciona que para prevenir esto, los Estados deberían limitar el acceso de estos procedimientos a ciudadanos de países con marcos legales compatibles. De este mismo modo, la filiación legal se vulnera cuando se vincula

a la remuneración económica, pues los derechos del menor no deben sacrificarse para crear seguridad jurídica antes del nacimiento si esto implica vulnerar el interés superior del niño. La filiación debe estar protegida por términos que incluyan el acceso del niño a sus orígenes y el consentimiento libre de todas las partes sin que el pago sea el factor determinante de la relación filial.

Uno de los aspectos más alarmantes que señala UNICEF (2022, p. 3), es el riesgo de que la gestación subrogada derive en la venta y tráfico de niños. Bajo el marco de protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, se considera que:

“una relación contractual jurídicamente vinculante entre la mujer gestante y los futuros padres establecida antes del nacimiento, en la que la cesión del niño o niña se condiciona al pago, constituiría a la venta de un niño o niña”

Incluso en los acuerdos que son nominados como altruistas, una falta de claridad en las compensaciones económicas puede encubrir transacciones comerciales que mercantilizan la identidad y la filiación. Bajo este panorama, el niño deja de ser reconocido como una persona sujeta de derechos, como un ser humano con dignidad intrínseca para entonces ser tratado como un objeto mercantil de intercambio, vulnerando el derecho internacional de que la vida humana no puede estar en venta; mercantilización que se ve agravada por la transgresión de normas que son por naturaleza indisponibles para cada ser humano.

Esta preocupación por la identidad no es solo de modo jurídico sino que es un conflicto que verdaderamente sufren los niños nacidos de esta práctica. Un testimonio

muy claro es el de Olivia Maurel, quien es portavoz de la Declaración de Casablanca 2023 para la abolición mundial de la maternidad subrogada¹². Maurel nació mediante gestación subrogada y hoy lidera la lucha para su prohibición sosteniendo que es una forma de trata de seres humanos y es inmoral cosificar a un ser inocente, pues de acuerdo con el testimonio que relató en la III Conferencia de Casablanca “*Lo que pasó no fue amor, fue pérdida, vendida como amor. Fue abandono, vendido como un milagro. Se maquilla la subrogación como un acto de bondad; sin embargo, es esclavitud moderna. No trata de construir familias, por el contrario, las separa*” (Rivadeneira, 2025, p. 1). Esto clarifica que el derecho de los adultos a tener un hijo no puede estar por encima de los derechos de ese menor. En sintonía con este testimonio, la Declaración de Casablanca se erige como un hito en la defensa de los derechos humanos que enfatiza en recomendar a los Estados prohibir esta práctica en su territorio y negar el valor jurídico de los contratos, sancionar a los intermediarios que se lucran con el mercado reproductivo y proteger la dignidad humana frente a la comercialización de mujeres y niños (Maurel & García, 2023, p. 1).

La colisión entre el interés superior del niño y la autonomía de la voluntad podría tornarse en una vulneración de derechos cuando el menor pierde su estatus para convertirse en objeto de un contrato. Cuando el Estado permite que un acuerdo privado decida la identidad, abre la puerta a situaciones donde la responsabilidad se diluye entre múltiples actores, dejando al nasciturus en un limbo jurídico. Un caso que representa lo

¹² La declaración de Casablanca para la abolición mundial de la maternidad subrogada es una serie de recomendaciones a los Estados para que prohíban la gestación subrogada en su territorio nacional, quitar validez contractual a estos acuerdos, sancionar a las personas que actúan en esta práctica, entre otras cosas. La Declaración es firmada por 100 expertos en el tema de 75 nacionalidades y fue hecha pública en Casablanca, Marruecos el 3 de marzo de 2023. (Maurel & García, 2023) Se aclara, en todo caso, que Colombia no hace parte de esta como Estado Miembro y, en consecuencia, sus recomendaciones no le son vinculantes.

anterior es el caso Buzzanca que se originó en 1994, cuando John y Luanne Buzzanca celebraron un acuerdo con una madre gestante para la implantación de un embrión creado con gametos de donantes anónimos (Charo, 2000, p. 227-229). El problema jurídico central surgió cuando John solicitó el divorcio un mes antes del nacimiento de la menor y alegó que no existían hijos fruto del matrimonio ni tampoco vínculo genético con la menor, por lo que no tenía la obligación de pagar una pensión alimenticia. Entonces, en casos de filiación pluriparental, ¿quiénes deberían ser considerados los padres legales? Pues bien, la primera decisión judicial emitida por un tribunal de familia llegó a la conclusión de que la menor no tenía padres legales: el juez determinó que ni John era el padre genético, ni que Luanne era la madre genética ni gestacional, y en esa medida no cumplían con los requisitos biológicos; además, de que la madre gestante no tenía interés en ejercer sus derechos, por lo que la menor fue declarada como “huérfana legal”. En este caso se dio la paradoja de que la niña había tenido seis figuras parentales: los dos donantes anónimos, la gestante y los comitentes y, en todo caso, el juez falló en el sentido enunciado previamente. De acuerdo con Charo (2000, p. 229) esta decisión fue alarmante ya que eximía de responsabilidad a los Buzzanca y trasladaba la carga del sustento de la niña al Estado. “*The California Court of Appeals*” revirtió el fallo de primera instancia estableciendo que los comitentes eran en efecto los padres legales de la menor. La Corte se basó para ello en el precedente *Johnson v. Calvert*¹³, dictando que la maternidad y paternidad legal se fundamentan en la intención de criar al niño y que John era un

¹³El caso de *Johnson v. Calvert* resultó determinante al establecer que, ante la falta de coincidencia entre la consanguinidad genética y el acto del parto en una misma mujer, la maternidad natural debe atribuirse a quien tuvo la intención de procrear y criar al menor como propio. Así, el Tribunal privilegió la voluntad contractual y la planificación procreativa por encima del vínculo biológico del parto, sentando un precedente que no solo validó la industria de la subrogación comercial, sino que también dejó sin resolver las profundas desigualdades de raza, clase y género que atraviesan estos acuerdos. (*Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993))

“*deliberate procreator*”, ya que su consentimiento para el procedimiento médico fue la causa directa del nacimiento de la menor y esto activa una responsabilidad legal irrenunciable (Charo, 2000, pp. 227-229), priorizando la estabilidad y certeza del menor sobre su filiación.

Si el caso Buzzanca expuso las lagunas en la determinación de la filiación legal, el caso de Baby Gammy (2014) permite analizar la vulneración del recién nacido desde la óptica de la discriminación y cumplimiento de estándares biológicos en acuerdos comerciales. Gammy fue gestado por Pattaramon Chanbua, una mujer tailandesa contratada por una pareja de nacionalidad australiana. Durante la gestación de gemelos, en el diagnóstico prenatal revelaron que uno de los fetos presentaba Síndrome de Down (Jouve de la Barreda, 2017). Ante el hallazgo, la pareja comitente solicitó a la gestante la interrupción del embarazo del feto afectado, solicitud que fue rechazada por Chanbua invocando sus convicciones personales y su autonomía. Tras el parto, los comitentes asumieron la custodia únicamente de la neonata sana, dejando a Gammy bajo el cuidado de la gestante en Tailandia. Desde un análisis bioético, este evento evidencia la reducción del menor a la categoría de objeto sujeto de calidad, que tal y como lo señala la Asociación Española de Bioética y Ética Médica (AEBI, como se citó en Jouve de la Barreda, 2017), “*En estos y muchos otros casos, el niño es tratado simplemente como un producto comercial o una mercancía que debe cumplir unos estándares de calidad y que a veces, incluso cumpliéndolos es objeto de devolución*” (p. 161). En este caso, la asunción de la crianza por parte de la gestante, quien carecía de obligaciones legales de cuidado tras el parto según el acuerdo inicial, pone de manifiesto la tensión entre la

rigidez de los instrumentos contractuales y la realidad de los vínculos biológicos y afectivos que surgen durante la gestación.

Otro caso de relevancia internacional es *Mennesson v. France* (2014), el cual establece que la negativa de un Estado a reconocer el vínculo legal entre niños nacidos por gestación subrogada y sus padres intencionales vulnera el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). El Tribunal argumentó que los efectos de esta falta de reconocimiento “no se limitan a la situación de los padres (...) también se extienden a la situación de los propios niños”. Esta contradicción legal vulnera la identidad de los niños y les genera una incertidumbre jurídica sobre componentes esenciales de su personalidad. La Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) sostuvo que “no se puede decir que sea en interés del niño privarlo de una relación jurídica de esta naturaleza cuando se ha establecido la realidad biológica de ese vínculo”.

(*Mennesson v. France*, 2014). Por lo tanto, el respeto a la vida privada exige que la ley interna permita establecer los detalles de la identidad de las personas, lo cual incluye de manera necesaria el reconocimiento de la filiación cuando existe un lazo genético con el padre intencional. Este análisis se complementa con la Opinión Consultiva de 2019, donde se clarifica que, aunque el Estado puede intentar desincentivar el uso de técnicas reproductivas prohibidas en su territorio, no puede ejercer su discrecionalidad de forma que se prive a los niños de un vínculo legal fundamental para su desarrollo (*Corte Europea de Derechos Humanos*, 2019). De este modo, el interés superior del menor debe garantizarse mediante mecanismos efectivos como la adopción que pongan fin a la incertidumbre legal de manera oportuna. En definitiva, el caso *Mennesson* evidencia que la disparidad de regulaciones nacionales termina afectando al sujeto más vulnerable: el

recién nacido, cuyo derecho a la identidad queda supeditado a las sanciones que el Estado pretende imponer a la conducta de sus progenitores.

Desde una perspectiva bioética, el diseño de la gestación subrogada impone una contradicción funcional que impacta directamente en el bienestar del recién nacido. Se espera que la gestante procure el desarrollo de la vida intrauterina, pero que, simultáneamente, evite cualquier implicación afectiva para facilitar la separación tras el parto. Bellver Capella (2015, p. 42) se cuestiona si “*¿Es correcto que el Estado cree situaciones en las que lo más conveniente para la gestante (no generar apego hacia la vida que está gestando) es contrario a lo más conveniente para el bebé (contar con el afecto materno a lo largo de todo el embarazo)?*” Esta exigencia de neutralidad emocional ignora las necesidades neurobiológicas del neonato, quien sufre el impacto físico de la separación. Además de esta vulnerabilidad física, Bellver Capella (2015, p. 44) advierte un dilema ético fundamental sobre el derecho a la identidad, ya que los intereses del hijo por conocer su origen suelen colisionar con los de los comitentes o la propia gestante. El menor puede encontrarse en una situación donde su madre legal no coincida con su madre genética ni gestante, enfrentándose a un anonimato que le impide reconstruir su historia personal debido a la falta de normativas, tal como se ha visto en los casos anteriores. Ante este escenario, el autor cuestiona la moralidad de un sistema en el que “*Si ya resulta difícil asimilar una adopción, es previsible que los hijos de una subrogación internacional padezcan dificultades análogas o incluso superiores para asimilar sus orígenes*” (p. 44). Esta incertidumbre sobre los componentes esenciales de la personalidad refuerza la tesis de que, en la práctica comercial, el interés superior del niño queda supeditado a la satisfacción de la voluntad procreativa de los adultos.

Vulneración a la gestante

La gestación subrogada se ha consolidado en la última década no solo como una alternativa reproductiva, sino como una industria global de crecimiento exponencial. Para el año 2023 este mercado fue valorado en aproximadamente 14.90 millones de dólares, y las proyecciones financieras sugieren que para el 2033 la cifra podría ascender a los 99.750 millones de dólares (*Asamblea General de las Naciones Unidas* [ONU], 2025, p. 5). No obstante, este flujo de capital no se traduce en un beneficio equitativo para las mujeres gestantes; por el contrario, estas reciben entre el 10 % y 27.5 % de la compensación total (ONU, 2025, p. 5). Esta disparidad económica no es un fenómeno aislado, sino que responde a una dinámica que refuerza patrones coloniales y discriminatorios. En los acuerdos transnacionales se observa una tendencia sistemática donde los progenitores comitentes provienen mayoritariamente de países occidentales con ingresos altos y recurren a mujeres radicadas en países en desarrollo o de ingresos bajos (ONU, 2025, p. 11).

Desde una perspectiva jurídica y social, la vulnerabilidad económica de la gestante es el motor que permite la existencia de este mercado. La mayoría de las mujeres que ingresan a este proceso lo hacen motivadas por deudas o la imposibilidad de satisfacer necesidades básicas, lo que anula su capacidad real de expresar disconformidad o denunciar perjuicios. La investigación realizada por las Naciones Unidas señala que, en contextos de desregulación, el Estado suele tratar estos acuerdos como simples “arreglos privados”, omitiendo su deber de supervisión, lo que permite que los contratos incluyan cláusulas que sitúan la práctica fuera del ámbito de la libertad contractual legítima, tales como la renuncia anticipada a la confidencialidad médica, la imposición de abortos

selectivos o la vigilancia ininterrumpida mediante dispositivos tecnológicos (p. 12). Entonces, una falta de regulación en los países receptores convierte a la subrogación en una herramienta para el tráfico de menores y explotación de las mujeres. Al imponer restricciones a la libertad de circulación y exigir la implantación de múltiples embriones para asegurar el “éxito” del contrato, se contradice con el respeto de la dignidad humana que por naturaleza tiene cada ser humano. Y, mientras la capacidad reproductiva femenina sea tratada como una mercancía sujeta a la gestación de terceros, la mujer gestante permanecerá en una situación de servidumbre justificada bajo la apariencia de una “autonomía” de la voluntad que, ante la precariedad económica y la falta de educación, resulta inexistente (ONU, 2025, p. 12).

La integridad física de la mujer gestante constituye uno de los puntos de mayor vulnerabilidad en esta práctica, dado que los procedimientos médicos no responden a una necesidad terapéutica de la mujer, sino al cumplimiento de un objetivo contractual. Un riesgo prevalente es el derivado de la estimulación ovárica, proceso que busca forzar una ovulación múltiple contra natura mediante un ambiente hormonal alterado. Esta intervención es agresiva para la fisiología femenina y puede desencadenar el Síndrome de Hiperestimulación Ovárica (OHSS). Esta complicación iatrogenética, que afecta hasta al 10 % de las mujeres, se caracteriza por un agrandamiento quístico de los ovarios y una expulsión de fluido del espacio intravascular, lo que en casos severos¹⁴ puede comprometer seriamente la salud sistemática (Jouve de la Barrera, 2017, pp. 156-157).

¹⁴ Que ocurren entre el 0.1% y el 3% de los ciclos (Jouve de la Barrera, 2017).

Además de los riesgos derivados de la estimulación, el proceso de implantación y mantenimiento del embarazo subrogado conlleva peligros superiores a los de una gestación convencional. El uso de fármacos clasificados como peligrosos, tales como el Lupron, para sincronizar ciclos hormonales, incrementa la tasa de complicaciones maternas (Asamblea General de las Naciones Unidas [ONU], 2025, p. 14). Asimismo, las mujeres gestantes en esta práctica tienen una mayor probabilidad de tener embarazos ectópicos y de derivar en cuadros de preeclampsia, diabetes gestacional, hipertensión arterial y placenta previa (ONU, 2025, p. 14). Esta carga patológica se ve agravada por la opacidad en la contratación donde en la mayoría de los casos se omite información vital sobre los efectos secundarios y las complicaciones de la anestesia, dejando a las mujeres sin servicios de salud adecuados tras la intervención (ONU, 2025, p. 8). Lo anterior resalta que la autonomía médica de la mujer se ve supeditada a los términos del contrato y a las exigencias de los comitentes, alterando drásticamente la dinámica de atención en salud. En un estudio realizado por Rudrappa y Collins (2015) sobre entrevistas a 70 mujeres portadoras de Bangalore, India, revela una ausencia sistemática de consentimiento informado real. Los hallazgos de esta investigación demuestran que la divulgación médica es prácticamente inexistente, pues ninguna de las mujeres entrevistadas había recibido información sobre las intervenciones que sufrirían ni sobre los riesgos de la hiperestimulación hormonal repetida. Esta desprotección se manifiesta con especial crudeza en la vía del parto: el estudio evidencia que, a pesar de que la mayoría de estas mujeres habían tenido partos vaginales previos con sus propios hijos, fueron sometidas a cesáreas impuestas entre las semanas 36 y 38 de gestación, atendiendo exclusivamente a la conveniencia del calendario contractual y no a una necesidad clínica.

