

Análisis de los elementos de la maternidad subrogada en Colombia desde una perspectiva constitucional*

Andrés HERNÁNDEZ-MORALES**

Carlos Jesús MOLINA-RICAURTE***

RESUMEN: El artículo identifica cuatro elementos de la maternidad subrogada desde la perspectiva constitucional, con énfasis en el caso colombiano. Se analiza la autonomía de la voluntad como base del acuerdo de maternidad subrogada; la incorporación del principio internacional del interés superior del niño y la niña en la figura de la maternidad subrogada; la garantía de los derechos fundamentales de los participantes en el acuerdo de maternidad subrogada, en especial los derechos sexuales y reproductivos; y las implicaciones de la figura en el concepto constitucional de la familia. Al final, se discuten los eventos en los que los elementos constitucionales pueden entrar en disputa.

PALABRAS CLAVE: Maternidad subrogada; autonomía personal; interés infantil superior; derechos fundamentales; familia diversa.

CONTENIDO: 1. Introducción; – 2. La maternidad subrogada y el derecho; – 3. Elementos constitucionales de la maternidad subrogada: caso colombiano; – 3.1. Límites constitucionales de la autonomía de la voluntad en el acuerdo; – 3.2. Principio del “interés superior del niño y la niña” en la maternidad subrogada; – 3.3. Derechos sexuales y reproductivos de las personas solicitantes y derechos de demás intervinientes; – 3.4. Tratamiento constitucional a la institución de la familia; – 4. Discusión: elementos constitucionales de la maternidad subrogada en disputa; – 5. Conclusiones: integración de los elementos constitucionales de la maternidad subrogada; – Referencias bibliográficas.

TITLE: *Elements of Surrogate Motherhood in Colombia from a Constitutional Perspective*

ABSTRACT: *The article points out four elements of surrogate motherhood from the Colombian constitutional perspective. It analyzes the personal autonomy as a basis of the surrogate motherhood agreement; the incorporation into the figure of the international principle of the best interests of the child; the guarantee of the fundamental rights of the incumbents in the surrogacy agreement, specially sexual and reproductive rights; and the implications of such an agreement in the constitutional concept of family. At the end, it discusses possible events in which the four constitutional elements interact with each other.*

KEYWORDS: *Surrogate motherhood; personal autonomy; best interest of the child; fundamental rights; diverse family.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Surrogacy and the law; – 3. Constitutional elements of surrogacy: Colombian case; – 3.1. Constitutional limits of the autonomy of will in the agreement; – 3.2. Principle of the "best interest of the child" in surrogacy; – 3.3. Sexual and reproductive rights of the applicants and rights of*

* Este artículo es producto del proyecto de investigación INV2951 “Maternidad subrogada: entre la regulación y la no regulación”, financiado por la Universidad Cooperativa de Colombia.

** Abogado, magister en Sociología del Derecho, magister en Ciencia Política y estudiante de doctorado de la Universidad Católica de Colombia. Profesor de tiempo completo en la Universidad Cooperativa de Colombia. Correo electrónico: andres.hernandezmor@campusucc.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3516-4561>.

*** Abogado y filósofo, magister en Filosofía y estudiante de doctorado en Derecho en la Universidad Pompeu Fabra, en Barcelona. Profesor de tiempo completo en la Universidad Cooperativa de Colombia. Correo electrónico: carlosj.molina@campusucc.edu.co. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6575-5170>.

other intervening persons; – 3.4. Constitutional treatment of the institution of the family; – 4. Discussion: constitutional elements of surrogacy in dispute; – 5. Conclusions: integrity of the constitutional elements of surrogacy; – References.

1. Introducción

La maternidad subrogada supone retos en diversos campos del derecho. En este artículo se presentan analíticamente los elementos de la figura desde la perspectiva constitucional, con énfasis en el caso colombiano, sin que se den respuestas definitivas a eventuales problemas en torno a los mismos.

A partir de la revisión constitucional de la maternidad subrogada, se identifican los elementos que: involucran el ejercicio de libertades individuales y los límites del Estado en su regulación; incorporan valores constitucionales relativos a la persona, a los niños y las niñas o la familia; o materializan derechos fundamentales.

