

**HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL**

**M.P. JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ**

E. S. D.

**REFERENCIA:** EXPEDIENTES (I) T-11.055.661  
Y (II) T-11.092.074 AC

**ASUNTO:** OFICIO OPT-A-466-2025

**LEIDY XIMENA MORA GÓMEZ y JORGE ALBERTO RAMÍREZ GÓMEZ** en nombre del **CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO** de la **UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**, mediante el presente escrito presentamos concepto y respuesta a los puntos planteados en el Auto del nueve (09) de julio de dos mil veinticinco (2025) de la Honorable Corte Constitucional en el proceso de referencia.

Teniendo en cuenta los puntos sobre los cuales se solicita la opinión del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, se acudirá a la información de la literatura, leyes, jurisprudencia y la obtenida a través de las entrevistas y de los eventos realizados desde nuestra unidad académica con expertos y personas que han intervenido de manera directa en los procesos de gestación subrogada, para ello se desarrollarán los puntos de la siguiente manera: (i) Justicia reproductiva, estratificación y prácticas reproductivas, (ii) Implicaciones de la gestación subrogada sobre los derechos humanos, (iii) Regulación de la gestación subrogada, (iv) Prácticas generales, condiciones contractuales, obligaciones contractuales en la gestación subrogada, y finalmente (v) Licencias parentales en casos de gestación subrogada, (vi) Conclusiones.

**(i) Justicia reproductiva, estratificación y prácticas reproductivas**

En el contexto colombiano, el análisis de la justicia reproductiva presenta complejidades derivadas de la diversidad en la estratificación social y la amplia brecha socioeconómica entre la población, ello implica diferencias de acceso a servicios relacionados con las TRHA, así como, el acceso equitativo a los servicios de salud. El ideal de justicia reproductiva implica que todas las personas, independientemente de su nivel socioeconómico, ubicación geográfica o identidad de género, deben tener la capacidad de decidir libremente sobre su reproducción, así como el acceso a los recursos y servicios necesarios para llevar a cabo esas

decisiones, así lo establece la Política Pública de Prevención y Tratamiento de la Infertilidad en Colombia, como se desprende de la Resolución número 228 de 2020.

Esta política supone la consideración de los diferentes enfoques como referentes, entre ellos el enfoque de derechos, el enfoque diferencial – de modo que exige formas de atención adecuadas a las particularidades, necesidades e intereses poblacionales y territoriales de las personas con infertilidad-, y el enfoque de género. Sin embargo, la implementación efectiva de estos enfoques requiere también de la observancia de los principios allí mismo contenidos, y entre ellos se encuentra la justicia distributiva, que hace referencia a la garantía de que los recursos sanitarios se asignen de manera equitativa, priorizando a las poblaciones más vulnerables y marginadas.

Las cifras de la Encuesta Nacional de Demografía y Salud (ENDS) en Colombia reflejan desigualdades significativas en el acceso a servicios de salud reproductiva, en particular en relación con el nivel de riqueza, es decir con la estratificación social de la población. Aunque el porcentaje de mujeres de 15 a 49 años que desean uno o más hijos y han experimentado problemas de fertilidad ha aumentado ligeramente del 11% en 2010 al 12.1% en 2015, la consulta con especialista muestra una disminución pequeña pero significativa, pasando del 38.1% en 2010 al 37.2% en 2015. Esta situación es aún más marcada en diferentes grupos de edad y niveles socioeconómicos: las mujeres más jóvenes (15 a 19 años) reportan el menor porcentaje de problemas de infertilidad (1.5%), mientras que las de mayor edad (40 a 44 años) alcanzan un porcentaje de 25.4%. La disponibilidad y el acceso a la atención especializada parecen variar según edad, con una mayor proporción de consultas en los grupos de 15 a 34 años desde 2013, pero este porcentaje se invierte en las edades más adultas (35 a 49 años) <sup>1</sup>.

El análisis por ubicación geográfica, nivel educativo y quintil de riqueza revelan también desigualdades. En zonas urbanas, un porcentaje mayor de mujeres que desean hijos y han tenido problemas de infertilidad ha buscado atención especializada respecto a las ruralidades (10.9% vs. 7.6%), lo cual evidencia una brecha en acceso a servicios de salud reproductiva. Además, las mujeres con mayor nivel educativo y en los quintiles de mayor riqueza tienen mayores porcentajes de consulta con especialistas (45.1% y 41.8%, respectivamente) en contraste con las de menor educación y menor riqueza, cuyo acceso permanece limitado<sup>2</sup>.

Estas cifras dejan ver cómo las prácticas reproductivas y su vinculación con la posibilidad de acceder a atención médica especializada, de su mano a TRHA, están condicionadas al nivel

---

<sup>1</sup> MinSalud. Encuesta Nacional de Demografía y salud, Tomo 2. ENDS Colombia 2015. Disponible en: <https://profamilia.org.co/wp-content/uploads/2019/05/ENDS-2015-TOMO-II.pdf>

<sup>2</sup> Ibid.

de riqueza, evidenciando una distribución desigual del acceso a la faceta positiva de los derechos reproductivos, lo que sin duda afecta la justicia reproductiva en Colombia.