(López, 2017, p. 206). La precariedad se da desde el instante de la vinculación contractual y no termina cumplido el contrato sino que sigue en la etapa post contractual en donde algunas gestantes no reciben atención postnatal por parte de las agencias ni los comitentes, ignorando el bienestar a largo plazo de la persona.

La asimetría inherente a la relación entre la gestante y los comitentes genera una distorsión en la libertad contractual, donde la autonomía de la voluntad de la mujer se ve drásticamente perjudicada. Esta disparidad dificulta que el contrato se celebre entre partes iguales, pues la gestante suele carecer de asesoramiento legal independiente, lo que le impide comprender la magnitud de las obligaciones y las consecuencias jurídicas de sus actos (Bellver Capella, 2015, p. 45). En la práctica, esta vulnerabilidad permite que los comitentes ejerzan lo que se denomina como un “*derecho de usus*”¹⁵ sobre el cuerpo de la mujer, interviniendo en su autonomía en la vida privada. Durante los nueve meses de gestación, la mujer se ve obligada a “abdicar de sí misma”, delegando en terceros el control sobre sus hábitos alimentarios, estilo de vida, relaciones sexuales y su actividad física (Bellver Capella, 2015). Este control trasciende lo físico para alcanzar lo emocional, bajo la premisa de que cualquier estado de ánimo de la gestante debe estar alineado con el bienestar futuro del neonato. Esta dinámica de poder no distingue entre el tiempo de trabajo y la vida personal ya que la gestante no puede acceder a licencias ni interrupciones de su labor biológica, lo que contraviene también la definición internacional del trabajo digno y decente, en donde las jornadas laborales deben tener una

¹⁵El derecho de usus tiene su origen en el derecho romano y se define como un derecho real que permite usar una cosa ajena, pero originalmente sin derechos a sus frutos. Se caracteriza por ser personalísimo, lo que impide al usuario venderlo, cederlo o arrendarlo a terceros. Además, el usuario debe ejercer este derecho bajo el criterio de un *bonus pater familias*, limitando su uso a lo que no resulte molesto o gravoso para el dueño (Castro Camero, 2001).

limitación razonable (ONU, 2025, p. 12), la mujer es contratada para realizar un trabajo de 24 horas al día por 37 a 42 semanas que es lo que suele durar un embarazo.

La deshumanización de este proceso se refleja incluso en el lenguaje técnico y comercial, donde se utilizan términos como “matriz”, “vientre de alquiler”, incubadora” para reducir a la mujer a una función orgánica delegable (ONU, 2025, p. 10), la mujer no solo alquila su vientre sino que de cierto modo alquila su vida, su autonomía, su capacidad de decidir sobre sí misma y todo su cuerpo por un tiempo específico, que incluso genera repercusiones posteriores a la etapa gestacional. Las agencias y los comitentes pueden llegar a someter a las gestantes a una vigilancia ininterrumpida mediante cámaras de seguridad, restringiendo también su libertad de circulación en donde deciden también el lugar de residencia de la mujer (ONU, 2025, p. 16), obligando estrictamente a la mujer a cumplir cuidadosamente el contrato.

La pregunta en este punto es clave: ¿es esto compatible con la dignidad intrínseca? La respuesta, desde una perspectiva iusfilosófica, apunta a una colisión directa con el principio de la dignidad humana en su vertiente de autonomía y no instrumentalización. Al reducir a la mujer a una función biológica mediante el uso de un lenguaje técnico despersonalizado, se ignora que la persona es un fin en sí misma y nunca un medio para los fines de otros. Esta vigilancia ininterrumpida y la restricción de la libertad de circulación no son simples cláusulas de aseguramiento de calidad; son, en realidad, una suspensión de la agencia moral de la gestante. La dignidad intrínseca exige que el individuo mantenga el control sobre sus decisiones más íntimas (alimentación, movimiento, privacidad), pero la dinámica de vigilancia tecnificada convierte su existencia en una prestación de servicio de 24 horas. Como señala el Informe de la

Relatora Especial (2025, p. 16), esta servidumbre justificada despoja a la gestante de su estatus de sujeto jurídico pleno, pues el contrato no solo reclama un resultado (el nacido), sino que se apropia del tiempo vital y de la integridad física de la mujer, transformando un proceso biológico humano en una cadena de producción industrial incompatible con el valor absoluto que el Derecho otorga a la persona.

Desde la perspectiva biomédica y psicológica, la gestación subrogada opera bajo la premisa de que el cuerpo femenino puede funcionar como un contenedor aséptico, pretendiendo ignorar la existencia de vínculos afectivos y biológicos que se consolidan de manera indisoluble durante los nueve meses de gestación. La literatura científica destaca que la ruptura de la relación entre la madre gestante y el recién nacido no es un evento inocuo ni mecánicamente reversible; por el contrario, constituye un daño potencial que altera el desarrollo psicológico normal de la mujer y fractura la unidad funcional madre-hijo (Jouve de la Barrera, 2017, p 158). Este fenómeno encuentra una explicación técnica en procesos neurobiológicos de alta complejidad que el derecho contractual no puede anular. Durante el embarazo y de forma crítica tras el nacimiento, el sistema endocrino femenino libera niveles masivos de oxitocina, conocida como la hormona del apego, cuya función biológica es facilitar la lactancia y garantizar el establecimiento del vínculo primario y la conducta de cuidado. En el escenario de la subrogación, este proceso neurohormonal se interrumpe de forma abrupta y violenta al retirar al neonato inmediatamente después del parto, sometiendo a la mujer a un estado de contradicción biológica. Esta disonancia entre la preparación fisiológica para el cuidado y la imposición contractual de la entrega genera un trauma posparto de dimensiones sistémicas, que la doctrina internacional comienza a catalogar como una forma de violencia reproductiva

aún poco estudiada en sus efectos a largo plazo (ONU, 2025, p. 13). Asimismo, esta ruptura ignora el concepto de "impronta gestacional", donde el intercambio ininterrumpido de señales hormonales, sensoriales y epigenéticas entre la gestante y el feto crea una memoria biológica que trasciende la carga genética. Al tratar esta relación como una simple prestación de servicios, se despoja a la gestante de su condición de madre biológica (reconocida así por la fisiología) para reducirla a una función de transporte, lo que vulnera su derecho a la integridad psíquica y a la salud integral, entendida esta última no solo como la ausencia de enfermedad, sino como el equilibrio pleno de sus procesos vitales (Jouve de la Barrera, 2017, p 158). Las gestantes de estos acuerdos presentan niveles de depresión considerablemente elevados a comparación de las mujeres que llevan un embarazo convencional; se ha identificado que el 35 % de las gestantes manifiesta dificultades severas y cuadros de angustia profunda al desprenderse de la criatura. Asimismo, la presión por cumplir con el objeto del contrato y la supresión forzada del instinto de cuidado sitúa al 33 % de estas mujeres en un riesgo inminente de desarrollar Trastorno de Estrés Postraumático (TEPT) o cuadros de ansiedad crónica, lo que evidencia que la "separación" exigida contractualmente es, en realidad, un evento disruptivo con secuelas psíquicas de largo plazo (ONU, 2025, p. 13). Esta precariedad emocional no se limita a la esfera individual, sino que permea el entorno íntimo de la mujer, desencadenando conflictos conyugales, trastornos en su vida sexual y una desestabilización de su dinámica familiar previa.

En este sentido, la exigencia contractual de un "desapego" emocional previo al parto contraviene la realidad fisiológica y psíquica de la gestante, situándola en una vulnerabilidad jurídica extrema, resultando difícil que las políticas públicas garanticen un

consentimiento verdaderamente libre cuando el sistema ignora las consecuencias psicológicas graves que la entrega del menor tendrá en la mayoría de estas mujeres (Jouve de la Barrera, 2017, p 46). Bajo esta óptica, el derecho no puede limitarse a verificar la existencia de una firma en un documento, sino que debe analizar la validez de una decisión tomada bajo el condicionamiento de la precariedad. La renuncia anticipada al hijo y a los derechos parentales, incluso antes de que ocurra el hecho biológico del nacimiento, constituye una renuncia a derechos fundamentales que, por su naturaleza, deberían ser irrenunciables. Al no evaluar el impacto del duelo inhibido y la ruptura del vínculo, el Estado se convierte en cómplice de un sistema que prioriza la seguridad jurídica de los comitentes sobre la integridad psíquica de la gestante, permitiendo que la "libre decisión" sea, en realidad, un producto de la necesidad estructural y no de una libertad real y consciente.

La regulación de la gestación subrogada desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige un análisis de la protección de la mujer no solo como individuo, sino específicamente en su rol biológico y social de madre. De acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC- (1966), en su artículo 10.2, los Estados tienen la obligación de "conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto". Esta disposición es fundamental, pues establece que la protección legal debe reconocer a la gestante como madre y no como una mera portadora o instrumento de entrega, garantizando su bienestar integral en el proceso reproductivo (ONU, 2025, p. 20) Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW- (1979) impone a los Estados el deber de modificar los

patrones socioculturales que perpetúan funciones estereotipadas (art. 5). La utilización del cuerpo femenino con fines de gestión reproductiva para terceros podría interpretarse como una regresión hacia una visión instrumental de la mujer, contraviniendo la obligación de entender la maternidad como una función social con responsabilidad compartida. Bajo esta lógica, el artículo 6 de la CEDAW es taxativo al exigir que los Estados adopten medidas para suprimir todas las formas de trata de mujeres y la explotación de su prostitución, extendiéndose esta protección a cualquier práctica que degrade la dignidad personal mediante el aprovechamiento de su vulnerabilidad. La vinculación de la subrogación con la trata de personas se torna evidente al analizar el Protocolo de las Naciones Unidas contra la Trata de Personas (Protocolo de Palermo, 2000). El artículo 3 de dicho instrumento define la trata como la captación o recepción de personas mediante el "abuso de una situación de vulnerabilidad" o la "concesión de pagos o beneficios" para obtener el consentimiento con fines de explotación. En este sentido, la Ley Modelo contra la Trata de Personas de las Naciones Unidas (2010) explícitamente indica que la utilización de mujeres como madres sustitutas puede constituir una forma de explotación (ONU, 2025, p. 22).

Un punto crítico en la validez de los contratos de subrogación es la ineficacia del consentimiento. El Protocolo de Palermo establece en su artículo 3, literal b), que el consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación "no se tendrá en cuenta" cuando se haya recurrido al abuso de poder o a situaciones de vulnerabilidad. Por tanto, la autonomía de la voluntad no puede ser invocada para validar un acuerdo de explotación reproductiva. Reforzando esta idea, instrumentos como el Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional

(1993) y el Convenio Europeo sobre Adopción de Niños (2008) subrayan que la maternidad se atribuye a la mujer que da a luz, y cualquier derecho de renuncia al hijo solo puede ejercerse válidamente después del nacimiento, invalidando las cláusulas contractuales que exigen la renuncia anticipada e irrevocable durante el embarazo.

En conclusión, esta práctica no puede ser reducida a un mero acuerdo de voluntades amparado en la autonomía privada, sino que debe entenderse como una industria global cimentada sobre la instrumentalización de la vulnerabilidad femenina. La evidencia recolectada demuestra que el consentimiento, eje central de la narrativa comercial, se encuentra viciado de origen cuando hay precariedad económica, asimetría informativa y anulación de los procesos neurobiológicos y afectivos de la gestante. Al confrontar esta realidad con el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, resulta evidente que la mercantilización de la capacidad reproductiva contraviene los principios de dignidad e irrenunciabilidad de derechos consagrados en el PIDESC, la CEDAW y el Protocolo de Palermo. Por lo tanto, mientras el Estado priorice la seguridad contractual sobre la protección integral de la madre biológica y la prevención de la trata de personas, la gestación subrogada continuará operando como un sistema de explotación que reduce la vida humana a un objeto de intercambio comercial, despojando a la mujer de su condición de sujeto de derechos para convertirla en una herramienta de producción sujeta a la gestión de terceros.

Vulneración a los sujetos contratantes: los comitentes

Si bien el análisis de la gestación subrogada suele centrarse en la gestante y el menor por ser los eslabones de mayor fragilidad, los sujetos contratantes o comitentes no están

exentos de vulneraciones derivadas de la propia naturaleza de esta práctica. La primera de ellas es de carácter ético y ontológico: el riesgo de reducir un proceso vital y humano a la categoría de una mera transacción comercial. Al operar bajo una lógica de mercado, los comitentes se exponen a confundir la gestación con la adquisición de un servicio y la obtención de un "producto" destinado a su satisfacción personal (Jouve de la Barrera, 2017). Esta dinámica incentiva una búsqueda de seguridad y calidad que, con frecuencia, despoja de su humanidad a la mujer que hace posible el proceso.

Un ejemplo paradigmático de esta deshumanización ocurrió tras el terremoto de Nepal en abril de 2015. En aquel momento, la prioridad de los comitentes y de las autoridades internacionales se centró exclusivamente en salvaguardar a los recién nacidos, omitiendo cualquier medida de auxilio para las mujeres gestantes que habían hecho posible esos nacimientos. En los vuelos de repatriación organizados por el gobierno israelí, fueron evacuados los quince bebés encargados, mientras que las gestantes nepalesas fueron dejadas atrás en la zona de catástrofe (Bellver Capella, 2015, p. 47). Este episodio evidencia que, cuando el vínculo se reduce a lo contractual, la persona de la gestante desaparece frente al interés por el "objeto" del contrato, situando a los comitentes en una posición ética cuestionable que el Derecho no puede ignorar.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, los sujetos contratantes se encuentran inmersos en una profunda inseguridad, derivada de la fragmentación normativa global y la inexistencia de un marco regulador internacional vinculante. Esta carencia de consenso jurídico sitúa a los comitentes en una paradoja: mientras que el mercado les ofrece una garantía de "satisfacción del deseo", el Derecho les impone la realidad de que el estado civil y la filiación son bienes fuera del comercio humano. En donde la pretensión de

garantizar un supuesto "derecho a la carta" para reproducirse como una prerrogativa individual, mientras se intenta proteger simultáneamente la dignidad de la gestante y el menor, resulta ser, en la práctica, una ilusión jurídica (Bellver Capella, 2015, p. 47). El contrato no puede blindar a los contratantes contra la naturaleza indisponible del cuerpo humano y los afectos.

Esta incertidumbre estructural se traduce en una carga de presión psicológica persistente durante todo el proceso. Los comitentes carecen de una certeza absoluta sobre el cumplimiento del objeto del contrato, enfrentándose al riesgo latente de que la madre gestante, quien legalmente ostenta la maternidad en la mayoría de las jurisdicciones al momento del parto, decida no entregar al menor o impugnar la validez del acuerdo apelando a su derecho fundamental a la maternidad. Asimismo, el escenario se complica ante la posibilidad de que los donantes de material genético interpongan demandas de custodia, lo que sitúa a los comitentes en un complejo limbo legal (Jouve de la Barrera, 2017, p 159). En última instancia, la inversión económica y la planificación logística no garantizan la eficacia jurídica de la filiación deseada, dejando a los contratantes en una posición de vulnerabilidad frente a las leyes de orden público que prohíben la transacción de seres humanos.