Los elementos constitucionales identificados son:

- Los límites constitucionales de la autonomía de la voluntad.
- La incorporación del principio del “interés superior del niño y la niña”.
- La garantía de los derechos sexuales y reproductivos de quienes solicitan la maternidad subrogada, enmarcados en el principio de solidaridad, y de los derechos de la persona gestante y el niño o la niña producto de la gestación.
- Las implicaciones en el concepto constitucional de familia.

Cada elemento se analiza doctrinal y jurisprudencialmente, al final, se problematizan para encontrar eventuales conflictos que se pueden presentar entre ellos.

2. La maternidad subrogada y el derecho

Jurídicamente, la maternidad subrogada puede entenderse¹ como un acuerdo de voluntades entre una persona o una pareja (personas solicitantes) y una persona capaz

¹ La maternidad subrogada, de acuerdo con Cabrera-Caro y Medina Gamero y Regalado Chamorro, es una técnica de reproducción asistida, pero también un acuerdo jurídico, a veces definido en la ley y otras veces innominado. En el último intento legislativo realizado en Colombia por incorporar una regulación de la figura al ordenamiento jurídico (proyecto de ley 263 de 2020), se definía así: “Artículo 2°. Definición: Se entiende por maternidad subrogada, o comúnmente llamada también alquiler de vientres, todo acuerdo de voluntades, verbal o escrito, a título gratuito o con fines de lucro, unilateral o bilateral, a título personal o por interpuesta persona, que tenga por objeto el compromiso de gestar un bebé y entregarlo a una persona o a una pareja, cediendo la filiación derivada de la maternidad y renunciando a los derechos sobre el recién nacido”. Por su parte, el ordenamiento jurídico español, sobre técnicas de reproducción asistida, considera la maternidad subrogada o “gestación por sustitución”, como un contrato “nulo de pleno derecho”, aquel

de gestar (persona gestante), con el fin de que (i) esta lleve a cabo la gestación de un óvulo fecundado, usualmente con la información genética de alguno o de ambos solicitantes; y de que, (ii) una vez producido el nacimiento, la persona gestante entregue al recién nacido a las personas solicitantes para que estos ejerzan las responsabilidades parentales, renunciando la persona gestante a cualquier derecho filial sobre el niño o la niña. Según la práctica, el acuerdo puede ser oneroso o gratuito e implicar el cubrimiento de gastos médicos y de fertilización por parte de las personas solicitantes.²

La figura suscita múltiples desafíos para el derecho: en la filiación, en el derecho civil y de familia; en el derecho de contratos y obligaciones, sobre las prerrogativas de los contratantes y la resolución de disputas; en el derecho administrativo de familia, en el cumplimiento de funciones registrales o la protección de la infancia; en el derecho internacional de los derechos humanos y en los estudios de derecho y género, en el marco de relaciones desiguales globales entre los países;³ o en el derecho penal, por ser punible en algunos países.

La regulación mundial de la maternidad subrogada no es uniforme,⁴ que puede encontrarse como:

- Prohibición por razones de orden público vinculadas a la filiación o a la exclusión de ciertos asuntos del comercio, como en España,⁵ Austria, Italia, Alemania y de algunos estados de EE. UU.⁶

“por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero” (ley 14 de 2006).

² Al respecto, ver MUÑOZ-GÓMEZ, Diana Sthefanía. Barreras comunicacionales en la práctica de la maternidad subrogada. Una crisis en tiempos de pandemia. *Revista Bioética y Derecho*, núm. 52. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2021, 61-83. <https://doi.org/https://doi.org/10.1344/rbd2021.52.33384>. Recuperado 28.10.2022; MARTÍNEZ-MUÑOZ, Karol X.; RODRÍGUEZ-YONG, Camilo Andrés. La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica. *Revista Jurídicas*, núm. 1 vol. 18. Manizales: Universidad de Caldas, 2021, 74-90. <https://doi.org/https://doi.org/10.17151/>. Recuperado 28.10.2022.

³ CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH. Surrogate Motherhood: Surrogate Motherhood Ethical or Commercial. <http://ncw.nic.in/content/surrogate-motherhood-ethical-or-commercial>. Recuperado 28.10.2022.