## (ii) Implicaciones de la gestación subrogada sobre los derechos humanos

La gestación subrogada puede analizarse desde diferentes aristas, ello teniendo en cuenta los distintos intervinientes en el proceso, en este mismo sentido, las implicaciones de la gestación subrogada en los derechos humanos pueden ser analizadas desde el punto de vista del titular de los derechos, así se realizará a continuación.

Partiendo de los comitentes como sujetos de derechos, la gestación subrogada puede tener implicaciones en los derechos sexuales y reproductivos, así como en el derecho a formar familia y gran parte de los derechos que de allí se desprenden; ello teniendo en cuenta que la gestación subrogada puede resultar ser la única alternativa para conformar una familia con descendencia genética propia, en los casos en los que por condiciones biológicas no pueden gestar.

Sobre el derecho a formar familia deberá tenerse en cuenta, entre otros instrumentos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la cual, en su artículo 17.1 consagran que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado", de modo tal que el vínculo familiar no solo debe ser respetado por el Estado, sino activamente protegido, así por ejemplo la Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, hizo referencia al "derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones... y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva", además hizo también referencia al derecho a la ser padre o madre desde el punto de vista genético como derecho reproductivo<sup>3</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la gestante subrogante como titular de derechos hay una multiplicidad de derechos humanos que pueden verse implicados, la eventual vulneración de derechos se puede hacer más, o menos compleja, según el contenido del acuerdo y el nivel de conocimiento y asesoría con el que cuenta la gestante. Hablar de circunstancias generalizadas sobre las condiciones socioeconómicas de las mujeres subrogantes en Colombia no cuenta con un respaldo estadístico<sup>4</sup>, sin embargo, no es muy común encontrarse con casos de personas con condiciones socioeconómicas óptimas prestando su fuerza

---

<sup>3</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Disponible en:

[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

<sup>4</sup> Sobre el punto se llamó la atención en un concepto previo emitido por esta unidad académica, pues las cifras oficiales sobre la gestación subrogada brillan por su ausencia en Colombia.

gestacional en acuerdos de gestación subrogada. Al parecer, en la mayor parte de los casos las subrogantes son mujeres de estratos socioeconómicos bajos, lo que llama la atención y pone entredicho la ausencia de ánimo de lucro y el verdadero ejercicio de la autonomía de la libertad<sup>5</sup>, dadas las circunstancias, la mujer resulta ser considerada como la parte débil en estos acuerdos.

Uno de los derechos que puede encontrar una potencial vulneración es la dignidad, incluso desde las vertientes opuestas del feminismo -el postfeminismo de género y el feminismo de la complementariedad-, se llega a la misma conclusión, “la regulación de la gestación por subrogación supone una mercantilización de la mujer y, por tanto, un grave atentado contra su dignidad”<sup>6</sup>.

Por otra parte, la imposibilidad de disponer de manera libre sobre su cuerpo se hace manifiesta de forma estricta durante la gestación, dada la necesidad de cambiar estilo de vida necesarios para mantener a salvo la vida en gestación, lo que resulta ser una limitación al derecho a la libertad personal<sup>7</sup>. Si bien uno de los presupuestos es que la mujer acuda de manera libre e informada y otorgue su consentimiento, a partir del momento en que se somete al acuerdo, encuentra mermada su autonomía y libertad, por lo general estos acuerdos suelen disponer la cláusula de prohibición de interrupción voluntaria del embarazo, que pone fin a la posibilidad de revocar el consentimiento, afectando así el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos y de la libre disposición del cuerpo. Otra implicación en el ejercicio de la revocatoria del consentimiento se hace manifiesta con la imposibilidad de retractarse de la entrega del bebé gestado, con todo lo que ello puede implicar desde el punto de vista de la salud mental.

Algunos acuerdos de subrogación restringen a la gestante el derecho a la libre circulación, lo limitando la posibilidad de salir del territorio nacional, o incluso de una ciudad, sin embargo, puede haber casos de una mayor restricción de la circulación, limitando incluso la salida de un lugar específico. Este derecho está garantizado en muchos instrumentos internacionales,

---

<sup>5</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo primero: “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.”

<sup>6</sup> Cabrera Caro, Leticia. El consentimiento libre: la trampa de la explotación femenina en la maternidad subrogada. *Revista Chilena de Derecho*, 2019, Vol. 46, No. 2 (2019), pp. 527-554 <https://www.jstor.org/stable/10.2307/26891275>

<sup>7</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), artículo 7: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.”

como el artículo 13<sup>8</sup> de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 12<sup>9</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En cuanto a la implicación en los derechos humanos del menor nacido de la gestación subrogada, basta traer a colación las sentencias de la propio Corte Constitucional en las cuales se han hecho evidentes los casos de vulneración de derechos humanos de los menores nacidos bajo estos acuerdos.

La gestación subrogada, dada su ausencia de regulación, implica la posible vulneración de derechos en materia de filiación, nacionalidad, igualdad, derecho a no ser separado de la familia, entre otros. Como se ha indicado previamente y dadas las normas sobre filiación en Colombia, en el momento del nacimiento no es clara la forma de determinar la filiación en la gestación subrogada, situación que se hace aún más compleja en los caos en los que los padres por intención no cuentan con un vínculo genético con el bebé, ¿a quién registrar en el certificado de nacido vivo? ¿a quién registrar como madre en el registro civil de nacimiento? ¿se debe o no dejar nota de la mujer gestante para conocimiento del menor en el futuro? Son preguntas que no cuentan con una respuesta clara para los casos de gestación subrogada y que en efecto afectan el derecho del menor a la filiación.