Capítulo 3. El contrato de gestación subrogada en Colombia

El análisis del contrato de gestación subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano exige, de manera preliminar, una revisión exhaustiva de la teoría general del negocio jurídico y de las obligaciones. En Colombia, la estructura contractual se rige por las disposiciones del Código Civil, específicamente en sus artículos 1494¹⁶ y 1495¹⁷, los cuales definen al contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer, derivando de allí el concurso real de voluntades como fuente primordial de las obligaciones (Código Civil, 1873).

No obstante, la aplicación del régimen contractual a la gestación subrogada supone un reto dogmático. Mientras que el esquema tradicional del artículo 1501 del Código Civil distingue elementos de la esencia, naturaleza y accidentales, el acuerdo de gestación trasciende la mera autonomía procreacional para involucrar la disposición del cuerpo humano. Por tanto, la validez de estos acuerdos no solo debe examinarse bajo el rigorismo civilista, sino que debe armonizarse con el principio de dignidad humana. Un punto de especial fricción radica en la naturaleza del objeto: el artículo 1518 del Código Civil estipula que los hechos objeto de declaración de voluntad deben ser física y moralmente posibles, siendo lo moralmente imposible aquello que contraviene las leyes, las buenas costumbres o el orden público (Código Civil, 1873). Bajo esta premisa, surge el interrogante de si la gestación constituye una enajenación de “cosas que no están en el

¹⁶ Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. (Código Civil [CC]. Ley 84 de 1873. 31 de mayo de 1873, 1873)

¹⁷ Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas (Código Civil [CC]. Ley 84 de 1873. 31 de mayo de 1873, 1873)

comercio”¹⁸, o si se trata de un ejercicio legítimo de la libertad procreacional amparado en una causa lícita.

En la estructura de este negocio jurídico, la doctrina¹⁹ identifica a los padres comitentes como aquellos que, motivados por una voluntad procreacional, contratan la gestación para posteriormente asumir la filiación legal del nacido. En la contraparte se halla la madre gestante o subrogada, quien asume el compromiso biológico de llevar a término el embarazo (Asociación Española de Bioética y Ética Médica [AEBI], 2017). Esta figura contractual refuerza el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y da paso a modelos de familia pluriparental, donde concurren los comitentes, la gestante y, en ocasiones, donantes de gametos.

La complejidad técnica del acuerdo permite distinguir entre la subrogación tradicional (parcial) y la subrogación gestacional (completa), distinción que posee profundas implicaciones en la teoría del título y el modo de la filiación. En la modalidad tradicional, la utilización de gametos propios de la gestante establece un vínculo genético que colisiona con el principio de indisponibilidad del estado civil. Por el contrario, la subrogación gestacional, calificada como de “alta tecnología” al emplear Fecundación In Vitro (FIV), desvincula genéticamente a la mujer que gesta del producto de la concepción, situando el eje central del contrato en la voluntad procreacional y no en el dato biológico derivado del parto. (Lambertino & Carvajal, 2025, p. 64).

¹⁸ Artículo 1521 (Código Civil [CC]. Ley 84 de 1873. 31 de mayo de 1873, 1873)

¹⁹ Algunos de estos expositores son: Nicolás Jouve De La Barreda (2017) Lois McLatchie (2022), Pedro Brandão & Nicolás Garrido (2022), Esther Vicente (2024)

Desde la óptica de la teoría de las obligaciones, la distinción entre la subrogación altruista y la comercial resulta crítica para evaluar la licitud de la causa (art. 1524 C.C.). Mientras que en la modalidad altruista el acuerdo se limita a la compensación de gastos directos, la modalidad comercial introduce una remuneración que excede los costes operativos, configurándose como una compensación por el riesgo biológico y el “sufrimiento” asumido por la gestante (Lambertino & Carvajal, 2025, p. 64). Esta última variante suscita los mayores debates en torno a la posible mercantilización del cuerpo humano.

El contrato de gestación subrogada adquiere una complejidad adicional cuando los sujetos contractuales se encuentran domiciliados en distintos Estados, este tipo de acuerdos suelen denominarse como “ subrogación transfronteriza”, “gestación subrogada internacional”, “acuerdo de subrogación internacional”. Este escenario implica la voluntad entre la mujer gestante y los padres comitentes que serían de diferentes Estados, proceso que suele estar mediado por intermediarios o agencias internacionales que facilitan la logística reproductiva a escala global (Lambertino & Carvajal, 2025). Este fenómeno trae consigo conflictos de leyes y de jurisdicción tales como la determinación de la ley aplicable al contrato, competencia de los jueces y adicionalmente los comitentes suelen venir de Estados donde la gestación subrogada es prohibida dando una tensión en el reconocimiento de la filiación y a situaciones de desprotección jurídica o apatridia del recién nacido.

4.1 Regulación de los contratos atípicos en Colombia y las cláusulas esenciales

La comprensión de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano parte de una premisa fundamental: la inexistencia de una ley específica que discipline sus efectos internos. No obstante, en el derecho privado el silencio del legislador no implica la inexistencia del vínculo, sino su desplazamiento hacia la categoría de la atipicidad contractual. Los contratos atípicos o innominados son aquellos que, si bien no cuentan con una regulación o “*nomen iuris*” en la legislación positiva, son reconocidos por la realidad social y se sostienen sobre la libertad contractual (Chuliá Vicent y Beltrán Alandí, 1999, p. 12).

Para la Corte Suprema de Justicia, la atipicidad no se desdibuja por la simple alusión a características del contrato en normas de carácter tributario o financiero; por el contrario, un contrato es verdaderamente atípico cuando carece de una regulación normativa propiamente dicha que determine su duración, efectos y formas de extinción²⁰. En este escenario, la gestación subrogada emerge como un negocio jurídico complejo que, al no estar tipificado, se rige primordialmente por la voluntad de las partes, siempre que su función socioeconómica sea conforme con los principios ético-jurídicos del ordenamiento²¹.

²⁰ (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Proceso 6426, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles; 13 de diciembre de 2002)

²¹ La Corte Suprema de Justicia menciona que los contratos atípicos “se encuentran disciplinados, en primer lugar, por el acuerdo negocial, es decir, por las cláusulas ajustadas por las partes, siempre y cuando no sean contrarias a leyes imperativas; por la práctica social habitual; por las normas generales a todo acto jurídico; y, en caso de vacíos, por las normas que gobiernan los contratos típicos afines” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 5817, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles; 22 de octubre de 2001, pág. 31)

El pilar sobre el cual se edifica el contrato de gestación subrogada es la autonomía de la voluntad privada. Este postulado consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares para que estos, mediante el ejercicio de su poder normativo, regulen sus propios intereses y alcancen sus fines personales (Sentencia T-338 de 1993). En el contexto de la reproducción asistida, este principio encuentra una conexión directa con el artículo 16 de la Constitución Política, que garantiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad, permitiendo que los individuos decidan sobre su proyecto de vida y la conformación de su núcleo familiar.

Bajo esta óptica, el artículo 1602 del Código Civil establece que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”. No obstante, la doctrina moderna (Acosta Rodríguez, 2019) invita a desmontar el mito del absolutismo contractual. La fuerza vinculante de este acuerdo no nace de la mera firma, sino de su licitud; es decir, para que un contrato de gestación sea realmente “ley”, debe ser conforme al orden público y las buenas costumbres (art. 1502 C.C.). Un contrato que desconozca la dignidad humana o que abuse de una posición dominante, aprovechando la desigualdad económica o la falta de educación de la gestante, será total o parcialmente ineficaz, pues la autonomía no es una “atribución ilimitada”, sino un ámbito de libertad fundado y limitado por el derecho (Acosta Rodríguez, 2019, p. 75). Un contrato de gestación que desconozca el orden público o las buenas costumbres será, por razones lógicas, ineficaz o nulo, ya que no puede considerarse válido aquello que nace de la transgresión de principios superiores.

En consecuencia, el contrato de gestación subrogada en Colombia no opera en un vacío ético. Si bien el Estado delega en los comitentes y en la gestante la facultad de crear

obligaciones de “dar, hacer o no hacer” (art. 1495 C.C.), dicha delegación está sujeta a que los sujetos no abusen de sus derechos ni ignoren los deberes de respeto hacia el otro, tal como lo ordena el artículo 95 de la Carta Política²². Así, la libertad contractual se convierte en la herramienta para edificar un orden social más justo, donde el negocio jurídico debe ser interpretado bajo la perspectiva del Estado Social de Derecho y no solo bajo una equivalencia formal de prestaciones que ignore la realidad de los contratantes. Por ello, las cláusulas esenciales de la gestación subrogada en Colombia, especialmente aquellas referidas a la compensación y la renuncia de derechos, deben estar sujetas a un control de equidad que impida que la libertad contractual se convierta en una herramienta de explotación en el mercado nacional (art. 333 C.P.).

Ahora bien, la existencia y validez del contrato de gestación subrogada, al ser una figura atípica, no depende de una estructura legal predefinida, sino del cumplimiento estricto de los requisitos generales de todo acto jurídico. Como bien ha señalado la jurisprudencia constitucional, la inexistencia de un contrato se produce cuando faltan los elementos esenciales para su surgimiento (Sentencia C-345 de 2017). En lo atinente al

²² Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;
3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.
4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;
5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;
6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;
7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;
8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;
9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

consentimiento y, para el caso del acuerdo de maternidad subrogada, el negocio nace a la vida jurídica desde el concurso de voluntades de las partes, pues al ser un contrato atípico, no se le han impuesto formalidades *ad substantiam actus* por vía legislativa.

Sin embargo, el mayor desafío jurídico reside en la definición del objeto contractual. De conformidad con los artículos 1517 y 1518 del Código Civil, toda declaración de voluntad debe recaer sobre un objeto que sea física y moralmente posible, comercial y determinado o determinable. En este contrato, el objeto consiste en una obligación de “hacer”: la prestación de un servicio gestacional y la posterior entrega del nacido. No obstante, para que este objeto sea lícito, y por consiguiente, válido, no debe contrariar el orden público, la moral, ni las buenas costumbres. Surge entonces una tensión ética y legal: ¿es el proceso gestacional un hecho susceptible de valoración económica o se trata de una “cosa” fuera del comercio por involucrar la integridad física y la dignidad humana? (Art. 1521 C.C.). Desde la doctrina (p.e. Lorenzetti, 2004, p. 20), el objeto debe responder a una finalidad económico-social que determine su licitud. En la gestación subrogada, si el objeto se interpreta como la “venta de un hijo” o la “enajenación de funciones orgánicas”, se configuraría un objeto ilícito por contravenir el orden público y las buenas costumbres, lo que viciaría de nulidad absoluta el acto negocial. Por el contrario, los defensores de la práctica sostienen que el objeto es la técnica de reproducción asistida y el compromiso de filiación, amparados además en la causa lícita de conformar una familia, lo que se encuentra en sintonía con la licitud del objeto negocial.

Al respecto, la jurisprudencia colombiana en pronunciamientos sobre el objeto como requisito de existencia ha indicado que el contrato existe jurídicamente en el momento

que se presenta un concurso de voluntades sobre una prestación específica; sin embargo, al hablar sobre el objeto como requisito de validez, indica que este es válido solo si es altruista: cualquier matiz comercial genera nulidad absoluta. Para la Corte Constitucional en la Sentencia T-968 de 2009, el objeto de este se define como el acto reproductor mediante el cual una mujer gesta un hijo con el compromiso de ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de terceros (p. 3). En el caso específico que dio origen a la sentencia, el objeto existió jurídicamente a través de un contrato verbal en donde la gestante aceptó realizarse tratamientos de fertilización con el fin de que el comitente fuese padre y comprometiéndose a entregar el fruto de dicha concepción. Sin embargo, la Corte establece que la existencia de este objeto no otorga al contrato una fuerza vinculante que prevalezca sobre el interés superior del menor, el vínculo biológico y el derecho de los niños a no ser separados de su madre, reafirmando que la maternidad no es un bien transable en el mercado (p. 54), y para que el objeto sea lícito, se debe evitar la mediación lucrativa y los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley, pues si el objeto se interpreta como la “venta de un hijo” o la mercantilización de funciones orgánicas, se incurre en un objeto ilícito que vicia la nulidad el acto (p. 50).

La Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia STC20614-17 (2017), estableció que, a pesar del vacío legal específico en Colombia, estos acuerdos nacen a la vida jurídica amparados en el artículo 42 de la Constitución Política, el cual resguarda la voluntad de conformar una familia mediante la asistencia científica (p. 13). Se menciona, además, que estos pactos, al no estar prohibidos, pueden regular válidamente las relaciones entre las partes y que el objeto existe, adquiriendo relevancia jurídica a través del consentimiento respecto al futuro de los embriones. Esto obliga a que en los convenios se planteen con

claridad la totalidad de los aspectos del proceso para no afectar los principios éticos básicos ni incurrir en ilicitudes (pp. 14-15).

Bajo el precedente de la Sentencia T-127 de 2024, el objeto como requisito de existencia se fundamenta en el simple concurso de voluntades sobre la obligación de hacer, la cual abarca tanto la prestación del servicio de gestación como el posterior traslado físico y jurídico del neonato; sin embargo, este constituye una venta del niño cuando se recibe una remuneración o cualquier retribución a cambio de trasladar al niño e intercambio del pago por este traslado (p. 43), pues vicia el contrato por objeto ilícito al tratar al nacido como un producto y dar lugar a la trata de personas. En esta sentencia, la Corte Constitucional establece criterios restrictivos basados en la licitud y el orden público, prohibiendo en primer lugar la mercantilización y la trata de personas, limitando la autonomía privada de los contratos y, en segundo lugar, dando lugar a la indisponibilidad de los atributos de la personalidad, en donde la validez del objeto se ve limitada por la naturaleza del estado civil (Sentencia T-127, 2024, pp. 49-50). De este mismo modo, el Tribunal Superior de Bogotá (2025) subraya que, aunque el objeto exista como una manifestación de la autonomía privada, encuentra un límite infranqueable en la naturaleza de lo que puede ser materia del contrato; la sentencia advierte que las normas sobre el estado civil son de orden público y que el estado civil de las personas es indisponible, por lo cual no puede ser objeto de transacción o de negocio jurídico (p. 11). En consecuencia, para el Tribunal, el objeto de que pretende disponer de la filiación de manera anticipada es legalmente ineficaz, pues un negocio privado no puede derrocar la presunción legal de maternidad que surge del hecho del parto y del certificado médico de nacido vivo (Sentencia 02820250007201-25, 2025, p. 9).