⁴ SALAMA, Mahmoud; ISACHENKO, Vladimir; ISACHENKO, Evgenia; RAHIMI, Gohar; MALLMANN, Peter; Westphal, Lynn M.; ... PATRIZIO, Pascual. Cross border reproductive care (CBRC): a growing global phenomenon with multidimensional implications (a systematic and critical review). *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, núm. 7 vol. 35. 2018, 1277-1288. <https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s10815-018-1181-x>. Recuperado 28.10.2022; LÁZARO PALAU, Carmen María. El concepto de persona como elemento clave de la identidad europea: el caso de la maternidad subrogada. *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 2. Bilbao: Universidad de Deusto, 2019, 189-201. <https://ced.revistas.deusto.es/article/view/1555>. Recuperado 28.10.2022; MUÑOZ-GÓMEZ, Diana Sthefanía. cit.

⁵ En el caso de España, la ley 14 de 2006 señala que es nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución.

⁶ EMALDI CIRIÓN, Aitziber. Ethical and juridical implications relating to surrogate pregnancy. An overview from a european perspective. *Acta Bioética*, núm. 2 vol. 23. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2017, 227-235. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2017000200227>. Recuperado

- Regulación estricta, para dar seguridad jurídica a las personas intervinientes, incluido el niño o niña recién nacidos. Se admite solo gratuitamente, invocando principios de solidaridad, para ayudar a las personas a superar problemas de fertilidad, como en Reino Unido o Canadá.⁷
- Autorización explícita, incluida aquella sin propósitos altruistas, como en Rusia o Grecia, o tácita, ante la ausencia de regulación o prohibición, siendo los jueces quienes dictan las reglas aplicables en caso de conflictos sobre la filiación o protección del niño o la niña, con la inseguridad jurídica implícita.⁸

En Latinoamérica, Martínez-Muñoz y Rodríguez-Yong caracterizan la situación jurídica de la figura con base en los siguientes elementos:

- Poca regulación, pero intentos fallidos de regular en varios.
- Intervención de jueces para arbitrar conflictos derivados del acuerdo.
- Diversidad en enfoques de intentos de regulación, según tendencias mundiales.
- Intentos de regulación incorporando amplios requisitos para la celebración del acuerdo.
- Intentos de regulación enfocados en reglas de filiación, custodia o deberes y derechos de las personas solicitantes respecto del niño o niño, así como en precaver la explotación de la persona gestante o del niño o la niña.

En Colombia, la maternidad subrogada no tiene regulación, por lo que la figura estaría implícitamente autorizada, sin ningún tipo de seguridad jurídica para quienes intervienen y sujeta a la discrecionalidad de las autoridades en caso de conflictos. No obstante, ha habido intentos legislativos de regulación desde el año 2000 que no se concretaron⁹ y se identifican algunos pronunciamientos judiciales tangenciales que delimitan algunos principios aplicables a la figura.

La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-968 de 2009 resolvió una acción de tutela¹⁰ en la que la aparente madre gestante solicitaba se revocara la suspensión de

28.10.2022; LÁZARO PALAU, Carmen María. cit.; VALERO HEREDIA, Ana. La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43. Madrid: UNED, 2019, 421–440. <https://doi.org/https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24433>. Recuperado 28.10.2022.

⁷ VALERO HEREDIA, Ana. cit.

⁸ VALERO HEREDIA, Ana. cit.

⁹ El último intento de regulación legislativa inició su trámite en 2020 y tenía como propósito prohibir la práctica de la maternidad subrogada con fines de lucro y autorizarla con fines altruistas, únicamente para solicitantes de nacionalidad colombiana. El proyecto de ley 263 fue archivado en 2021.

¹⁰ La Acción de Tutela es el nombre que se le da en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano al recurso judicial efectivo de protección de los derechos fundamentales, conocido en otros países de Iberoamérica como Recurso de Amparo. Las decisiones que se toman en el marco de los procesos de tutela

la custodia de dos niños nacidos por un supuesto acuerdo económico con un tercero, padre solicitante. Un juez de familia había autorizado al padre, residente en EE. UU., a salir del país con los niños, argumentando el incumplimiento del acuerdo por parte de la madre gestante, al negarse a entregar su custodia.

La Corte encontró que la madre gestante era también madre genética de los niños, no configurándose la maternidad subrogada, sino una disputa entre padre y madre por la custodia de los niños. Su argumentación se dirigió, entonces, a la definición de las obligaciones y derechos parentales y a la aplicación del principio del interés superior del niño y la niña.