En las sentencias T 127 de 2024 y T 232 de 2024 de la honorable Corte Constitucional se pudo evidenciar otra grave implicación de la gestación subrogada en derechos humanos del bebé, con la vulneración al derecho a la nacionalidad, este derecho es de suprema relevancia porque solo con su materialización es posible el goce de múltiples derechos humanos, tales como el acceso a servicios de salud, la educación, la libre circulación, entre otros. Por ello, el artículo 1° de la Convención para reducir los casos de Apatridia de 1961, impone a los Estados Contratantes la obligación de conceder nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida<sup>10</sup>. Sin embargo, la regulación existente no es suficiente para mitigar el riesgo, pues la Constitución Política de Colombia dispone supuestos para adquirir la nacionalidad que dejan desprovistos de este derecho a los menores que nacen de la gestación subrogada cuando los padres no son colombianos.

La vulneración a la nacionalidad afecta también otros derechos, entre ellos el derecho del niño, niña o adolescente de no ser separado de sus padres, este derecho se encuentra

---

<sup>8</sup> “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.”

<sup>9</sup> “2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.”

<sup>10</sup> Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 1: “Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida”

contenido en el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño<sup>11</sup>. “El Estado debe asegurar, garantizar y promover el derecho de niños y adolescentes a vivir con su familia, el rol preponderante de la familia en la protección de los niños y adolescentes, y a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, como asimismo el deber estatal de asegurar y adoptar las medidas que promuevan y faciliten la unidad familiar, el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con los tratados ratificados y vigentes, y la ley, sin injerencias ilícitas”<sup>12</sup>.

El hecho de nacer y tener dificultades para el ejercicio de los derechos previamente enunciados pone en riesgo de forma automática el derecho a la igualdad, tal como lo establece la Convención de los derechos del Niño desde su preámbulo, toda persona tiene los derechos y libertades enunciados tanto en la declaración Universal de Derechos Humanos como en los pactos internacionales de derechos humanos, sin distinción alguna por motivos de raza, nacimiento o cualquier otra condición. Sin embargo, lo que en la práctica se ha podido ver es la vulneración de derechos de menores que nacen de los acuerdos de gestación subrogada, limitando sus derechos a la nacionalidad, filiación y todos los que de allí derivan.

### (iii) Regulación de la gestación subrogada

Dado el potencial riesgo de vulneración de derechos humanos en la práctica de gestación subrogada, en diferentes oportunidades se ha hecho énfasis en la necesidad de la regulación<sup>13</sup>, la Corte constitucional ha sido reiterativa en la necesidad de regular la gestación subrogada<sup>14</sup> pues es necesario brindar un panorama jurídico menos incierto.

---

<sup>11</sup> Convención de los Derechos del Niño, artículo 9: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”

<sup>12</sup> Nogueira, H. (2017) La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes, respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los Derechos de los Niños y Adolescentes. Scielo. 23 (2). [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122017000200415](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000200415)

<sup>13</sup> Mora, Ximena. La necesaria regulación de la gestación subrogada en Colombia. Centro de Estudios sobre Genética y Derecho. Universidad Externado de Colombia. 27 de mayo de 2024. Disponible en: <https://geneticayderecho.uexternado.edu.co/la-necesaria-regulacion-de-la-gestacion-subrogada-en-colombia/>

<sup>14</sup> Mora, Ximena. Reiteración de exhorto para la regulación sobre la gestación subrogada en Colombia. Síntesis y análisis de la sentencia T-127 de 2024. Centro de Estudios sobre Genética y Derecho. Universidad Externado de Colombia. 19 de febrero de 2024, Disponible en: <https://geneticayderecho.uexternado.edu.co/reiteracion-de-exhorto-para-la-regulacion-sobre-la-gestacion-subrogada-en-colombia-sintesis-y-analisis-de-la-sentencia-t-127-de-2024/>

La regulación puede ir dirigida en diferentes sentidos, (i) la forma prohibitiva, (ii) la forma permisiva con límites, bien sea con fines altruistas<sup>15</sup>, o limitando el acceso de acuerdo con la nacionalidad o la organización familiar, o (iii) la regulación permisiva sin límites, donde incluso se permite la gestación subrogada con fines comerciales<sup>16</sup>.

(i) El modelo prohibitivo se caracteriza por la prohibición expresa de la práctica de la gestación subrogada, y en algunos casos, incluso la sancionan por la vía penal<sup>17</sup>. Países como Italia, España, Francia Alemania, Suiza, Islandia, Bélgica entre otros, tienen leyes que expresamente prohíben la gestación subrogada, España declara nulo de pleno derecho este contrato y elimina la posibilidad de establecer filiación materna, pues la única forma de determinar la maternidad es a través del parto<sup>18</sup>. Estos países optan por un enfoque estrictamente restrictivo, considerando la gestación subrogada como una práctica incompatible con sus marcos jurídicos, y sancionando cualquier actividad relacionada con ella.