El análisis de la causa en el negocio jurídico, particularmente en contratos complejos y atípicos como los de gestación subrogada, requiere una distinción técnica entre su función como presupuesto para que el acto nazca a la vida jurídica (existencia) y las condiciones ético-legales para que produzca efectos plenamente vinculantes (validez) (Padilla et al., 2014). De acuerdo con el artículo 1524 del Código Civil colombiano, la causa se define como el “motivo que induce al acto o contrato”²³; en el marco de la gestación subrogada, este motivo determina la frontera entre la licitud de un acuerdo altruista y la nulidad de un pacto comercial. Padilla et al. (2014) sostienen que la causa real y lícita es un requisito esencial para la formación y validez del contrato y es indispensable que esta no sea contraria a las buenas costumbres ni al orden público (p. 12). La denominación de causa real implica que el interés que motiva el acuerdo debe ser efectivo y no una mera ficción o simulación (p. 119). Desde una perspectiva doctrinal, Ospina Fernández y Ospina Acosta (2005) sostienen que la causa debe ser determinante, es decir, que realmente induzca a la celebración del contrato (p. 278). En el contexto de la gestación subrogada, la causa existencial se rige según el rol de los sujetos: en los padres comitentes reside la voluntad procreacional, definida como el deseo de conformar una familia mediante asistencia científica; mientras que en la gestante, la causa es la aceptación de llevar a término el embarazo en favor de un tercero. Una vez constatada la existencia del motivo, el sistema jurídico somete dicho móvil a un control de moralidad y legalidad. La causa lícita es aquella que se ajusta a la ley, a las buenas costumbres y al orden público (Sentencia Radicado 05001-31-03-007-2022-00261-01, 2024, p. 12). En materia de gestación por sustitución, la jurisprudencia coincide en que la licitud de la

²³ "Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público" (Código Civil, art. 1524).

causa depende estrictamente del ánimo altruista. Al respecto, la Sentencia T-968 de 2009 advierte la necesidad de regular la materia para evitar la “mediación lucrativa” (p. 50), la cual vicia la licitud del acuerdo. De este mismo modo, el Tribunal Superior de Bogotá (2025) ha sido tajante al afirmar que pactar una remuneración independientemente del nombre que se le dé implica la cosificación de la mujer y su vientre y la mercantilización de su cuerpo, lo que configura una causa ilícita por atentar contra la dignidad humana (p. 25).

En las modalidades comerciales, donde el motor del acuerdo es el lucro desproporcionado a cambio del riesgo biológico de la gestante, la causa podría verse viciada por la mercantilización del ser humano. Por ello, la Corte Suprema de Justicia (SC, 22 oct. 2001)²⁴ advierte que precisar la admisión de los contratos atípicos requiere verificar que su función económico-social sea compatible con los principios rectores del ordenamiento, evitando que la autonomía privada se convierta en un vehículo para la explotación (Acosta Rodríguez, 2025, p. 54). La sanción principal para un contrato con causa ilícita es la nulidad absoluta, según lo estipulado en los artículos 1740 y 1741 del Código Civil. Bajo la óptica del artículo 1524 del Código Civil, la causa ilícita es aquella prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público; valga decir que la promesa de dar algo en recompensa de un hecho inmoral constituye un vicio insubsanable. En sintonía con esto, el Tribunal Superior de Bogotá (2025) ha sido enfático al señalar lo siguiente:

²⁴ Si bien esta sentencia no se refiere a la gestación subrogada, es referente en cuanto al análisis de los contratos atípicos en el ordenamiento jurídico colombiano. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Proceso 5817, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles; 22 de octubre de 2001).

Permitir la remuneración en este tipo de negocios jurídicos, sea directa o indirecta y cualquiera que sea el nombre que se le dé a la suma de dinero o bienes que reciba la mujer, comporta la cosificación de ella y de su vientre, la mercantilización de su cuerpo y le abre paso a eventuales casos de trata de seres humanos y tráfico de niños y niñas, todo lo cual atenta contra la dignidad del ser humano, como valor y derecho fundamental. (p. 25)

Por lo tanto, cualquier acuerdo de gestación subrogada de carácter comercial debe ser declarado nulo de forma absoluta. De este modo, el Tribunal Superior de Medellín (2024, p. 18) aclara que para que la ilicitud genere nulidad absoluta se requiere que sea una finalidad común o conocida por las partes. En este escenario, dado que el estado civil es indisponible e imprescriptible (Decreto 1260 de 1970, art. 1), cualquier causa contractual que pretenda transigir sobre la filiación de un menor es inidónea. Esta nulidad conlleva una sanción civil adicional según el artículo 1525 del Código Civil: "no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas". Esto implica que el Estado niega la facultad de recuperar las prestaciones ejecutadas (el dinero pagado). Ante esto, surge el interrogante sobre el destino del neonato. Garcés y Gaona (2024) advierten que:

“Las sanciones generales de ineficacia no son aplicables de forma tradicional luego del inicio de la ejecución. Esto se debe a que una vez ocurrida la implantación o el nacimiento, resulta físicamente imposible restituir a las partes al estado anterior, pues el ser humano no es una prestación contractual, sino un sujeto de derechos”. (p. 192)

Así, el saneamiento opera más como una necesidad de seguridad jurídica para proteger el interés superior del menor. En última instancia, la Corte Constitucional (Sentencia T-232 de 2024) ha recalcado que la protección de los niños y niñas es una responsabilidad del Estado que trasciende cualquier acuerdo privado, emanada directamente de la Constitución Política y del bloque de constitucionalidad. Al respecto, la Sentencia T-968 de 2009 ilustra esta ruptura de la lógica prestacional mediante el análisis del paradigmático caso "Baby M". En dicho proceso, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey declaró la nulidad absoluta del contrato al considerar que el pago de 10.000 dólares viciaba la causa por ser equivalente a la compraventa de un menor. La Corte Constitucional (2009, p. 48) resalta que *“La sentencia [...] declaró la nulidad del contrato celebrado [...] por contrariar el interés público del Estado. Así, restituye a la señora Whitehead sus derechos como madre biológica, pero confirma la decisión de conceder la custodia de la menor al padre biológico por estar en mejor aptitud para ejercerla”*. De este modo, se colige que en la gestación comercial el Derecho Civil sanciona el patrimonio de los contratantes al impedir la repetición de lo pagado, pero el Derecho de Familia y el bloque de constitucionalidad intervienen para extraer al neonato de la esfera de las restituciones mutuas. En consecuencia, la nulidad del negocio jurídico no implica la devolución de una prestación, sino la regularización de una filiación que, por mandato legal, es indisponible.

Por otro lado, si el móvil ilícito es secreto o producto del engaño de una sola parte, no se configura nulidad absoluta por causa ilícita, sino un vicio del consentimiento (dolo) que induce a un error en la causa, cuya sanción es la nulidad relativa (Tribunal Superior de Medellín, 2024). En el acuerdo de gestación subrogada altruista, este móvil ilícito

unilateral se manifiesta cuando una parte utiliza maniobras engañosas para obtener el consentimiento de la otra, sin que el objeto del contrato (la gestación en sí) sea intrínsecamente inmoral o mercantilista. Un caso paradigmático ocurre cuando los padres comitentes exigen una cualidad esencial en la gestante (como una estabilidad psicológica específica o un historial de salud determinado)²⁵ y esta, mediante engaños o silencio doloso, oculta una condición que no la inhabilita legalmente pero que es determinante para la pareja. En este caso, la parte engañada presta su consentimiento basándose en ese motivo aparente. En el evento, el derecho protege la buena fe de la parte engañada. Como señalan Ospina Fernández y Ospina Acosta (2005):

el dolo consiste en “crear en la mente de una persona, mediante procedimientos condenados por la buena fe, un móvil o razón para consentir, móvil o razón que en realidad no existe, que es ilusorio y pernicioso (p. 202),

Este caso sería considerado como un vicio del consentimiento por dolo que induce a un error en la causa, lo cual genera nulidad relativa. El artículo 1743 del Código Civil permite su saneamiento por la ratificación de las partes o por el transcurso del tiempo²⁶. Esto implicaría que los comitentes, tras conocer el verdadero móvil o la condición oculta, podrían decidir voluntariamente mantener el acuerdo. Sin embargo, persiste la limitación práctica de las restituciones mutuas. Como mencionan Garcés y Gaona (2024):

para el caso de la maternidad subrogada es imposible volver las cosas al estado en que se hallaban antes de la celebración del contrato, ya que las restituciones mutuas se

²⁵ Incumplimiento sobre el requisito de capacidad.

²⁶ Prescripción de la acción.

aplican a obligaciones de contenido patrimonial, y se trata de devolver la cosa, restituir el precio, frutos e intereses. De manera que este tipo de ineficacia no tiene cabida en estos convenios. (p. 181).

En consecuencia, mientras que en los contratos patrimoniales la nulidad relativa busca el retorno al statu quo ante, en la gestación subrogada la nulidad relativa opera más como un mecanismo de renegociación o rescisión de responsabilidades futuras, sin que sea posible ignorar la existencia del nasciturus o el proceso biológico ya iniciado.

Dada la naturaleza atípica del contrato de gestación subrogada, su ejecución y cumplimiento no pueden quedar al arbitrio absoluto de la voluntad de las partes, pues el silencio del legislador genera lagunas o vacíos normativos que el intérprete debe integrar. Según la doctrina (p.e. Marcela Castro Ruiz, 2006, p. 11), a falta de previsiones expresas, son las estipulaciones contractuales, las prácticas negociables y los usos convencionales los que dictan las reglas primarias de operación, siempre bajo el respeto irrestricto de las normas imperativas y el orden público. No obstante, en virtud del principio de buena fe contractual, el contenido del contrato no se agota en lo que las partes han plasmado por escrito. Siguiendo la tradición romanista, todo negocio jurídico típico o atípico contiene obligaciones tácitas o implícitas que emanan de la naturaleza misma de la relación, la costumbre o la equidad (Acosta, 2019, p. 67). En la gestación subrogada, esto implica deberes de información, cuidado y protección que, aunque no se pacten, son exigibles. Su desconocimiento conlleva una ejecución de mala fe que obliga al contratante culpable a reparar integralmente los perjuicios ocasionados.

Dada la naturaleza atípica del contrato de gestación subrogada en el sistema civil colombiano, su interpretación no puede ser errática. Ante la ausencia de una ley especial, el intérprete debe acudir a la doctrina general sobre contratos atípicos establecida por la Corte Suprema de Justicia, que indica que la falta de regulación no es óbice para su reconocimiento, siempre y cuando el negocio sea lícito:

En relación con este último aspecto, es decir, la disciplina normativa del contrato atípico, cabe destacar que deben atenderse, preferentemente, dada su singular naturaleza, las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público. Así mismo, les son aplicables, tanto las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes para todas las obligaciones y contratos, como las originadas en los usos y prácticas sociales; y, finalmente, mediante un proceso de auto integración, los del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante. (Proceso 5817, 2001, p. 28)

Es fundamental precisar que, aunque la sentencia referida no se pronunció específicamente sobre la gestación subrogada, su importancia radica en que impone un límite ético-jurídico infranqueable: para que un contrato atípico sea admitido y válido, su función económico-social debe estar conforme con los principios ético-jurídicos rectores del ordenamiento. En consecuencia, si el contrato de gestación subrogada en Colombia pretende ser ley para las partes (art. 1602 C.C.), debe superar primero este test de validez, demostrando que no vulnera el orden público ni la dignidad humana, requisitos sin los cuales cualquier acuerdo privado carecería de la tutela judicial del Estado.

La estructuración del acuerdo de gestación subrogada en Colombia debe someterse a la clasificación tripartita que el artículo 1501 del Código Civil impone a todo negocio jurídico. Esta distinción es fundamental para determinar qué elementos son innegociables y cuáles dependen exclusivamente de la voluntad de las partes:

1. Elementos de la esencia: son aquellos sin los cuales el contrato no produce efecto alguno o “degenera en otro diferente”. En la gestación subrogada, la voluntad procreacional de los comitentes y el consentimiento de la gestante para la transferencia embrionaria son elementos de la esencia, así como la gratuidad del acto. Sin ellos, el negocio jurídico podría degenerar en una filiación biológica ordinaria o, en el peor de los casos, en un tráfico de menores de edad. Asimismo, el objeto, entendido como la prestación del servicio gestacional, es esencial para que el contrato mantenga su fisonomía propia.
2. Elementos de la naturaleza: el Código Civil los define como aquellos que, no siendo esenciales, se entienden pertenecer al contrato sin necesidad de cláusula especial. Aquí radica la mayor complejidad de la atipicidad: al no existir una regulación legal para la gestación subrogada, el contrato carece de elementos de la naturaleza predefinidos por el legislador. Esto obliga a las partes a ser exhaustivas en su redacción, pues no pueden confiar en que la ley “suplirá” sus silencios, salvo por lo que dicte la buena fe y los principios generales de las obligaciones.
3. Elementos accidentales: son aquellos que se agregan mediante cláusulas especiales (como pólizas de seguro para la gestante o regímenes de visitas postparto).

El rigor del artículo 1501 advierte que el contrato de gestación subrogada no es un documento genérico. La omisión de un elemento de la esencia o la mala configuración de un elemento accidental podría derivar en la ineficacia o nulidad del vínculo. Como se

analizó anteriormente, la fuerza obligatoria del contrato (art. 1602 C.C.) depende de que este andamiaje contractual respete el orden público, garantizando que el ejercicio de la autonomía privada no se convierta en un mecanismo de vulneración de la dignidad de la mujer o del nacido.

4.2 Consentimiento de las partes y licitud de la gestación subrogada en los contratos

El consentimiento no es solo un requisito formal del contrato: es la manifestación de la autonomía privada y el vehículo de la autodeterminación del individuo para disponer sus propios intereses, su fuerza de trabajo y los bienes de su personalidad (Alarcón Rojas et al., 2018). En el ordenamiento jurídico colombiano, este yace sobre el principio del consensualismo, según el cual las obligaciones nacen del concurso real de voluntades (Código Civil, 1873, art. 1494) y la libertad para escoger formas de exteriorizar dicho querer (Fortich, 2012). No obstante, en negocios jurídicos complejos como la gestación subrogada, el consentimiento debe ser analizado bajo una óptica que trascienda la operación económica para enfocarse en la protección de los derechos fundamentales.

Desde la perspectiva constitucional, el consentimiento se erige como una garantía del libre desarrollo de la personalidad (art. 16, C.P.) y la dignidad humana. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

“El derecho al consentimiento informado [...] es indispensable para la protección de la integridad personal dado que el cuerpo del sujeto es inviolable y no puede ser intervenido ni manipulado sin su permiso. Por ende, una actuación que impida al individuo decidir sobre su propio cuerpo constituye, en principio, una

instrumentalización contraria a la dignidad humana" (Corte Constitucional. C-405/16. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. 3 de octubre de 2016).

Es preciso aclarar que, bajo el principio del consensualismo, la formación del contrato implica siempre la exteriorización de la voluntad a través de algún medio, pues la 'comunicación de conciencias' es imposible en el terreno jurídico (Fortich, 2012, p. 184). En la gestación subrogada, el consensualismo no debe entenderse como la ausencia de ritos, sino como la libertad para escoger las formas de transmitir el querer de las partes. No obstante, dada la trascendencia de los derechos en juego, la utilización de la forma escrita deja de ser una opción accidental para convertirse en un requisito de fondo que garantiza la previsibilidad y certeza de las obligaciones (Alarcón Rojas et al., 2018).

Para que el consentimiento en la gestación subrogada sea plenamente válido, debe estar exento de los vicios tradicionales: error, fuerza y dolo (Código Civil, 1873, art. 1508). No obstante, en este escenario, la interpretación de estos vicios debe evolucionar hacia un control de las asimetrías de poder. Como advierte la doctrina contemporánea, el contrato no puede seguir entendiéndose como un encuentro de voluntades en condiciones de igualdad absoluta, sino que debe reconocer la existencia de un contratante débil cuya voluntad puede verse comprometida por factores externos (Alarcón Rojas et al., 2018).