No obstante, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia hizo las siguientes consideraciones en torno a la figura:

- No se configura cuando la persona gestante aporta el material genético del niño o la niña y aquella renuncia a sus derechos de filiación por dinero, pues ello configuraría el delito de tráfico de personas.
- No está regulada en el derecho colombiano, pero se reconocen elementos como el valor constitucional de la reproducción asistida para la conformación de la familia.
- Incorpora planteamientos doctrinales como las tipologías onerosa o gratuita, la protección de los intereses del niño o la niña, la validez de algunos actos de disposición del propio cuerpo o los mecanismos para resolver desacuerdos entre las partes involucradas.

La Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia SU-696 de 2015 protegió los derechos de dos niños, gestados mediante la maternidad subrogada en California (EE. UU.), a ser registrados en Colombia como hijos de los padres solicitantes, una pareja del mismo sexo.

La Corte no se refirió a la figura ni la reconoció jurídicamente, pero analizó asuntos constitucionales relacionados con sus efectos: la protección de los derechos de los niños y niñas a la personalidad jurídica y la nacionalidad; la protección a la integridad de las

tienen un efecto interpartes. No obstante, cuando las decisiones son tomadas por las salas de revisión de la Corte Constitucional -Sentencias T-, en ejercicio de su competencia discrecional de revisión de todas las acciones de tutela del país, se entiende que las decisiones son producto de la interpretación del ordenamiento constitucional por parte del máximo órgano constitucional, por lo que, bajo determinadas circunstancias, podrían ser citada como precedente judicial para salvaguardar el derecho fundamental a la igualdad. En todo caso, la decisión así tomada se configura como un principio de antecedente de la opinión de la Corte sobre un caso específico.

Ahora bien, cuando se trata de decisiones tomadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, para unificar su jurisprudencia -Sentencias SU-, las mismas suponen la fijación de la jurisprudencia de la Corte sobre un aspecto específico, de carácter vinculante para las autoridades y los particulares.

diversas formas de familia; y, la validez del reconocimiento de filiación hecho por autoridades extranjeras.

Finalmente, la Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia SC6359 de 2017 señaló que, en casos de reproducción asistida, la filiación depende de la manifestación de voluntad por parte de quien se compromete con las obligaciones parentales en relación con el niño o la niña procreado, y no, de la relación biológica entre estos y quien aporta su material genético en el procedimiento.

Esta decisión legitimaría el vínculo filial entre los padres solicitantes y el niño o niña que nace mediante la maternidad subrogada,¹¹ pero, al mismo tiempo, no resolvería el eventual conflicto con la presunción filial entre la madre gestante y el nacido de su vientre, del derecho civil.

En el caso colombiano, entonces, la maternidad subrogada no está regulada y se realiza con incertidumbre jurídica. Sin embargo, algunas decisiones judiciales sugieren principios de regulación como la garantía de derechos fundamentales de niños y niñas que nacen por el acuerdo, la constitucionalidad de familias conformadas mediante la figura y el surgimiento de una relación filial en cabeza de las personas solicitantes.

3. Elementos constitucionales de la maternidad subrogada: caso colombiano

La Constitución colombiana, como otras constituciones que datan de la segunda mitad del siglo XX a la actualidad, se caracteriza por acoger una variedad de valores fundamentales que sirven de base a las sociedades contemporáneas. Estos valores resultan positivizados en normas que, de acuerdo con la clasificación actual de la teoría general del derecho, corresponden a *principios*.¹² Estos principios se caracterizan por tener un alto grado de generalidad y abstracción.¹³

Sumado a su indeterminación, no se establece un orden jerárquico predeterminado entre ellos, lo que dificulta saber, de antemano, qué principio prevalece y cuál de ellos debe ceder en caso de presentarse conflicto entre éstos. Por eso, corresponde, casi siempre, al juez constitucional, resolver este tipo de conflictos que surgen entre principios. Pero, entonces, el juez debe abandonar el nivel de generalidad y abstracción que caracteriza

¹¹ MARTÍNEZ-MUÑOZ, Karol X.; RODRÍGUEZ-YONG, Camilo Andrés. cit.