(ii) El modelo permisivo con límites permite la gestación subrogada bajo condiciones específicas y regulaciones estrictas. Portugal, regula el acceso a estas técnicas solo en ciertos contextos, limitando el acceso a parejas heterosexuales y personas solteras, estableciendo límites en cuanto a la organización familiar, las condiciones de acceso y la protección de derechos. Este enfoque se busca equilibrar la libertad reproductiva con la protección frente a posibles abusos o prácticas que puedan atentar contra algunos de los derechos en riesgo, así como situaciones que atentan contra la bioética. Ucrania, permite la gestación subrogada con restricciones, tales como la limitación a parejas heterosexuales y algunos requisitos médicos y legales, pero no limita el aspecto económico, pudiendo realizarse con fines comerciales.

(iii) Finalmente, el modelo permisivo sin límites es aquel en el que la regulación no impone restricciones significativas, permitiendo incluso la gestación subrogada con fines

---

<sup>15</sup> La gestación subrogada se encuentra permitida, pero únicamente con fines altruistas en países como Portugal en la Ley 25 de 2016, Reino Unido y Canadá entre otros.

<sup>16</sup> “Países como Ucrania, Rusia y algunos estados de Estados Unidos los admiten de manera amplia, tanto a título gratuito como comercial. Por su parte, en el Reino Unido se admite la gestación para otros de naturaleza gratuita, aunque con compensación, mientras se reprocha y prohíben los acuerdos de carácter oneroso.” Díaz Lindao I. Los acuerdos de gestación por encargo desde la perspectiva del acto de disposición de la mujer sobre su propio cuerpo. Capítulo VII del libro Actos de disposición del cuerpo humano. Tradición jurídica romanista y perspectivas contemporáneas. Editores: Aldo Petrucci y Enrique Santamaría. Bogotá. Universidad Externado de Colombia 2020, pp. 273-313.

<sup>17</sup> Algunos de los ordenamientos que prohíben los acuerdos de gestación subrogada en incluso imponen sanciones penales son: Italia: Ley 40 de 2004, artículo 12, inciso 6; Francia Ley n 94-653 de 1994 y Código Penal, artículo 227-12; España: Ley 14 de 2006, artículo 10, este no establece sanciones penales, pero declara nulo de pleno derecho o el contrato de gestación subrogada sea con fines comerciales o altruistas. Suiza por su parte prohíbe de forma expresa todas las modalidades de gestación por sustitución, en el artículo 119.2, letra d) de la Constitución Federal.

<sup>18</sup> Así lo establece el artículo 10 de la Ley 14 de 2006. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>

comerciales, hay algunos Estados permiten la donación de gametos con remuneración, como Noruega o Países Bajos, allí adoptan una regulación que deja espacio a la actividad comercial<sup>19</sup> -aunque no se refiere propiamente a la gestación subrogada, si hay una relación directa ya que la misma solo puede realizarse por medio de Fecundación In Vitro-. En estos sistemas, se favorece un mercado abierto donde la actividad de gestación por sustitución puede realizarse sin restricciones estrictas, promoviendo la libertad de los actores económicos y particulares en la reproducción asistida.

Los modelos de regulación (ii) y (iii) cuenta con críticas, porque incluso en los casos en los que se regula de forma altruista hay riesgos latentes. En Suecia donde se prohibió cualquier forma de gestación subrogada, “*Tras el Informe Wendel (2016), que reconoce que no se puede garantizar el altruismo frente a una demanda mercantil creciente y a presiones diversas, se recomendó que la gestación subrogada quedara prohibida*”<sup>20</sup>.

En todo caso, la elección de la vía de regulación debería depender del análisis que se haga del riesgo que represente esta práctica para vulneración de derechos fundamentales, teniendo en cuenta el contexto socio económico de cada Estado, por lo que el análisis que se haga, a pesar de poder emplear el análisis comparado, debe depender de las circunstancias propias del contexto colombiano. Sin embargo, por la complejidad que puede representar el tema y probablemente a la falta de atractivo para la agenda política, el tema sigue sin contar con una regulación precisa, y son múltiples los proyectos de ley que han sido archivados, solo se cuenta con las sentencias y recomendaciones que la propia jurisprudencia ha creado.

¿Qué aspectos deberían regularse?, en caso de hacer una regulación permisiva, no deberían dejarse desprovistos aspectos tendientes a la protección de derechos humanos de los menores nacidos bajo esta práctica, así como de las mujeres que prestan su fuerza gestacional y de paso brindar también protección a comitentes, incluso a las clínicas de fertilidad, en el sentido de crear un panorama jurídico claro.

En un concepto emitido por esta misma unidad académica<sup>21</sup>, se hizo referencia a algunos de los puntos específicos que requieren regulación en la gestación subrogada, entre ellos: lo

---

<sup>19</sup> “Países como Ucrania, Rusia y algunos estados de Estados Unidos los admiten de manera amplia, tanto a título gratuito como comercial. Por su parte, en el Reino Unido se admite la gestación para otros de naturaleza gratuita, aunque con compensación, mientras se reprocha y prohíben los acuerdos de carácter oneroso.” Diaz Lindao I. Los acuerdos de gestación por encargo desde la perspectiva del acto de disposición de la mujer sobre su propio cuerpo. Capítulo VII del libro Actos de disposición del cuerpo humano. Tradición jurídica romanista y perspectivas contemporáneas. Editores: Aldo Petrucci y Enrique Santamaría. Bogotá. Universidad Externado de Colombia 2020, pp. 273-313.