Tradicionalmente, la fuerza como vicio del consentimiento requiere que sea capaz de producir una "impresión fuerte en una persona de sano juicio" (Código Civil, 1873, art. 1513). Para que la fuerza sea un vicio del consentimiento "no es necesario que la ejerza aquél que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento" (Código Civil, 1873, art. 1514). La Corte

Suprema de Justicia, en la Sentencia SC1681-19 (2019), menciona que este vicio exige la concurrencia de un elemento objetivo, que es la intensidad del acto violento, y uno subjetivo, que es el justo temor de verse expuesta la persona o sus allegados a un mal irreparable y grave (p. 32). Esta misma Corporación precisa que la fuerza no solo comprende la violencia física, sino también la moral, y que para su existencia se requiere un nexo causal entre la amenaza y el consentimiento (Sentencia SC1681-19, 2019, p. 12). En el contexto de la gestación, surge el debate sobre si la necesidad económica constituye una forma de fuerza moral. Bajo la lectura constitucional del artículo 13 de la Constitución Política (1991), una voluntad disminuida por la urgencia de supervivencia no es una voluntad libre. En este sentido, el consentimiento se ve viciado cuando la gestante actúa para mitigar una circunstancia de debilidad manifiesta (Sentencia C-405 de 2016). Como señala la Corte Constitucional en la Sentencia T-127 de 2024, la falta de regulación favorece que intermediarios contraten a “madres de alquiler vulnerables”, transformando la autonomía en una ilusión jurídica (p. 61).

Frente al error, este ha sido definido como “la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad” (Sentencia Radicado 05001-31-03-007-2022-00261-01, 2024, p. 14). Para que este vicio invalide el negocio, debe recaer sobre la especie del acto, el objeto o la persona, siempre que esta sea la causa principal del contrato (Sentencia Radicado 50001-31-53-003-2018-00014-01, 2023, p. 11).

El ordenamiento distingue entre el error de hecho y el error de derecho. Mientras que el primero es un vicio reconocido, el artículo 1509 del Código Civil establece que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. No obstante, Padilla et al. (2014, p. 127) explican que durante el periodo de la “Corte de Oro” (1936-1940) se impulsó una

interpretación progresista en la que “el error de derecho sí podía viciar el consentimiento de un contratante, y, en este sentido, que podía ser alegado como causal de nulidad de un contrato”. Desde esta perspectiva doctrinal y jurisprudencial, si el motivo determinante que indujo a las partes a contratar era una creencia errónea sobre una norma, la obligación carecía de causa real, lo que la hacía nula o inexistente.

En el marco de la gestación subrogada, el error puede surgir debido a la asimetría de información y de la vulnerabilidad socioeconómica, pues como se ha resaltado en reiteradas ocasiones, la decisión de muchas gestantes a menudo carece de autonomía plena para convertirse en una ética de la necesidad, donde la carencia material vicia el consentimiento y transforma un derecho en una transacción de supervivencia. Jurisprudencia como la del Tribunal Superior de Medellín (2025, p. 4), advierte que el error no es atendible si proviene de la negligencia o desidia de quien lo alega. En contratos donde participan profesionales o personas con experiencia, recae sobre ellas el deber de diligencia esmerado, propio del hombre juicioso en la administración de sus negocio (art. 63, C.C.); en la gestación subrogada, esto implica que las clínicas y los padres de intención tienen la obligación de brindar información exhaustiva²⁷, pues si esta información no es clara y detallada, el consentimiento se considera viciado por error, ya que la gestante no puede representarse fielmente a los riesgos médicos o las consecuencias jurídicas del negocio.

Ahora bien, el dolo permite identificar las patologías de la voluntad que surgen en un contexto de asimetría informativa y vulnerabilidad socioeconómica. El Código Civil en el

²⁷ Tal como se observó en la Sentencia T-357 de 2022 sobre el consentimiento libre y cualificado.

artículo 63 concibe el dolo como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. No obstante, cuando se analiza como vicio del consentimiento el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín (2025, p. 12) lo define como la “maniobra engañosa perpetrada con el fin de influir necesariamente en la voluntad de otro a fin de que consienta en contratar”. El artículo 1515 del Código Civil menciona que “el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado”. El dolo no solo consiste en el engaño activo, sino también en el aprovechamiento anómalo de la situación de la contraparte. Según González y Aedo Barrena (2023, p. 155), la conducta contraria a la buena fe es el desequilibrio contractual, “pues la idea contractual debe basarse en la igualdad de los contratantes y en el relativo igualitario acceso que tienen a la información, lo que les permitiría pactar condiciones contractuales en términos libres” (p. 156). En la gestación subrogada se manifiesta cuando el contratante fuerte (los comitentes o las agencias) incide en la determinación del contenido contractual valiéndose de la vulnerabilidad de la gestante. Este “aprovechamiento” apunta a una voluntad ya mermada, permitiendo que el contratante doloso imponga cláusulas desproporcionadas que rompen la equivalencia de las prestaciones.

Ante el desequilibrio inherente a la gestación subrogada, la buena fe trasciende su concepción tradicional como mero estándar de conducta para erigirse en una herramienta adaptativa y restaurativa del equilibrio contractual (González y Aedo Barrena, 2023). En este escenario, la buena fe impone al intérprete y al juez la obligación de evaluar si el consentimiento fue el resultado de una negociación justa o la consecuencia de una estructura de poder desigual.

Esta función restaurativa se manifiesta en dos dimensiones críticas: en primer lugar en el control de cláusulas abusivas, pues la validez del acuerdo depende de la proporcionalidad entre las cargas asumidas y los beneficios obtenidos (González y Aedo Barrena, 2023, p. 158). Una desproporción significativa en las prestaciones (como la fijación de compensaciones irrisorias frente a los riesgos biológicos y psicológicos de la gestante²⁸) debe calificarse como contraria al estándar de la buena fe. Bajo esta óptica, el aprovechamiento de la posición ventajosa de los comitentes para imponer condiciones onerosas constituye una conducta abusiva que el ordenamiento debe sancionar, ya sea mediante la nulidad total o parcial del pacto, o la readecuación de sus términos. En segundo lugar, en la protección de la gestante como “deudora de la prestación” frente a esa obligación de hacer (el proceso gestacional) que involucra directamente su integridad física y autonomía. Siguiendo la tesis de Bianca (citado en Alarcón Rojas et al., 2018), el derecho debe intervenir para garantizar una posición contractual mínima que impida que la autonomía privada se transforme en un vehículo de explotación. El contrato solo adquiere su potencialidad como portador de "humanitas" cuando se aleja de la lógica puramente utilitarista y respeta la dignidad inalienable de quien pone su cuerpo al servicio de un proyecto ajeno (Alarcón Rojas et al., 2018). Si el negocio jurídico es el resultado de una posición contractual ventajosa que instrumenta la necesidad ajena, se configura una lesión del contrato que lo hace incompatible con los postulados del Estado

²⁸ En este contrato, las cargas no son meramente patrimoniales, sino que involucran la integridad física y psíquica de la mujer. La gestante se somete a procedimientos invasivos como la estimulación ovárica, ruptura del vínculo neurobiológico, depresión post- parto, etc. Mientras que los comitentes obtienen el beneficio supremo de materializar su voluntad procreacional y conformar una familia. El relacionamiento se establece cuando el sistema jurídico observa que los comitentes, aprovechando su posición económica ventajosa, fijan una compensación (a menudo disfrazada de "reembolso de gastos" o "gratificación") que no guarda equivalencia alguna con el riesgo de daño permanente o muerte que asume la gestante. Hay que tener en cuenta que la buena fe actúa como una herramienta para evaluar si las prestaciones son equitativas. Se recuerda, en todo caso, que para la validez del contrato de gestación subrogada, este debe ser con fines altruistas y en ningún caso debe ser remunerado.

Social de Derecho. Por consiguiente, la protección del contratante débil no constituye una facultad discrecional o "caritativa" del juzgador, sino un mandato constitucional de solidaridad (arts. 1 y 95 CP). Este mandato condiciona la existencia misma de la fuerza obligatoria del contrato: solo aquel acuerdo que respete la equidad y la dignidad humana puede reclamar para sí la tutela judicial y el carácter de ley para las partes (Alarcón Rojas et al., 2018).

Dada la naturaleza invasiva, los riesgos biológicos y las implicaciones bioéticas que asume la gestante, el ordenamiento jurídico colombiano exige que el consentimiento no sea simplemente expreso, sino cualificado. Según la Corte Constitucional en intervenciones que comprometen la integridad física y la autonomía reproductiva, el consentimiento debe cumplir con un estándar de rigor superior al de los contratos civiles ordinarios:

“(...) Al margen de ello, la legislación y la jurisprudencia han identificado eventos en los cuales el otorgamiento del consentimiento que precede al perfeccionamiento de los vínculos contractuales ha de sujetarse a condiciones especiales. Ello en atención, por ejemplo, al tipo de materias sobre las que versa el acuerdo o a la posición de los sujetos contratantes. No es lo mismo celebrar contratos que rigen materias exclusivamente patrimoniales, que prestar el consentimiento respecto de asuntos de naturaleza extrapatrimonial o que guardan relación directa con derechos fundamentales. En esa dirección, tampoco es equivalente que un consumidor -y no un profesional- preste su consentimiento en un mercado en el que existen asimetrías de información o que un menor -y no un adulto- lo haga cuando se trata de un determinado procedimiento médico. (...) La Corte encuentra que en materia de procesos de fecundación in vitro y de

criopreservación, el consentimiento previo a su realización además de ser libre debe ser cualificado” (Corte Constitucional. T-357/22. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. 13 de octubre de 2022)

Un punto crítico en la validez de los contratos de subrogación es la potencial ineficacia del consentimiento cuando este se inserta en dinámicas de explotación. El Protocolo de Palermo (2000) en el artículo 3, literal b, establece una regla fundamental: el consentimiento de la víctima a cualquier forma de explotación no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido al abuso de poder o a situaciones de vulnerabilidad. Por tanto, la autonomía de la voluntad no puede ser invocada para validar un acuerdo de explotación reproductiva. Esta visión se ve reforzada por el Convenio de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional (1993), del cual Colombia es Estado parte. Bajo estos estándares, la maternidad se atribuye legalmente a la mujer que da a luz. Cualquier renuncia al hijo solo puede ejercerse válidamente después del nacimiento y que además, los consentimientos no sean obtenidos mediante algún pago o compensación, tomando también en consideración los deseos y opiniones del niño²⁹, lo que invalida las cláusulas contractuales que exigen una renuncia

²⁹ Artículo 4 Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional: (...) 3. Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y 4. El consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y d) Se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que, 1. Ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando éste sea necesario. 2. Se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño. 3. El consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y 4. El consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna (Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Artículo 4°. 29 de mayo de 1993)

anticipada e irrevocable durante el embarazo (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2025) y cláusulas compensatorias o remuneratorias.

Si bien actualmente no existen tratados internacionales que aborden de manera puntual la gestación subrogada, varios de ellos han consagrado el principio de la dignidad humana. La Conferencia de La Haya (1993) trabaja en un instrumento para dar seguridad a la filiación transnacional; este enfoque ha sido criticado por obviar la problemática real de la dignidad y los derechos de la mujer y los hijos gestados, desviando la atención de las implicaciones de violencia y explotación que estas prácticas generan, en tanto el texto propuesto asume que el núcleo del conflicto es meramente técnico-jurídico y que la solución debe centrarse en la "previsibilidad, seguridad y continuidad" de la filiación transnacional, eludiendo tomar una postura ética de apoyo u oposición frente a la práctica misma. De acuerdo con el análisis de Galera Victoria (2025, p. 60), los instrumentos internacionales actuales, como los propuestos en el seno de la Conferencia de La Haya, incurren en un "desenfoco del problema" al procurar una filiación transnacional automatizada. Esta autora sostiene que dicha visión asume una neutralidad aparente que termina por legitimar la mercantilización:

“Es evidente que tal propuesta normativa desvía la atención sobre las implicaciones que tales prácticas generan en los menores nacidos de estos contratos procurando una filiación transnacional, pero obvia la problemática real de esta cuestión y sus negativas consecuencias para la dignidad y los derechos de la mujer y los hijos/as gestados.” (p. 61).

A pesar de la falta de regulación expresa, Colombia, como Estado parte de tratados como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)³⁰, está obligada a excluir cualquier forma de cosificación y mercantilización de mujeres y niños. La gestación subrogada con fines remuneratorios se podría considerar una práctica que vulnera la dignidad humana de la mujer, ya que implica la utilización e instrumentalización de su cuerpo y funciones reproductivas como recursos con fines financieros o de otro tipo, lo cual representa un riesgo particular para mujeres en situación de vulnerabilidad en países en desarrollo. Asimismo, conforme al artículo 5 de la CEDAW, Colombia debe tomar las medidas necesarias para modificar los patrones socioculturales que perpetúan roles estereotipados de género y prevenir la reducción de la mujer a su función reproductiva. (ONU, 2025, p. 19).

Ahora bien, la validez del contrato de gestación subrogada no depende únicamente de la existencia de un consentimiento libre y espontáneo, sino de que su objeto y su causa sean conformes al ordenamiento jurídico. En esta práctica, la licitud se ve cuestionada por la introducción del cuerpo de la mujer y de los niños en el tráfico jurídico como "bienes fungibles" u objetos necesarios para satisfacer el deseo de terceros (Galera Victoria, 2025). El objeto del contrato (la gestación y la posterior entrega del nacido) puede derivar en una cosificación de la mujer gestante y del niño. Al permitir que intermediarios realicen negocios con ellos, se posibilita la explotación del estado de necesidad de mujeres vulnerables, creando una "ciudadanía censitaria" donde la filiación queda supeditada a la capacidad económica (Galera Victoria, 2025). Además, que

³⁰ Se aprueba la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) por medio de la Ley 51 de 1981

mediante contrato se determine el estado civil de una persona va en contra del orden público³¹ pues el estado civil es “indivisible, indisponible e imprescriptible”³² .

Un punto medular en la licitud es la distinción entre la gestación comercial y la altruista. Si bien el modelo altruista se presenta como un acto de solidaridad, su viabilidad jurídica depende de que no se convierta en un mecanismo que encubra contradicciones respecto a la igualdad y la libertad. En este sentido, existe el riesgo de que la gestación para terceros derive en una deshumanización de la mujer y del niño si los intervinientes son reducidos a "objetos o productos de un nuevo sector del tráfico jurídico" (Galera Victoria, 2025, p. 52). Lo anterior ocurriría si, por vía contractual, se incluyeran cláusulas que pretendan ceder o limitar derechos fundamentales como la libertad reproductiva, la autonomía alimenticia o la integridad física a niveles que resulten inadmisibles para un sistema de garantías constitucionales.

Bajo esta óptica, la afectación a la dignidad no es una consecuencia inevitable del altruismo, sino un peligro latente que se materializa cuando la gestante es instrumentalizada como un simple medio para los fines de terceros (Galera Victoria, 2025, p. 54). De este mismo modo, en diversos modelos altruistas, el "reembolso de gastos" suele equivaler en la práctica a una compensación económica real bajo un velo de gratuidad. Como señala Góez Colorado (2024), la ausencia de una regulación clara sobre qué constituye un "gasto necesario" (alimentación especial, desplazamientos o atención psicológica) frente a lo que representa un "provecho económico", genera una zona gris

³¹ (C.C., art. 2473 y Decreto Ley 1260 de 1970, art. 1)

³² (Decreto 1260 de 1970. Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas. Presidencia de la República, 5 de agosto de 1970)

donde la comercialización de los cuerpos podría subsistir como una alternativa para mujeres en situación de vulnerabilidad. El altruismo solo deja de ser una "trampa de explotación femenina" (Cabrera Caro, 2019) cuando el ordenamiento jurídico prohíbe la intermediación lucrativa y garantiza que la generosidad de la mujer no sea la base de un negocio ajeno, preservando así la esencia ética del convenio.