¹² DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. España: Ariel, 1989, pp. 72-80.

¹³ AGUILÓ-REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*. España: Ariel, 2012, pp. 166-175.

los principios, y volcarse, más bien, sobre las condiciones singulares del caso en concreto para poder llegar al máximo nivel de concreción de los principios, y ahí sí tomar la decisión sobre cuál de los principios en disputa ponderar sobre el otro.

En relación con la maternidad subrogada, se involucran varios principios constitucionales, que consagran la autonomía, el interés superior del menor y los derechos sexuales y reproductivos, pero, como acaba de verse, poseen una gran generalidad y abstracción, por lo que ha sido el juez constitucional quien ha tenido que ponderar uno u otro principio, de acuerdo al caso, para poder dirimir los conflictos eventuales que se han presentado entre éstos, y establecer límites o reglas de aplicación para casos futuros.¹⁴

3.1. Límites constitucionales de la autonomía de la voluntad en el acuerdo

Uno de los rasgos jurídicos principales de la definición de la maternidad subrogada¹⁵ es que se materializa mediante un acuerdo entre la persona gestante y las personas solicitantes, con el fin de cooperar para el logro de objetivos válidos, como la procreación o la conformación de la familia.

Constitucionalmente, la autonomía de la voluntad plantea el debate entre la libertad para configurar relaciones contractuales¹⁶ y el poder del Estado para prohibir, regular, limitar o permitir dicha libertad. En la maternidad subrogada, se trata de definir los límites a la autonomía de las partes intervinientes y el alcance de la regulación estatal en relación con esa autonomía.

La Corte Constitucional colombiana ha adoptado un concepto liberal de autonomía, como facultad para autorregular los propios intereses y deber del Estado de hacer exigible los acuerdos,¹⁷ así como su entendimiento en el marco de los límites del Estado social de derecho.¹⁸

¹⁴ ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. España: Ariel, 2006, pp. 168-170.

¹⁵ Ver pie de página 2.

¹⁶ El artículo 1602 del Código Civil colombiano expresa la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico colombiano así: 'Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales'.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-934 de 2013, Nelson Pinilla Pinilla, en 11.12.2013.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-186 de 2011, Humberto Antonio Sierra Porto, en 16.03.2011.

La Constitución colombiana reconoce el ejercicio de la autonomía como un derecho fundamental, derivado del principio de dignidad,¹⁹ mediante el cual las personas desarrollan sus proyectos de vida, satisfacen sus necesidades y materializan derechos como el libre desarrollo de la personalidad, o la libertad de empresa y la iniciativa privada, en el marco de las leyes del mercado.²⁰ Dicho reconocimiento, en todo caso, en el marco de las exigencias del principio de solidaridad y justicia material, que basan la posibilidad de la intervención estatal en la autonomía,²¹ pues esta no es absoluta, sino limitada, como cualquier otro derecho fundamental.

El ordenamiento constitucional colombiano²² define los límites de la autonomía: la dignidad humana y los demás derechos fundamentales;²³ la prevalencia del interés general;²⁴ la función social de la propiedad;²⁵ el bien común y la función social de la empresa;²⁶ y la facultad de intervención del Estado en la economía.²⁷

La principal manifestación de la autonomía es el contrato, por lo que las definiciones del derecho privado deben interpretarse según los mencionados límites. Cuestiones como el objeto lícito o el consentimiento libre de vicios deben aplicarse a la luz de las restricciones constitucionales.

El tratamiento constitucional de la autonomía de la voluntad en el marco de la maternidad subrogada supondría, por lo menos, dos discusiones en relación con los mencionados elementos del contrato: en primer lugar, sobre los acuerdos de maternidad subrogada que no tienen un objeto acorde con la Constitución Política de Colombia, es decir, que ofenden la dignidad humana, los derechos fundamentales u otro valor constitucional capaz de restringir la autonomía; en segundo lugar, sobre el ejercicio efectivo de la libertad por parte de la persona gestante para consentir el acuerdo de maternidad subrogada, adquiriendo relevancia constitucional el contexto en el cual se desarrolla.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-738 de 2002, Marco Gerardo Monroy Cabra, en 11.09.2002; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, T-668 de 2003, Marco Gerardo Monroy Cabra, en 06.08.2003; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, C-186 de 2011, cit.; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, T-407A de 2018, Diana Fajardo Rivera, en 27.09.2018.