<sup>20</sup> Guerra Palermo M. Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. Gaceta Sanitaria Vol. 13. Barcelona noviembre-diciembre.

<sup>21</sup> Centro de Estudios sobre Genética y Derecho. Concepto de la Corte Constitucional - OP- TB-160/2023. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2023/08/Concepto-CEGD-OPTB-1602023.pdf>

relacionado con el derecho a la familia<sup>22 23</sup>, (es indispensable regular la filiación y su forma precisa de definirla en la gestación subrogada, así mismo los efectos prácticos que tengan que ver con la elaboración del certificado de nacido vivo y el registro civil de nacimiento), el reconocimiento a la personalidad jurídica<sup>24</sup>, la prohibición de trata de personas<sup>25</sup>, el reconocimiento de la nacionalidad<sup>26</sup>. Los elementos de este acuerdo<sup>27</sup>, las calidades de comitentes y de la gestante (además de contar con plena capacidad legal, deben cumplir con unos requisitos mínimos, ya descritos en parte en la Sentencia T 968 de 2009), también se hizo referencia a la indispensable la regulación del contenido del consentimiento informado. En cuanto al objeto del acuerdo, salvo que se considere que el mismo es justamente prestar la fuerza gestacional, se precisó que adolece de ilicitud, de una parte, por instrumentalizar el cuerpo de la mujer y vulnerar su dignidad humana; por otra parte, por encontrar puntos de contacto con delitos como la trata de personas<sup>28</sup>. Se recuerda que no es posible que la gestante aporte el óvulo, pues el objeto sería ilícito, pues si se aporta material genético el menor nacido bajo este proceso se convierte en el objeto del contrato, lo que transgrede el artículo 17 constitucional<sup>29</sup>.

---

<sup>22</sup> “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.”

<sup>23</sup> Del artículo 42 de la Constitución, el ponente resalta los siguientes apartes: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”, “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.”, “La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.”

<sup>24</sup> “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

<sup>25</sup> “Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.”

<sup>26</sup> El artículo 96 de la Constitución da la posibilidad de que se reconozca la nacionalidad colombiana “*1. Por nacimiento: a) Los naturales de Colombia, que con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y;*” caso en el cual debería reconocerse la nacionalidad colombiana a los menores nacidos por procesos de gestación subrogada en Colombia, cuando la gestante subrogada sea nacional colombiana, toda vez que se cumpliría con una de las dos condiciones, es decir que la madre haya sido natural o nacional colombiana. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984), en la Opinión Consultiva OC-4/84, destacó que este derecho forma parte del estado natural del ser humano, constituyendo no solo la base de su capacidad política, sino también una parte fundamental de su capacidad civil. Por lo tanto, aunque la regulación sobre la nacionalidad es una competencia de cada Estado, el derecho internacional establece que esta no debe vulnerar principios superiores.

<sup>27</sup> Elementos que deben seguir lo prescrito en el Código Civil, ARTÍCULO 1502. “<REQUISITOS PARA OBLIGARSE>. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz. 2o.) que consenta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.”

<sup>28</sup> Sobre el punto, ver las diferentes posiciones y conclusiones en Díaz Lindao I. Los acuerdos de gestación por encargo desde la perspectiva del acto de disposición de la mujer sobre su propio cuerpo. Capítulo VII del libro Actos de disposición del cuerpo humano. Tradición jurídica romanista y perspectivas contemporáneas. Editores: Aldo Petrucci y Enrique Santamaría. Bogotá. Universidad Externado de Colombia 2020, pp. 273-313.

<sup>29</sup> “Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.”

Sobre la causa se indicó que debe ser la realización del derecho a la reproducción, de modo que la comitente debe tener algún impedimento para gestar, otra causa resultaría ilícita. Deben descartarse de forma expresa los casos en los que se acuda a esta práctica con el fin de evitar consecuencias estéticas o molestias propias del embarazo en el cuerpo de la comitente<sup>30</sup> y en general los casos en que no se obedezca a fines legítimos. En seguida se transcriben algunos de los puntos sustanciales por regular, indicados en el concepto enunciado previamente:

En cuanto a los derechos de las mujeres, será necesario la prohibición de cláusulas contrarias a derechos humanos, tales como, la libertad, la dignidad humana, el derecho a la salud y a la integridad física, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo entre otros<sup>31</sup>.

En cuanto a los derechos de los menores nacidos en los procesos de gestación subrogada, y teniendo en cuenta la su prevalencia<sup>32</sup>, resulta indispensable que las normas sean claras en cuanto a la titularidad de la posición de garante de los derechos de los menores, el reconocimiento de todos los atributos de la personalidad, derecho a la salud, derecho a la familia, entre otros<sup>33</sup> que pueden verse vulnerados dada la ausencia de regulación<sup>34</sup>.