Como se ha expuesto, la validez del contrato de gestación subrogada no puede sostenerse únicamente sobre la existencia de un consentimiento, ya que este se encuentra supeditado a los límites infranqueables de la dignidad humana y el orden público. La licitud del objeto y la causa se desvanece cuando el acuerdo implica la instrumentalización del cuerpo femenino o la cosificación del nacido, incluso bajo la falsa apariencia de esquemas altruistas.

Así se evidenció en el acápite anterior cuando se hizo la revisión de los requisitos de existencia y validez de este negocio jurídico atípico en particular. Como conclusión de dicho análisis, el contrato de gestación subrogada solo es lícito si se fundamenta en la solidaridad y el auxilio reproductivo, pues la retribución económica incluso bajo eufemismos como gratificación, configura una causa ilícita. Asimismo, la licitud del objeto se ve comprometida si el contrato pretende transigir sobre la filiación o el estado civil, los cuales son atributos de la personalidad indisponibles e imprescriptibles. Hay que tener en cuenta que la autonomía de la voluntad no es solo un principio absoluto sino que está limitada por la dignidad humana y, los contratos que imponen una vigilancia ininterrumpida o restricciones desproporcionadas a la libertad de la gestante son ilícitos y degradantes. Todo contrato que implique mercantilización o aprovechamiento de la pobreza de la gestante está viciado de nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos, al ser

contrario al orden público y a las buenas costumbres. A esta ilicitud se suma que la validez del acuerdo depende de un consentimiento cualificado, el cual se ve frecuentemente viciado por la 'ética de la necesidad' derivada de la vulnerabilidad socioeconómica de la gestante, el ordenamiento no puede avalar una autonomía que en realidad encubre una coacción moral por pobreza. De igual forma, el contrato debe respetar la realidad neurobiológica del vínculo gestacional, reconociendo que la mujer que da a luz es madre biológica y que el nacido posee un derecho inalienable a la identidad y al conocimiento de sus orígenes, los cuales son superiores a cualquier reserva o confidencialidad pactada entre los sujetos. En suma, la buena fe restaurativa obliga a que el contrato deje de ser un instrumento de mercado para convertirse en un portador de humanitas que proteja siempre a la parte más débil.

En definitiva, la autonomía de la voluntad no es un principio absoluto que permita la validación de convenios que, en la práctica, operan como mecanismos de explotación. Ante la ausencia de una regulación clara en Colombia que defina la frontera entre el reembolso de gastos y el lucro, y frente a la irrevocabilidad de un consentimiento que anula derechos fundamentales, el sistema jurídico debe priorizar la protección de la parte débil. Admitir la plena validez de estos contratos sin un juicio de razonabilidad y proporcionalidad supondría una cesión del Estado de Derecho ante una ciencia y un mercado que despojan a la persona de su naturaleza humana para convertirla en un medio para fines ajenos.

4.3 Cláusulas especiales de la gestación subrogada a fin de la protección de los derechos de todas las partes involucradas

Tras el análisis de las posibles vulneraciones a los derechos fundamentales y la exigencia de un consentimiento cualificado y libre de vicios, así como de un objeto y causa lícitos, surge la necesidad de dotar al acuerdo de gestación subrogada de mecanismos contractuales que trasciendan la simple autonomía privada. En un escenario de vacío normativo como el colombiano, el contrato no puede ser un instrumento de libre disposición de la dignidad humana, sino que debe operar como un estatuto de garantías destinado a mitigar las asimetrías de poder y prevenir la cosificación de los sujetos involucrados.

Por consiguiente, en cumplimiento del objetivo de proponer recomendaciones para una regulación ética, este apartado desarrolla un conjunto de cláusulas mínimas de protección. Estas no deben entenderse como opciones accidentales del negocio jurídico, sino como requisitos de validez esenciales que aseguran que la técnica de reproducción asistida se mantenga dentro de los límites de la Constitución y el respeto a la persona. A continuación, se estructuran estas salvaguardas siguiendo el orden de los sujetos protegidos: el niño por nacer, la gestante y los padres comitentes.

Cláusulas especiales a fin de protección de los derechos del menor

El recién nacido se erige como el sujeto de mayor vulnerabilidad en la práctica de la gestación subrogada, siendo, en palabras de Hans Jonas (1979, p. 187), el "objeto primordial de la responsabilidad" ética y jurídica. No obstante, la ausencia de una regulación integral en Colombia permite que la estructura contractual actual desplace este

imperativo hacia una lógica de mercado, donde los derechos del niño suelen quedar supeditados a la satisfacción de la voluntad procreativa de los adultos.

En virtud de lo anterior, y con el fin de dar cumplimiento a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y al principio del interés superior del menor, las recomendaciones de regulación deben materializarse en cláusulas contractuales de orden público. Estas salvaguardas buscan transmutar los riesgos de cosificación, apatridia e incertidumbre filial identificados en el Capítulo 3.2 del presente escrito, en garantías exigibles que aseguren el estatus del neonato como sujeto pleno de derechos. A continuación, se desarrollan cinco ejes fundamentales de protección contractual destinados a blindar la dignidad, la identidad y la seguridad jurídica del menor desde su concepción hasta su integración definitiva en un núcleo familiar.

- Cláusulas frente a la cosificación y la reducción del sujeto a objeto mercantil: para contrarrestar la tendencia de la estructura contractual a tratar al recién nacido como un sujeto de calidad o una mercancía sujeta a devolución (Jouve de la Barrera, 2017), se propone la inclusión de una cláusula de dignidad intrínseca y no discriminación del neonato.

En principio, esta cláusula debe establecer que el objeto contractual es la gestación y el cuidado de la vida humana, mas no la entrega del menor³³ con unas características específicas. Por tanto, se impide cualquier disposición que condicione la validez del contrato o el cumplimiento de la obligaciones de los comitentes a que el menor cumpla con rasgos fenotípicos determinados, sexo específico o ausencia de discapacidades.

³³ La reducción del objeto contractual a la simple entrega del menor implica su tratamiento como un producto contractual, lo que conlleva la cosificación de la persona y la vulneración de la dignidad humana del menor.

Asimismo, esta cláusula debe ser clara en la prohibición de rechazo por hallazgos prenatales: basado en la problemática del caso *Baby Gammy*, se establece que el hallazgo de patologías, malformaciones o condiciones genéticas³⁴ durante la etapa gestacional, no faculta a los comitentes para solicitar la interrupción del embarazo³⁵ ni para declinar su responsabilidad legal tras el parto.

Es necesario que el contrato declare explícitamente que el recién nacido posee dignidad intrínseca e inalienable desde el nacimiento, lo que impide que sea tratado bajo las reglas de la autonomía privada de bienes fungibles. Cualquier cláusula que sugiera una "garantía de satisfacción" o "reposición de procedimiento" ante el fallecimiento o enfermedad del menor debe declararse nula de pleno derecho por ser contraria al orden público y a la esencia misma del ser humano.

- Cláusula de transparencia biográfica e identitaria: como se ha visto anteriormente, el cumplimiento del artículo 8 de la CDN (1989) que obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a preservar su identidad y relaciones familiares, suele verse comprometido en la gestación subrogada debido a la fragmentación de la información sobre los orígenes del menor. Para evitar que el niño se enfrente a un "anonimato que le impide reconstruir su historia personal" (Bellver Capella, 2015) se propone como cláusula que las partes deben obligarse a no destruir, ocultar ni falsear la información relativa al material genético utilizado y a la identidad de la mujer gestante. En medida con el artículo 30 del Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en

³⁴ Una enfermedad genética es un trastorno que se origina debido a una alteración en un gen. (Children's Minnesota, 2026), y pueden ser de diferentes tipos: anomalías en los cromosomas (Síndrome de Down. Síndrome de Turner, etc.), defectos de un gen único (Acondroplasia, Síndrome de Marfan, Enfermedad de Tay-Sachs, etc.), problemas de factores múltiples, problemas teratogénicos (Stanford Medicine Children's Health, 2026)

³⁵ Esto porque además vulneraría la autonomía de la mujer gestante

Materia de Adopción Internacional (1993), el contrato debe estipular la obligación de las partes de suministrar y conservar toda la información relativa a los orígenes del niño³⁶. Esto incluye la identidad de los padres biológicos (donantes y gestante) y, de manera crítica, la historia médica detallada de la familia de origen, garantizando que esta información sea custodiada por una autoridad competente para asegurar el acceso futuro del menor, en el caso de Colombia, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)³⁷. De esta manera, el acuerdo no puede contener cláusulas de confidencialidad absoluta que anulen el derecho del niño “*en medida de lo posible a conocer sus padres*” (artículo 7, CDN, 1989). Se propone que el contrato reconozca la verdad biológica como un derecho superior a la comodidad de los comitentes, permitiendo que el menor pueda reconstruir su genealogía sin obstáculos legales derivados del pacto inicial. Dado que UNICEF (2022, p. 2) advierte que el cumplimiento de estos derechos es difícil en la subrogación, la cláusula debe prohibir cualquier "anonimato contractual" que pretenda borrar el vínculo con la mujer gestante. Siguiendo la tesis de Bellver Capella (2015, p. 44), el contrato debe facilitar mecanismos para que el hijo asimile sus orígenes, evitando el trauma de una identidad fragmentada por una transacción privada que ignore sus necesidades neurobiológicas y afectivas.

• Salvaguardas frente al riesgo de venta y tráfico de niños: siguiendo la directriz de UNICEF (2022, p. 2), las cláusulas que pretenden determinar de forma definitiva la

³⁶ Artículo 30 Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional: 1. Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia médica del niño y de su familia. 2. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la ley de dicho Estado. (Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Artículo 30°. 29 de mayo de 1993)

³⁷ La Corte Constitucional en la Sentencia de 2024, hace un llamado al Congreso para que regule la práctica de gestación subrogada y en uno de sus puntos menciona la “creación de un sistema de seguimiento, vigilancia y control de la garantía de los derechos de la niñez en los procesos de gestación subrogada a cargo del ICBF” (p. 53).

filiación legal o la responsabilidad parental antes del nacimiento no deben ser ejecutables de manera automática. Se propone que el contrato reconozca que la filiación definitiva debe ser ratificada tras el parto, asegurando que el consentimiento no haya sido obtenido mediante pago o coacción. De esta manera, el contrato debe prohibir que los intermediarios realicen actividades que constituyan venta o trata. Se debe incluir una cláusula que obligue a la transparencia total de los honorarios de agencias³⁸, garantizando que ninguna suma de dinero esté destinada a la "adquisición" del niño, sino únicamente a la gestión técnica y médica del procedimiento. Es importante también la determinación del interés superior postparto por lo que se propone una cláusula que establezca que, ante cualquier imprevisto o disputa entre la gestante y los comitentes, la decisión sobre la filiación legal se basará en una evaluación del interés superior del niño realizada tras el nacimiento, considerando toda la gama de derechos de la CDN (1989) y no simplemente el cumplimiento de lo pactado en el papel.

- Cláusula para la prevención de la apatridia: como lo ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia T-127 de 2024, la falta de regulación genera obstáculos administrativos que derivan en un riesgo inminente de apatridia y vulneración del derecho a la identidad. En concordancia con los exhortos de la Corte y el fallo del Tribunal Superior de Bogotá (2025), se propone que el contrato debe estipular que, mientras no exista una ley que modifique la presunción de maternidad por el hecho del parto, el registro civil inicial incluirá obligatoriamente el nombre de la mujer gestante. Se prohíben las cláusulas que obliguen al notario a omitir esta información o a dejar el campo de la madre como "sin información", evitando así que el menor quede en un limbo

³⁸ Sin embargo, en la medida de lo posible en estos contratos no debería haber intermediarios para evitar que este acuerdo sea parte de un negocio.

jurídico que le impida acceder a su nacionalidad colombiana y a sus derechos fundamentales.

Siguiendo el precedente de la T-127 de 2024, el contrato debe establecer que la transferencia de la filiación hacia los comitentes se realizará mediante los procesos legales de impugnación de la maternidad posteriores al nacimiento. El acuerdo debe obligar a las partes a cooperar en estos trámites judiciales para garantizar que la "voluntad procreacional" sea reconocida legalmente sin dejar al menor en situación de desprotección administrativa durante el proceso. En casos de comitentes extranjeros, el contrato debe prever la intervención de la Registraduría Nacional y el ICBF para asegurar la expedición de documentos de identidad en el término de seis meses, conforme al exhorto de la Corte. Se debe incluir una cláusula donde los comitentes se comprometan a no trasladar al menor fuera del país hasta que su situación registral esté plenamente resuelta, previniendo casos de apatridia transnacional.

- Cláusulas de responsabilidad legal irrenunciable y no discriminación: para mitigar el riesgo de que el menor sea tratado como un "objeto de intercambio" cuya responsabilidad se diluye ante imprevistos (como en los casos Buzzanca y Baby Gammy), y siguiendo la postura del Tribunal Superior de Bogotá (2025) sobre la primacía de la dignidad humana, se propone que el contrato declare que la responsabilidad de los comitentes nace de su calidad de "procreadores deliberados". Por tanto, se prohíbe cualquier cláusula que pretenda liberar a los padres de sus obligaciones de sustento y cuidado alegando falta de vínculo biológico o disolución del vínculo matrimonial (divorcio) o vínculo marital. La responsabilidad legal es irrenunciable desde la firma del acuerdo. De igual manera, basado en las recomendaciones de UNICEF

(2022, p. 2) y en el principio de no discriminación, el contrato debe incluir una cláusula de asunción incondicional de la custodia. Los comitentes no podrán invocar la salud del menor o "estándares de calidad" para rechazarlo. Cualquier incumplimiento en este sentido activará la intervención inmediata del ICBF, siendo los comitentes responsables civil y penalmente. Finalmente, dado que el Tribunal de Bogotá (2025) advierte que el pago por la gestación vicia el negocio de nulidad por objeto ilícito, el contrato debe redactarse bajo un modelo de compensación de gastos razonables. Se deben eliminar términos que sugieran una transacción comercial para evitar la "cosificación del vientre" y asegurar que el acuerdo sea un instrumento de construcción familiar y no un mercado de seres humanos.

Cláusulas de protección integral a la mujer gestante

Como se ha indicado anteriormente, en estos acuerdos a menudo la mujer gestante es reducida a una función reproductiva. La mujer gestante es el pilar sobre el cual se edifica la gestación subrogada, que sin ella, este acuerdo no sería posible. El contrato de gestación subrogada se ve afectado por la asimetría socioeconómica y la falta de información. En cumplimiento con el principio de dignidad humana, las siguientes cláusulas buscan garantizar que la gestante no sea tratada como un objeto de 'usus', sino como un sujeto de derechos inalienables. Estas disposiciones son de orden público y prevalecen sobre cualquier interés comercial de agencias o voluntad procreativa de los comitentes.

- Garantía de autonomía médica y consentimiento informado cualificado: para mitigar la asimetría informativa y la instrumentación de la necesidad ajena, se propone que el consentimiento en la gestación para terceros no sea un mero estándar formal, sino

un consentimiento cualificado. En primer lugar, debe haber un estándar de rigor superior en la información de riesgos; pues dado que los procedimientos no responden a una necesidad terapéutica de la gestante, el contrato debe detallar las complicaciones iatrogénicas. Es obligatorio informar sobre el riesgo de Síndrome de Hiperestimulación Ovárica (OHSS), que afecta hasta al 10 % de las mujeres (Jouve de la Barrera, 2017), así como las consecuencias del uso de fármacos peligrosos como el Lupron o similares³⁹ y la probabilidad de desarrollar preeclampsia o placenta previa, así como otras afectaciones en salud. (ONU, 2025, p. 14).