²⁰ Ver artículos 16 y 333 de la Constitución Política de Colombia.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU-157 de 1999, Alejandro Martínez Caballero, en 10.03.1999.

²² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-248 de 2020, Antonio José Lizarazo Ocampo, en 15.07.2020.

²³ Artículos 1 y 16 de la Constitución Política de Colombia.

²⁴ Artículo 1 de la Constitución Política de Colombia.

²⁵ Artículo 58 de la Constitución Política de Colombia.

²⁶ Artículo 333 de la Constitución Política de Colombia.

²⁷ Artículo 334 de la Constitución Política de Colombia.

De acuerdo con Martínez-Muñoz y Rodríguez-Yong, quienes se oponen a la maternidad subrogada lo hacen porque: i) es un contrato que atenta contra el orden público, pues la capacidad reproductiva es indisponible, intransferible y personalísima; ii) es un mecanismo de explotación de las mujeres, especialmente de aquellas que carecen de educación y recursos económicos; iii) atenta contra la dignidad de la persona gestante y el niño o la niña; iv) está en contravía de la moral; v) conlleva a considerar al niño o a la niña como un artículo comercial; vi) convierte a la gestación en una actividad económicamente rentable; vii) implica la cosificación del niño y la niña y la mujer; y viii) envuelve importantes dificultades psicológicas y emocionales para la persona gestante.

Quienes justifican la prohibición total de la figura encuentran preocupaciones éticas suficientes para concluir que tiene un objeto ilícito por ser inmoral, al venderse la función procreativa;²⁸ atentar contra la dignidad de la persona gestante y del niño o la niña, al cosificarlos; o por ser una explotación de las personas gestantes y/o el niño o la niña, generándoles afectaciones psicológicas y emocionales.

Son relevantes en este punto las dos posiciones en relación con la situación específica de la mujer gestante²⁹. Una que entiende la maternidad subrogada como una nueva forma de esclavitud, por las condiciones usualmente precarias de las madres gestantes, y porque constituiría un nuevo contrato de uso del cuerpo femenino por las personas solicitantes, en este caso, para la reproducción. Otra, en cambio, como forma de ejercer la libertad procreativa de la mujer, que autónoma y conscientemente asume las consecuencias de su decisión.

Debe tenerse en cuenta también la autorización constitucional de diferentes actos de libertad de disposición del propio cuerpo, relacionados con intervenciones quirúrgicas, transfusiones sanguíneas, donación de órganos, adornos corporales, uso de la dosis personal de drogas, técnicas de fertilización y reproducción asistida, métodos de planificación familiar o esterilización, eutanasia, aborto, intervenciones de reasignación de sexo o práctica de deportes extremos.

²⁸ MEDINA GAMERO, Aldo Rafael; REGALADO CHAMORRO, Mónica Elizabeth. (2021). La maternidad subrogada: ¿una controversia ética?. *Atención Primaria Práctica*, núm. 3 vol. 3. 2021. <https://doi.org/https://doi.org/10.1016/j.appr.2021.100096>. Recuperado 28.10.2022.

²⁹ MUÑOZ-GÓMEZ, Diana Sthefanía. cit.

Por otro lado, algunos estudios han demostrado que, usualmente, el acuerdo se lleva en condiciones de debilidad negocial en contra de la persona gestante³⁰. Muñoz-Gómez demostró que la práctica de la maternidad subrogada supone barreras comunicacionales en contra de la persona gestante, como la condición económica, social y educativa de esta. Según esta autora, en Colombia, “las madres subrogantes aluden bajos niveles socioeconómicos y necesidad económica como el motivo que las lleva a esta práctica, de allí los indicios que muestran la problematización de esta realidad al poderse convertir en una situación de esclavitud”.³¹ Otras barreras se originan en la intermediación de agencias de fertilidad, que evitan el contacto entre quienes intervienen, para reducir las probabilidades de conflicto, incluso entre la persona gestante y el niño o la niña recién nacida, para evitar el apego emocional.³²

Desde una perspectiva crítica, Cabrera Caro considera que el supuesto consentimiento de la persona gestante, como legitimador del acuerdo, no evita los dilemas éticos, sino que, por el contrario, valida la explotación del cuerpo femenino que le subyace. Su argumento se basa en algunas previsiones contractuales antiliberales, como las que imposibilitan a la persona gestante revocar su consentimiento.