Otros de los aspectos que requieren regulación y que se van identificando dada la existencia de casos complejos en la práctica, tienen que ver incluso con la familia de la subrogante. Recordemos que uno de los requisitos de acuerdo con la jurisprudencia, para poder prestar la fuerza gestacional es tener hijos, pues bien, en la práctica esta situación puede generar

---

<sup>30</sup>Mesa Valencia L., Giraldo Agudelo J. Algunas consideraciones sobre la filiación asistida en Colombia. Revista Pluriverso No. 1 Julio a diciembre de 2013, pp. 88

<sup>31</sup> La sentencia C 055 de 2022, amplió el derecho al aborto, de modo tal que todas las mujeres en el territorio colombiano tienen la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo hasta la semana 24 sin ninguna causal determinada y el resto de la gestación bajo alguna de las 3 causales descritas en la sentencia C 055 de 2006. Este derecho no puede ser menoscabado dentro de los acuerdos de gestación subrogada.

<sup>32</sup> Artículo 44 de la constitución política de Colombia, “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” Y artículo 9 del Código de la infancia y la adolescencia: “PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

<sup>33</sup> “Los niños y niñas nacidos por gestación subrogada 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, lo que incluye garantizar la existencia de marcos legales y reglamentarios apropiados a nivel nacional para proteger y promover sus derechos.” UNICEF. Nota informativa. Consideraciones clave: derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada. Febrero de 2022. Tomado de: <https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf>

<sup>34</sup> Las normas relativas a los derechos de los menores deben ser apreciadas de forma integral y estricta, en las normas que regulen la gestación subrogada en Colombia. Existen derechos que presentan inconvenientes y dificultad de aplicación en los procesos de gestación subrogada, por ello el tema debe ser regulado. Por ejemplo, Ley 1098 de 2006 artículos 25 del derecho a la identidad.

posibles afectaciones a nivel psicosocial en los menores hijos de la subrogante, pues tienen en casa a su mamá en un proceso de gestación que les hace relacionar la situación, con posibilidad de contar con un nuevo miembro en su familia, con un bebé hermano o hermana, y al final claramente no es así, esta situación genera un duelo que requiere acompañamiento psicológico<sup>35</sup>.

El embarazo en la gestación subrogada debería contar también con un acompañamiento especial, no es un embarazo como cualquiera, en estos casos tanto la forma de concebir, como el posparto son diametralmente diferentes y pueden implicar diferentes complicaciones<sup>36</sup> que requieren de ese especial acompañamiento médico y psicológico. Adicionalmente como se indicará más adelante, la posibilidad de interrumpir de manera voluntaria el embarazo debe contar con reglas claras en estos procesos, ello teniendo en cuenta que no puede haber cláusulas abusivas que violen derechos fundamentales de las mujeres.

Hay algunos aspectos que no deben quedar desprovistos de regulación y tienen que ver con aspectos prestacionales, económicos y tributarios, entre ellos, la regulación de los intermediarios y la posibilidad de lucro de las agencias, la posibilidad o no de generar tributos por los servicios que implica la gestación subrogada desde el punto de vista de las agencias intermediarias; los aspectos prestacionales, tanto el acceso a servicios de salud, su asunción de gastos, así como de los permisos y licencias de paternidad y maternidad, y la licencia de recuperación posparto para la subrogante.

Un aspecto que puede resultar muy útil regular es la creación de un sistema de seguimiento y reporte de casos de gestación subrogada, de modo que permita tener cifras oficiales de esta práctica en Colombia, así como el seguimiento y control de los casos para evitar la vulneración de derechos de las partes y del niño o niña nacido(a) como fruto de la práctica.

#### **(iv) Prácticas generales, condiciones contractuales, obligaciones contractuales en la gestación subrogada**

En seguida se enunciará el proceso regular como se lleva a cabo la gestación subrogada en Colombia<sup>37</sup>, desde el deber ser, sin dejar de lado que existen situaciones en las que no se da cumplimiento a lo necesario dada la ausencia de regulación y de mínimos exigibles.

---

<sup>35</sup> Una situación similar fue descrita en el evento realizado desde el Centro de Estudios sobre Genética y Derecho: Explorando la gestación subrogada desde las perspectivas y voces de los intervinientes. Mayo de 2024. Vídeo disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=CloNN1AyMbl>

<sup>36</sup> Es necesario pensar en las consecuencias y riesgos que hay con el uso de las TRHA, como la FIV, con transferencia embrionaria, además de los riesgos potenciados en el posparto dado el desapego con el bebé que nace, desde complicaciones en la salud mental hasta la mastitis, que, si bien son riesgos comunes a un embarazo normal, pueden verse potenciados en estos casos.

<sup>37</sup> Centro de Estudios sobre Genética y Derecho: Explorando la gestación subrogada desde las perspectivas y voces de los intervinientes. Mayo de 2024. Vídeo disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=CloNN1AyMbl>

Por un lado, en el aspecto médico, es fundamental que tanto la mujer gestante como los futuros padres se sometan a una serie de exámenes y valoraciones. Esto incluye exámenes físicos, psicosociales, genéticos entre otros, que aseguren la idoneidad de la gestante, verificando que cuenta con la salud física y mental necesaria para llevar adelante el embarazo. La clínica de fertilidad juega un papel central en estos controles, ya que debe garantizar que se cumplen las condiciones mínimas para evitar riesgos y asegurar el bienestar de la gestante y del bebé. Además, es importante que se les brinde toda la información necesaria sobre los riesgos y procedimientos, para que puedan dar su consentimiento libre y voluntario.