En virtud de la función de buena fe contractual, se debe abstener de redactar cláusulas que impongan el modo o tiempo del parto por conveniencia de los comitentes. Se debe prevalecer la decisión médica y el respeto a la integridad física de la mujer sobre los términos del acuerdo y programación del parto⁴⁰. El consentimiento cualificado exige que la gestante pueda rechazar intervenciones agresivas o múltiples implantaciones de embriones destinadas a asegurar el "éxito" del contrato. De acuerdo con el mandato constitucional de solidaridad (art. 1 y 95 C.P.), la mujer no puede ser cohibida ni sancionada económicamente por priorizar su salud sistémica, pues la autonomía de la voluntad no puede validar una explotación reproductiva (Protocolo de Palermo, 2000). Es importante que, para equilibrar la posición de la mujer gestante ante los comitentes, se

³⁹ Son los medicamentos que se administran para sincronizar el ciclo menstrual con el de la donante de óvulos antes de la implantación del embrión. Este medicamento es clasificado como peligroso y solo los trabajadores de la salud lo deben administrar con las medidas de higiene y seguridad correspondientes (Asamblea General Naciones Unidas (2025). Informe de la Relatora Especial sobre la violencia 2025. Las distintas manifestaciones de violencia contra las mujeres y las niñas en el contexto de la reproducción subrogada <https://docs.un.org/es/A/80/158>, 2025).

⁴⁰ El parto no debe ser programado mediante las necesidades de los comitentes, sino que es la mujer gestante la que debe elegir si prefiere parto natural o cesárea (siempre y cuando no existan complicaciones médicas que interfieran con el parto natural y este deba ser inducido).

establezca como requisito que la gestante cuente con asesoramiento jurídico autónomo⁴¹, previniendo que la libertad contractual sea una apariencia derivada de la precariedad económica y asegurando la comprensión real de la renuncia a derechos fundamentales que el negocio jurídico pretende imponer (Cabrera Caro, 2019).

- Cláusula de libertad de circulación y protección de la vida privada: la estructura contractual actual de la gestación por terceros suele imponer a la mujer lo que la doctrina denomina un "derecho de usus" sobre su cuerpo (Galera Victoria, 2025), esta dinámica de poder obliga a la gestante a "abdicar de sí misma", delegando en los comitentes el control total sobre su esfera íntima (ONU, 2025, p. 16). El contrato debe incluir una prohibición expresa para los comitentes e intermediarios de realizar cualquier tipo de vigilancia mediante dispositivos tecnológicos o cámaras de seguridad. Asimismo, se establece la obligación de no interferir en la libertad de circulación de la gestante, garantizando su derecho a elegir su lugar de residencia sin que esto constituya un incumplimiento de su labor biológica (ONU, 2025, p. 16). De esta manera, se propone una cláusula donde los comitentes se obliguen a respetar la vida privada de la gestante. Esto implica que el contrato no podrá contener obligaciones de hacer relacionadas con la regulación de sus relaciones sexuales, actividades físicas o preferencias alimentarias, más allá de las recomendaciones médicas generales. La gestante no debe ser obligada a "abdicar de sí misma" ni a alinear sus estados de ánimo con las expectativas de los terceros (Bellver Capella, 2015, p. 45). Reconociendo que la gestación es una labor de 24 horas que puede derivar en una "servidumbre justificada" (ONU, 2025, p. 26), el contrato debe estipular que la gestante conserva su derecho al descanso y a la vida familiar. Los comitentes

⁴¹ Y si llega el caso en el que la mujer no pueda pagar su propio abogado, los comitentes deberán pagar los honorarios de este.

asumen la obligación de no interferir en los espacios personales de la mujer, evitando exigencias de disponibilidad absoluta que contravengan el concepto de trabajo digno y la dignidad humana (Cabrera Caro, 2019). Finalmente, como medida para prevenir la cosificación, las partes se obligan a utilizar un lenguaje que reconozca a la gestante como sujeto de derechos. Se prohíbe el uso de términos comerciales como "matriz" o "vientre de alquiler" dentro del texto contractual, sustituyéndolos por denominaciones que respeten su integridad psíquica y su condición de madre biológica (Galera Victoria, 2025)

- Protección de la salud mental y seguimiento post-contractual: la ruptura del vínculo entre la mujer gestante y el recién nacido no es un evento “mecánicamente reversible”, sino un proceso que altera la unidad funcional madre-hijo y genera traumas posparto de dimensiones sistémicas (Jouve de la Barrera, 2017). Para mitigar la disonancia neurobiológica causada por los niveles masivos de oxitocina y prevenir el Trastorno de Estrés Postraumático (TEPT), identificado en el 33 % de las gestantes (ONU, 2025, p. 13), el contrato debe integrar obligaciones como el acompañamiento psicológico integral. En este sentido, los comitentes asumen la obligación de financiar un programa de salud mental para la gestante que inicie desde la etapa precontractual y se extienda, como mínimo, hasta doce meses después del parto. Este acompañamiento debe ser realizado por profesionales independientes a la agencia de subrogación con el fin de gestionar el duelo inhibido y la transición emocional tras la entrega del menor (Jouve de la Barrera, 2017). Dado que la precariedad no termina con el cumplimiento del parto, se propone una cláusula donde los comitentes se obliguen a proveer los recursos necesarios para la recuperación física y psíquica de la mujer. Esto incluye la cobertura total de terapias destinadas a tratar cuadros de depresión o ansiedad crónica derivados de la

supresión forzada del instinto de cuidado (ONU, 2025, p. 13). Se aclara, en todo caso, que dichos pagos no denotan en momento alguno una gestación subrogada remunerada ni tornan ilícito el contrato, en tanto el acto negocial continúa siendo gratuito y altruista. Por esta misma línea, el contrato debe prohibir cláusulas que exijan una separación violenta e inmediata del neonato sin permitir un proceso de cierre humano para la gestante. Se debe garantizar que la transición respete la integridad psíquica de la mujer, evitando que sea tratada como un "contenedor aséptico" desprovisto de afectividad (Galera Victoria, 2025). Finalmente, se debe reconocer la función social de la maternidad (PIDESC, art. 10.2, 1966): las partes se obligan a reconocer que la protección legal de la gestante debe extenderse durante un periodo razonable antes y después del parto. El contrato debe estipular que cualquier secuela psicológica a largo plazo será responsabilidad civil de los comitentes si se demuestra que fue producto de la instrumentalización o la falta de seguimiento post-contractual. (ONU, 2025, p. 13).

- Irrenunciabilidad de la filiación y del estado civil materno: la autonomía de la voluntad encuentra un límite infranqueable en el orden público. De conformidad con el artículo 1º del Decreto 1260 de 1970, el estado civil de las personas es “indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley”. En consecuencia, al ser una calidad civil que no puede ser objeto de transacción ni renuncia, y siguiendo la Sentencia T-127 de 2024 y el fallo del Tribunal Superior de Bogotá (2025), las partes deberán obligarse a que la inscripción inicial del nacido en el registro civil incluya obligatoriamente a la mujer gestante como madre. Dado que la asignación del estado civil corresponde exclusivamente a la ley y no a la voluntad privada, el contrato no puede autorizar la omisión de la madre biológica, evitando así el riesgo de apatridia y

garantizando el derecho a la identidad del menor (Sentencia T-127, 2024; Decreto 1260, 1970). Asimismo, se propone que cualquier cláusula que pretenda la renuncia previa, total o parcial a la filiación materna es inejecutable. Al ser el estado civil indisponible, la gestante no puede despojarse de su calidad de madre mediante un acuerdo privado antes del nacimiento. Siguiendo el estándar de la CEDAW (1979) y el Protocolo de Palermo (2000), la transferencia de la filiación solo podrá ser discutida legalmente tras el parto, mediante los mecanismos que la ley señale para tal fin. En esta misma cláusula, con el objetivo del compromiso de legalidad en la transferencia de la filiación, las partes asumen la obligación de acudir a los jueces de la República para que, mediante un proceso de impugnación de la maternidad, se reconozca la "voluntad procreacional" de los comitentes. Se prohíbe el uso de ficciones contractuales que pretendan sustituir la función del legislador en la asignación del estado civil, respetando la naturaleza de orden público que reviste la filiación (Sentencia 02820250007201-25, 2025). Por último, en virtud de la indivisibilidad del estado civil, el contrato debe estipular que la entrega del menor no es una prestación sujeta a pago. Cualquier compensación que se condicione a la alteración del estado civil de la gestante o del niño vicia el negocio de nulidad por objeto ilícito, dado que se estaría disponiendo de un atributo de la personalidad que está fuera del comercio (Sentencia 02820250007201-25, 2025; Decreto 1260, 1970).

Cláusulas de protección y responsabilidades de los comitentes

Si bien los comitentes ostentan la posición de superioridad económica en la relación contractual, su vulnerabilidad radica en la inseguridad jurídica y la fragmentación normativa global. Al ser el estado civil un bien fuera del comercio humano (Decreto 1260 de 1970, art. 1), los contratantes se enfrentan a una "ilusión jurídica" donde la inversión

económica no garantiza la eficacia de la filiación deseada (Jouve de la Barrera, 2017).

Con el fin de mitigar estos riesgos y evitar la deshumanización del proceso, se proponen las siguientes cláusulas:

- Mitigación del riesgo jurídico y asunción de la incertidumbre filial: dada la carga de presión psicológica por la falta de certeza sobre el cumplimiento del objeto contractual, se establecen las siguientes garantías: en primer lugar, los comitentes asumen la obligación de realizar un estudio de compatibilidad entre la legislación colombiana y la de su país de origen o residencia. Esta cláusula busca prevenir que, tras la inversión económica y logística, los contratantes queden en una posición de vulnerabilidad donde la filiación obtenida en Colombia no sea reconocida internacionalmente, vulnerando su derecho a la vida familiar (Jouve de la Barrera, 2017). En segundo lugar, el contrato debe incluir una declaración donde los comitentes reconozcan que la madre gestante ostenta legalmente la maternidad al momento del parto y que el consentimiento de esta es cualificado. Se establece la obligación de respetar los procesos legales de impugnación de paternidad y filiación, aceptando que el Derecho no puede blindar el acuerdo contra la naturaleza indisponible del cuerpo humano.

- Cláusula de solidaridad ante contingencias: esta disposición busca mitigar la vulnerabilidad ética y ontológica de los comitentes, quienes, al operar bajo una lógica de mercado, se exponen al riesgo de reducir un proceso vital a una mera transacción comercial (Jouve de la Barrera, 2017). Inspirado en el precedente del terremoto de Nepal en abril de 2015, donde la prioridad de los comitentes y las autoridades se centró únicamente en salvaguardar a los recién nacidos, omitiendo el auxilio a las gestantes (Bellver Capella, 2015), se establece una cláusula de protección conjunta. Los comitentes

asumen la obligación de no disociar la seguridad del menor de la de la mujer gestante en casos de emergencia. Cualquier medida de evacuación o repatriación organizada por o para los comitentes debe incluir a la gestante, impidiendo que el vínculo se reduzca a lo contractual y que la persona de la mujer desaparezca frente al interés por el "objeto" del contrato.

- Cláusula sobre gestión de la incertidumbre: la redacción de esta cláusula debe partir de una premisa fundamental: el estado civil y la filiación son atributos de la personalidad indisponibles e imprescriptibles y ante el riesgo latente de que la madre gestante decida no entregar al menor o impugne la validez del acuerdo apelando a su derecho fundamental a la maternidad, los comitentes asumen la obligación de hacer una gestión de riesgo. El blindaje jurídico de los comitentes no reside en anular el derecho de la gestante, sino en someter el acuerdo a los estándares de orden público para evitar la nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos. El contrato debe estipular que los comitentes conocen la posibilidad de enfrentar demandas de custodia por parte de donantes de material genético o de la propia gestante, situándolos en un complejo limbo legal que la autonomía privada no puede eludir (Jouve de la Barrera, 2017). Adicionalmente, para mitigar demandas por vicios como el error o el dolo, los comitentes deben asegurar que la gestante recibió información exhaustiva sobre riesgos médicos.

- Cláusula de prohibición de la lógica del mercado y producto: con el fin de evitar que la gestación se reduzca a una "mera transacción comercial" o a la adquisición de un servicio destinado a la satisfacción personal (Jouve de la Barrera, 2017) se prohíbe la inclusión de cláusulas de "calidad" sobre el nacido. Esta medida protege a los comitentes

de incurrir en una cosificación que invalidaría el contrato por objeto ilícito, al intentar transar con seres humanos como bienes fungibles.

Conclusiones

La presente investigación permitió analizar la gestación subrogada en Colombia como un fenómeno de alta complejidad que trasciende la mera autonomía de la voluntad para situarse en el núcleo del principio de dignidad humana y el derecho contractual contemporáneo. Actualmente, el país atraviesa un estado de marcada inseguridad jurídica derivado de un vacío legislativo que ha sido suplido de manera casuística por las Altas Cortes. La jurisprudencia, desde la sentencia T-968 de 2009 hasta los fallos más recientes de 2024 y 2025, ha sido enfática en establecer que los acuerdos privados no pueden prevalecer sobre el interés superior del menor⁴² ni sobre la realidad biológica del parto, la cual sigue siendo el criterio primordial para determinar la filiación⁴³, reafirmandose que el estado civil es un atributo indivisible, indisponible e imprescriptible que no puede ser objeto de transacción mercantil según lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1260 de 1970.

En este escenario, la dignidad humana en el ordenamiento jurídico colombiano no es un concepto retórico, sino un principio fundante, un valor y un derecho fundamental autónomo que debe regir cualquier interpretación de la gestación subrogada. A partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia T-881 de 2002), se concluye que la dignidad se manifiesta en tres dimensiones inalienables: la autonomía (vivir como se quiera), las condiciones materiales de existencia (vivir bien) y la integridad física y moral (vivir sin humillaciones).

⁴² (Corte Constitucional. Sentencia T-968/09. M.P. María Victoria Calle Correa; 18 de diciembre de 2009, 2009)

⁴³ (Corte Constitucional. Sentencia T163/25. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; 8 de mayo de 2025)

En el marco del derecho contractual, la dignidad actúa como un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad. Un contrato de gestación subrogada pierde su validez y se torna ilícito cuando cosifica a la mujer o al recién nacido, tratándolos como bienes fungibles o mercancías sujetas a estándares de calidad. La protección de la dignidad exige que la persona sea siempre un fin en sí misma y nunca un medio instrumental para satisfacer los deseos procreativos de terceros (Galera Victoria, 2025).

Asimismo, el análisis bioético revela que la dignidad humana está intrínsecamente ligada a la vulnerabilidad socioeconómica. La falta de regulación en Colombia permite que la "autonomía" de la gestante sea, en muchos casos, una ficción jurídica producto de la pobreza, derivando en una "ética de la necesidad" donde el consentimiento se ve viciado por la urgencia de supervivencia. Por tanto, la dignidad exige que el Estado intervenga para evitar que la capacidad reproductiva femenina sea reducida a una prestación de servicios industriales.

Finalmente, respecto al recién nacido, la dignidad se traduce en el derecho inalienable a la identidad y al conocimiento de sus orígenes biográficos. Permitir que la filiación y la nacionalidad de un menor dependan exclusivamente de cláusulas contractuales privadas vulnera la esencia misma de la persona y su estatus como sujeto de derechos. En definitiva, la validez de cualquier acuerdo de gestación en el Estado Social de Derecho depende de su subordinación a los estándares mínimos de humanidad, garantizando que la técnica jurídica esté siempre al servicio de la integridad física y psíquica de los involucrados.