Desde el punto de vista de las obligaciones contractuales, se realiza un acuerdo, que debería ser claro y detallado entre la mujer gestante y los padres por intención. En este acuerdo, se deben estipular aspectos como la ayuda económica, que tal como se lleva a cabo actualmente se supone corresponde a una compensación por los gastos en que incurre la gestante por el embarazo, el acuerdo hace referencia a las obligaciones y los derechos de ambas partes. Suelen pactarse cláusulas relativas a la obligación de la gestante con aspectos del cuidado de su salud, así como seguir las indicaciones médicas, asistir a controles periódicos y mantener una comunicación abierta y honesta respecto a su estado de salud, psicológica y emocional. Por su parte, los padres por intención tienen la obligación de proporcionar toda la atención necesaria, cumplir con los pagos acordados y respetar el proceso, además de garantizar el que recibirán al menor. Estos acuerdos suelen ser elevados a escritura pública, por parte de la gestante se hace una renuncia a la filiación y los comitentes por el contrario asumen la misma, podría pensarse que es como una forma anticipada de reconocimiento, figura que no está determinada en la ley realmente, por lo que se ha indicado que requiere regulación.

En el momento del parto, al parecer algunas clínicas tienen por práctica diligenciar el formato de certificado de nacido vivo con el nombre de la madre de intención, ¿constituye esto acaso una posible falsedad en documento público? La ausencia de regulación también pone en una situación delicada desde el punto de vista jurídico a los profesionales de la salud en estos casos, en especial a quien firmaría el certificado de nacido vivo. En todo caso el certificado de nacido vivo se lleva a la notaría para realizar el Registro civil de nacimiento, y en los casos en los que se ha diligenciado con el nombre de la verdadera gestante, el proceder jurídico implica necesariamente la impugnación de la maternidad, téngase en cuenta que esta realidad ha conducido a diferentes casos complejos que han sido objeto de análisis por tribunales y altas cortes<sup>38</sup>, lejos de afirmar que lo correcto sea omitir los registros de la existencia de la mujer gestante, este aspecto requiere una regulación clara y precisa.

---

<sup>38</sup> Solo para ejemplificar algunos de los casos, se recuerdan las Sentencias: Sentencia T 127 de 2024, Sentencia T 232 de 2024, Sentencia del 4 de diciembre de 2024 del Juzgado 38 de Familia de Bogotá – en la cual se rechazó la impugnación de la maternidad de la mujer que gestó y dio a luz al niño en un contexto de maternidad subrogada-; Sentencia del 1 de abril de 2025 del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Primera Civil, la que indicó que el hecho de que un menor nazca como producto de una TRHA, no implica que pueda ser eliminada

Clausulas como la imposibilidad de interrupción voluntaria del embarazo generan muchas dudas desde todo punto de vista. Vale la pena recordar que la sentencia C 055 de 2022 amplió el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, estableciendo que todas las mujeres en Colombia tienen la facultad de interrumpir voluntariamente su embarazo hasta la semana 24 sin necesidad de justificar causa específica. Después de ese período, solo se permite la interrupción si se cumple alguna de las tres causales establecidas en la sentencia C 055 de 2006. Este derecho no puede ser vulnerado ni restringido en el contexto de los acuerdos de gestación subrogada, pero ¿puede acaso generar algún tipo de responsabilidad contractual ante la ausencia de causales o alguna causa justificada?, es un aspecto que seguramente será necesario plantear en una posible regulación del contenido del acuerdo, por su puesto asegurando siempre el respeto a la salud y dignidad de la mujer gestante durante todo el proceso.

#### (v) **Licencias parentales en casos de gestación subrogada**

En el marco del derecho laboral y la seguridad social en Colombia, la protección que se brinda con las licencias por parto y maternidad se relaciona con la garantía del cuidado y la atención de los recién nacidos titulares del derecho al interés superior, así como el bienestar de las madres en período de posparto y recuperación. Sin embargo, en los casos de gestación subrogada, este escenario presenta ciertas complejidades aún no reguladas, y que han debido ser abordadas por la jurisprudencia.

De acuerdo con el artículo 48 constitucional, la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, por lo tanto, el Estado cuenta con libertad de configuración legislativa de las prestaciones sociales, entre ellas la licencia de maternidad. Actualmente la Ley 2114 de 2021 consagra la “Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido”, allí se encuentran los tiempos a los que se tiene derecho tanto para la licencia de maternidad como la de paternidad. Sin embargo, lo allí contenido no es suficiente para la garantía del derecho de los menores nacidos bajo gestación subrogada, de recibir cuidado de sus padres en sus primeros días de vida, derecho que se materializa por medio de la licencia de maternidad o de paternidad y de la mano de esta posible vulneración se afectaría también el interés superior del menor.

Si bien actualmente la ley no prevé expresamente la extensión de estas licencias en los casos de gestación subrogada, la jurisprudencia ha hecho énfasis en que el interés superior del niño y la igualdad que deben primar, permitiendo que los padres por adopción o por alguna TRHA

---

la madre de su registro civil de nacimiento, *“Ocultar este hecho so pretexto de un negocio jurídico o por la mera decisión de la mujer es vulnerar los derechos fundamentales del nacido vivo”*

puedan acceder a los beneficios del sistema de seguridad social, incluso en circunstancias donde la maternidad se origina en la figura de la gestación subrogada.

Un caso sobre este aspecto ya fue abordado por la Corte Constitucional en la Sentencia T 275 de 2022, allí un hombre soltero que acudió a la gestación subrogada solicitó a su EPS el reconocimiento de la licencia de maternidad, la cual corresponde a 18 semanas, sin embargo, la EPS reconoció la licencia de paternidad, la cual correspondía a tal solo 2 semanas. La Corte en aras de la protección del interés superior del menor, hizo extensivo el derecho a la licencia de maternidad solicitada por el padre soltero, reconociendo las semanas faltantes que no le habían sido reconocidas. Este supuesto se asemeja al supuesto de hecho dispuesto en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, en el que se dispone:

Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento, abandono o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

La acertada solución brindada por la Corte para el caso en concreto deja ver de forma clara la necesidad de ser precisos en la regulación de este aspecto, pues, aunque hizo extensiva la licencia al padre por ser un padre soltero que quedo a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, también se había reconocido esta misma licencia de maternidad a la subrogante. Reconocer a la subrogante la licencia de maternidad resulta ser una sobrecarga para el Sistema de Salud y no es realmente necesario, pues la subrogante no estará a cargo del recién nacido, no se ejecutaría allí la finalidad de la norma. Lo que resulta necesario para el caso de la subrogante es el reconocimiento del subsidio por incapacidad laboral, mientras se logra la recuperación del posparto.

Para los casos de gestación subrogada con comitentes homoparentales, resulta aplicable lo dispuesto en la sentencia C 415 de 2022, en la cual se declaró exequible el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 bajo el entendido de que la pareja adoptante del mismo sexo definirá, por una sola vez, quien de ellos gozará de cada prestación en las mismas condiciones previstas para las familias hetero parentales adoptantes, de modo tal que solo a uno(a) se reconozca la licencia de maternidad y al otro(a) la licencia de paternidad.

En todo caso, lo indicado para un padre o madre comitante sería recibir la licencia de maternidad, en caso de ser dos comitentes no deben coexistir, dos licencias de maternidad, ni dos licencias de paternidad, y en cuanto a la subrogante, lo correcto es el reconocimiento

de subsidio por incapacidad, dada la incapacidad de laborar que genera el posparto y la necesidad de su recuperación.

### (vi) Conclusiones

Desde el Centro de Estudios sobre Genética y Derecho hacemos de nuevo un llamado al a necesidad de regulación, así como la honorable Corte también lo ha hecho en diferentes sentencias. Es necesario crear un marco legal claro que proteja los derechos de todas las partes involucradas, especialmente de las mujeres como parte débil del acuerdo y los menores que nazcan como resultado de estos procesos, sin dejar de lado a los padres por intención o comitentes e incluso al personal de la salud que interviene.

En vista de la ausencia de un marco normativo en la actualidad, y con la presencia de situaciones ya consolidadas en las que se vulneran derechos de los niños y niñas que nacen de estos acuerdos, es necesario que la Corte haga énfasis en la protección de sus derechos fundamentales, entre ellos: la filiación, la nacionalidad e identidad, la salud y bienestar entre otros. De modo tal que en las decisiones que se tomen sobre los casos en revisión propendan por la priorización del interés superior del menor.

En cuanto a los casos concretos, los hechos planteados dejan ver de forma clara el panorama de inseguridad jurídica de la gestación subrogada, toda vez que en algunos casos las notarías deciden no registrar al menor con dos padres y en otros casos registran a los menores incluso con un solo padre, sin madre alguna. Además de priorizar los derechos de los menores nacidos de procesos de gestación subrogada, es necesario tener en cuenta que las normas existentes sobre el Registro Civil de Nacimiento indican que el menor debe ser registrado con base en la información contenida en el certificado de nacido vivo, de allí puede desprenderse la garantía de derechos a la identidad y la nacionalidad. Ante la ausencia de normas específicas, se debe dar aplicación la jurisprudencia existente, por ejemplo Sentencia SU-696 de 2015 y la Sentencia T 275 de 2022, que buscan proteger los derechos de los niños en casos de gestación subrogada para temas específicos, asegurando su derecho a tener una familia y una identidad legal clara, así como la compañía de sus padres para su cuidado en el tiempo de la licencia de maternidad y paternidad, bajo los lineamientos descritos en este concepto sobre el punto.

**LEIDY XIMENA MORA GÓMEZ, JORGE ALBERTO RAMÍREZ GÓMEZ**

**CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**

---

**Dirección:** Calle 12 No. 1-17 Este. Bogotá. Colombia  
Edificio A, piso 3.

**Teléfonos:** Tel: +57 (1) 342 02 88 Ext. 4015