Desde una perspectiva jurídico-bioética, se concluye que la práctica de la gestación subrogada plantea desafíos estructurales que cuestionan la validez del consentimiento. Al aplicar los principios bioéticos se observa que la autonomía de la gestante suele estar viciada por condiciones de vulnerabilidad socioeconómica, transformando lo que se promociona como un acto altruista en una "ética de la necesidad" impulsada por la precariedad. Esta dinámica se ve agravada por un diseño contractual que exige un desapego emocional contrario a la realidad neurobiológica de la mujer y a las necesidades afectivas del neonato, quien se ve expuesto a una ruptura del vínculo funcional madre-hijo (Beauchamp y Childress, como se citó en Siurana, 2010). En este punto, la visión de Hans Jonas (1979, p. 187) cobra especial relevancia al recordar que el ser humano, y particularmente el recién nacido como “objeto primordial de la responsabilidad”, no puede ser tratado como una técnica o un objeto mercantil sujeto a estándares de calidad o satisfacción del cliente (Jouve de la Barrera, 2017).

En el ámbito del derecho contractual, la atipicidad de esta figura en Colombia implica que su validez depende estrictamente de un consentimiento cualificado y libre de vicios, un estándar de rigor superior al de los contratos civiles ordinarios según la Sentencia T-357 de 2022. La asimetría de poder y la mercantilización de las funciones reproductivas generan un riesgo inminente de objeto y causa ilícita, especialmente cuando se pactan remuneraciones económicas por la entrega de un niño, puesto que la dignidad humana y el cuerpo femenino se encuentran fuera del comercio (*res extra commercium*). No obstante, los comitentes también enfrentan una vulnerabilidad propia: la "ilusión jurídica" de un derecho a la carta que choca con la fragmentación normativa internacional, situándolos en un limbo legal y ético cuando el vínculo se reduce a lo

estrictamente contractual, como quedó evidenciado en tragedias humanitarias como la de Nepal en 2015.

Es importante resaltar que una regulación ética y legal en Colombia no es solo una opción legislativa, sino un imperativo para prevenir la explotación reproductiva. Esta normativa debe materializarse en cláusulas contractuales de orden público fundamentadas en la buena fe restaurativa, que garanticen la protección integral del menor, la salud física y mental de la mujer gestante y la seguridad jurídica de los comitentes. Solo mediante el reconocimiento de que la autonomía privada no es un cheque en blanco frente a los derechos fundamentales, podrá evitarse que la gestación subrogada se consolide como un vehículo de instrumentación humana, asegurando que el contrato recupere su potencial como portador de humanitas en el marco de un Estado Social de Derecho.

En conclusión, la validez del acuerdo de gestación subrogada en el ordenamiento colombiano no reside en la libertad de estipulación de las partes, sino en su subordinación a los estándares mínimos de humanidad. Al proponer un clausulado de orden público, esta investigación sostiene que la buena fe cualificada debe actuar como un mecanismo de resistencia contra la mercantilización de la vida. No se trata simplemente de regular un contrato atípico, sino de asegurar que la técnica jurídica esté siempre al servicio de la persona y nunca por encima de su integridad física, psíquica o biográfica. Solo así, el Derecho Privado cumplirá su función social de proteger al más débil frente a la expansión de las lógicas de mercado en la esfera de lo íntimo.

Referencias

- ¿Dónde está permitida o prohibida la gestación subrogada en Europa?* (17 de abril de 2018). Obtenido de <https://es.euronews.com/2018/04/17/donde-esta-permitida-o-prohibida-la-gestacion-subrogada-en-europa>
2. Góez Colorado, J. P. (2024). Efectos negativos de la ausencia de regulación de la maternidad subrogada en Colombia. *Opinión Jurídica*, 23(49), 1–28.
<https://doi.org/10.22395/ojum.v23n49a41>.
3. Cabrera Caro, L. (2019). El Consentimiento Libre: La Trampa De La Explotación Femenina en La Maternidad Subrogada. *Revista Chilena de Derecho*, 46(2), 527–553. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372019000200527>.
5. Victoria, A. G. (2025). Dignidad, Igualdad Y Libertad Como Límites a La Gestación Subrogada. *Respuestas Jurídicas Ciertas E Inciertas a Esta Problemática. IgualdadES*, 13, 47–75. <https://doi.org/10.18042/cepc/lgdES.13.02>.
6. Fortich, S. (2012). Solus consensus obligat: principio general para el derecho privado de los contratos. *Revista de Derecho Privado* (0123-4366), 23, 191–207. .
- Acosta Rodríguez J (2019). Teoría general de los contratos atípicos. En J. Acosta, Bogotá: Contratos innominados (53-105). Consejo Superior de la Judicatura.

Alessandri, A. (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*.

Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, Santiago.

Asamblea General Naciones Unidas (2025). Informe de la Relatora Especial sobre la violencia 2025. Las distintas manifestaciones de violencia contra las mujeres y las niñas en el contexto de la reproducción subrogada <https://docs.un.org/es/A/80/158> (14 de Julio de 2025).

Bellver Capella, V. (2015) ¿nuevas tecnologías? viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional. *Revista de Filosofía*, nº11. 19-52.
https://doi.org/10.46583/scio_2015.11.612.

Bonivento Fernández, J. A. (1973). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Limitada.

Cabildo, C. (2022). La dignidad humana como principio rector de la Constitución.

Castro Ruíz M. (2006). *Contratos Atípicos en el Derecho Contemporáneo Colombiano*. Cámara de Comercio de Bogotá .

Charo, R. A. (2000). And baby makes none? *Wisconsin Women's Law Journal*, 15, 227–229.

Children´s Minnesota. (2026). Obtenido de Enfermedades genéticas:
<https://www.childrensmn.org/educationmaterials/childrensmn/article/16992/enfermedades-geneticas/>

CHULIÁ VICENT Eduardo y otra. Aspectos jurídicos de los contratos atípicos I. 4ª edición.

José María Bosch Editor. Barcelona 1999. P. 12. .

Código Civil [CC]. Ley 84 de 1873. 31 de mayo de 1873 (31 de mayo de 1873). Obtenido de

CÓDIGO CIVIL:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena. Párrafo 5, 20 de diciembre de 1993.

Consideraciones clave: derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación

subrogada; Unicef. Febrero, 2022.

Constitución Política de Colombia (const.). Art. 1. 7 de julio de 1991 (Colombia.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS. 20 de noviembre de 1989 (UNICEF

Comité Español 20 de noviembre de 1989). Obtenido de

<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Artículo 8. 20 DE NOVIEMBRE DE 1989.

Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de

Adopción Internacional. Artículo 4°. 29 de mayo de 1993.

Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción

Internacional. Artículo 30°. 29 de mayo de 1993.

Corte Constitucional, C-345/2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. 24 de mayo de 2017.

Corte Constitucional, C-405/16. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. 3 de octubre de 2016.

Corte Constitucional. C-405/16. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. 3 de octubre de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia C-055/22. M.P. Alberto Rojas Ríos, Antonio José Lizarazo Ocampo; 21 de junio de 2022 (Corte Constitucional 2022).

Corte Constitucional. Sentencia C-355, M.P. Clara Ines Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería; 4 de septiembre de 2006 (Corte Constitucional 2006).

Corte Constitucional. Sentencia T-127, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar; 5 de agosto de 2024, T-127 (Corte Constitucional 2024).

Corte Constitucional. Sentencia T163/25. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; 8 de mayo de 2025.

Corte Constitucional. Sentencia T-239/2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 16 de mayo de 2016 (2016 de mayo de 16).

Corte Constitucional. Sentencia T-274/15. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; 12 de mayo de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia T275/22, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; 1 de agosto de 2022 (2022).

Corte Constitucional. Sentencia T-407A/18. M.P. Diana Constanza Fajardo Rivera; 5 de octubre de 2018 (Corte Constitucional 2018).

Corte Constitucional. Sentencia T-881/02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; 17 de octubre de 2002 (Corte Constitucional de Colombia 2002).

Corte Constitucional. Sentencia T-881-2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; 17 de octubre de 2002, T-881-2002 (Corte Constitucional 17 de octubre de 2002).

Corte Constitucional. Sentencia T-968/09. M.P. María Victoria Calle Correa; 18 de diciembre de 2009 (Corte Constitucional 18 de diciembre de 2009).

Corte Constitucional. T-338/93, M.P. Alejandro Martínez Caballero; 24 de agosto de 1993.

Corte Constitucional. T-357/22. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. 13 de octubre de 2022.

Corte Europea de Derechos Humanos. (2014, 26 de junio). Caso Mennesson v. Francia (Demanda no. 65192/11). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-9781>.

Corte Europea de Derechos Humanos. (2019, 10 de abril). Opinión consultiva relativa al reconocimiento en derecho interno de una relación de filiación legal entre un niño nacido por gestación subrogada en el extranjero y la madre intencional, Solicitud no. P16-2018-001 ([https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22003-6380464-8364383%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22003-6380464-8364383%22]})).

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil - Familia. Proceso SC6359-17, M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ; 10 de mayo de 2027 (Corte Suprema de Justicia 10 de mayo de 2017).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 5817, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles; 22 de octubre de 2001.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Proceso 6426, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles; 13 de diciembre de 2002.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso STC20614-2017, M.P. Margarita Cabello Blanco; 6 de diciembre de 2017 (2017).

Corte Suprema de Justicia. SC1681 — 2019, M.P. Luís Alonso Rico Puerta. 15 de mayo de 2019.

DANIELS: Just Health Care. Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York/Melbourne 1985, 5ª reimpr. 1995..

de Castro-Camero, R. (2001). Usus sine fructus. El Derecho De Familia Y Los Derechos Reales En La Romanística Española 2001 Isbn 84 95089 65 3 Págs. 337 352.

Declaración Universal de Derecho Humanos. Artículo 1, 10 de diciembre de 1948.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Artículo 10. 19 de octubre de 2005.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. artículo 3. 19 de octubre de 2005.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Artículos 5º y 8º. 19 de octubre de 2005 (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura División de la Ética de las Ciencias y de las Tecnologías Sector de Ciencias Humanas y Sociales 2005). Obtenido de https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_spa

Decreto 1260 de 1970. Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas. Presidencia de la República, 5 de agosto de 1970.

Espejo Yasikc, N., Fenton-Glynn, C., Lathrop Gómez, F., & Scherpe, J. (2022). La gestación por subrogación en America Latina. En N. Espejo Yasikc, C. Fenton-Glynn, F. Lathrop Gómez, & J. M. Scherpe, *La gestación por subrogación en America Latina* (págs. 3-33). Ciudad de Mexico: D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Fernando Alarcón Rojas (y otros); Martha Lucía Neme Villarreal (coord.). Autonomía privada. Perspectiva del derecho contemporáneo. (2018). Universidad del Externado de Colombia. .

González, P. L., & Aedo Barrena, C. E. (2023). Dolo, excepción de dolo y buena fe. Una aproximación al derecho chileno y continental en la perspectiva de las funciones dogmáticas. *Revista de Derecho Privado* (0123-4366), 45, 141–169. <https://doi.org/10.186>.

Johnson v. Calvert, 851 P.2d 776 (Cal. 1993).

Jonas, H. (1979). *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Alemania: Herder.

Jouve De La Barrera, N. (2017). Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. Cuadernos de Bioética XXVIII. 153-162.
<https://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/153.pdf>.

Jouve de la Barrera, N. (2017) Perspectivas Biomédicas de la Maternidad Subrogada. Cuadernos de bioética, XXVIII (2017), 154- 161.
<https://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/153.pdf> (26 de abril de 2017). Obtenido de Asociación Española de Bioética y Ética Médica:
<https://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/153.pdf>

Juzgado 38 de Familia. Impugnación de maternidad 17-2023-00926-00. Juez Paola Marcela Gómez Molina; 4 de diciembre de 2024 (2024).

Kashyap, S y Tripathi, P. (2022) Rev. Bioética Asiática. 20 de septiembre de 2022;15(1):5–18. doi: 10.1007/s41649-022-00222-5.

Koggel. (2014). Koggel, C. (2014). *Sarah Clark Miller, The Ethics of Need: Agency, Dignity, and Obligation. Social Theory and Practice*.
<https://doi.org/10.5840/SOCTHEORPRACT201440219>.

Lambertino, J. R., & Carvajal, M. H. (2025). La gestación subrogada, una mirada bioética y biojurídica a los dilemas que la acompañan. XXXIII Curso de actualización en Ginecología y Obstetricia (p. 64). Facultad de Medicina, Universidad de Antioquia.

Ley 1953. Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de la salud reproductiva. 20 de febrero de 2019. D.O. No. 50.873.

López Guzmán, J. (2017). Dimensión económica de la maternidad subrogada (“habitaciones en alquiler”). Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2^a, 199-218.

Lorenzetti, R. L. (2004). Tratado de los contratos / Ricardo Luis Lorenzetti. (2a. ed. actualizada.). Rubinzal-Culzoni Editores.

María Olga Gil García. (22 de 10 de 2024). *La permanencia del principio “mater semper certa” después de las técnicas de reproducción asistida*. Obtenido de <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Maurel, O., & García, B. (marzo de 3 de 2023). *Declaración de Casablanca Por la abolición universal de los vientres de alquiler*. Obtenido de <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/es/>

Mutcherson, K. M. (Ed.). (2020). Johnson v. Calvert, 5 Cal. 4th 84 (1993). In *Feminist Judgments: Reproductive Justice Rewritten* (pp. 122–150). chapter, Cambridge: Cambridge University Press.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2005, 19 de octubre). Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.

- Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. (2005). Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Séptima Edición. Editorial Temis. Página 278.
- Padilla, J., Rueda, N., y Zafra Sierra, M. (2014). Labor creadora de la jurisprudencia de la “Corte de Oro”. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas. *Revista de derecho Privado*, 105-156.
- Principles of Biomedical Ethics, Tom L. Beauchamp y James F. Childress.
- Rivadeneyra, L. D. (12 de junio de 2025). *Olivia Maurel: “Somos una sociedad inmoral que ‘cosifica’ a un ser inocente”*. Obtenido de Universidad de Piura:
<https://www.udep.edu.pe/hoy/2025/06/olivia-maurel-somos-una-sociedad-inmoral-que-cosifica-a-un-ser-inocente/>
- Rudrappa, S., Collins, C. «Altruistic agencies and compassionate consumers: moral framing of transnational surrogacy». *Gender & Society*, 29 (6), (2015),937-59.
- Saxena, Pikee; Mishra, Archana; Malik, Sonia¹. Surrogacy: Ethical and Legal Issues. *Indian Journal of Community Medicine* 37(4):p 211-213, Oct–Dec 2012. | DOI: 10.4103/0970-0218.103466 .
- Siurana Aparisi, Juan Carlos. (2010). Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural. *Veritas*, (22), 121-157. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-92732010000100006>.

Stanford Medicine Children's Health. (2026). Obtenido de Stanford Medicine Children's Health Web Site: <https://www.stanfordchildrens.org/es/topic/default?id=medical-genetics-types-of-genetic-changes-90-P05615>

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Primera Civil de Decisión. M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez. 1 de abril de 2025.

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Primera Civil de Decisión. Sentencia 02820250007201-25. M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez; 1 de febrero de 2025 (Tribunal Superior de Bogotá 2 de febrero de 2025).

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Villavicencio. Sala Segunda de Decisión Civil familia. Rad. 50001.31.53.003.2018.00014.01.M.P. Hoover Ramos Salas. 26 de octubre de 2023.

Tribunal Superior de Medellín. (12 de agosto de 2024). Sentencia con Radicado 05001-31-03-007-2022-00261-01. [M.P. Martín Agudelo Ramírez].

UNICEF. Consideraciones clave: derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada. Nota informativa, febrero de 2022 (2022).