Se recuerda que, en casos de grave desigualdad entre las partes contractuales, la Constitución Política de Colombia autoriza la intervención estatal para equilibrar la posición de la parte más débil.³³

3.2. Principio del “interés superior del niño y la niña” en la maternidad subrogada

³⁰ Es paradigmático el estudio de Centre for Social Research de la India sobre maternidad subrogada, en el que se demostró que, en el caso de la India, las mujeres gestantes eran usualmente pobres e intervenían poco en la configuración del acuerdo, pues este era intermediado por agencias de fertilidad, así como que las personas solicitantes provenían de entornos con facilidades económicas. Los estudios del Centro para la Investigación Social de la India sobre maternidad subrogada, realizados a partir de encuestas y entrevistas a mujeres gestantes y sus familias, solicitantes y agencias de maternidad subrogada en algunas regiones de la India, realizados en 2012, mostraron que las personas gestantes son usualmente mujeres procedentes de hogares pobres, con un bajo nivel escolar y con empleos poco remunerados, lo que las hace vulnerables económicamente, y permite concluir que la razón por la cual prestan sus vientres para la gestación es meramente económica. Del mismo modo, comprobaron que la capacidad de intervención de las personas gestantes en el acuerdo es marginal y dominado por las agencias y profesionales encargados de tramitar la maternidad subrogada. Por su parte, los estudios también mostraron que los solicitantes provienen de entornos con facilidades económicas, son bien educados y tienen empleos bien remunerados. Es importante señalar que, de acuerdo con Salama et al., en la actualidad, la India cuenta con una regulación más garantista.

³¹ MUÑOZ-GÓMEZ, Diana Sthefanía. cit. 66.

³² Muñoz-Gómez identifica barreras externas e internas. Las barreras comunicacionales externas están asociadas a las diferencias de sexo, raza, contexto socioeconómico, geográfico y cultural y ponen a las personas gestantes en condición de inferioridad en relación con los solicitantes, debido a la diferencia de idioma, de la capacidad comunicativa y de la habilidad de negociación. Las barreras internas son las impuestas por las agencias de fertilidad para evitar vínculos emocionales que puedan generar conflictos.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-248 de 2020. cit.

La maternidad subrogada involucra los derechos fundamentales del niño o la niña nacidos por el acuerdo, por lo que constitucionalmente se debe incorporar el principio internacional del “interés superior del niño o la niña”.³⁴

En la práctica, el acuerdo se reduce a la definición de los derechos y obligaciones de las partes en relación con el niño o la niña nacida debido a la gestación consensuada. Esto explica que la filiación sea uno de los puntos recurrentes en las decisiones judiciales a nivel internacional³⁵ o en las regulaciones nacionales o sus intentos.³⁶

El ordenamiento colombiano le otorga jerarquía constitucional al principio,³⁷ asignándole la condición de “eje central de análisis constitucional”³⁸ y elemento determinante en la resolución de conflictos jurídicos y sociales en torno a la protección de los derechos fundamentales de los niños y de las niñas.

Con base en las obligaciones internacionales sobre protección de niños y niñas, en Colombia se debe aplicar según las siguientes reglas:

- Aplicación según las circunstancias concretas de cada.³⁹
- Amplio nivel de “discrecionalidad” de las autoridades en la aplicación del principio.
- Discrecionalidad basada en evidencias y conceptos profesionales, dirigida al desarrollo integral del niño y la niña y sin afectación irrazonable o desproporcionada de sus derechos.
- Garantía de un ambiente familiar apto, que brinde la protección y cuidado físico y emocional necesario para el desarrollo.
- No intervención excesiva en las relaciones filiales.

³⁴ El artículo 3.1 de la “Convención sobre los derechos del niño” de la Organización de las Naciones Unidas, del 20 de noviembre de 1989, establece que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

³⁵ LÁZARO PALAU, Carmen María. cit.

³⁶ MARTÍNEZ-MUÑOZ, Karol X.; RODRÍGUEZ-YONG, Camilo Andrés. cit.

³⁷ El principio se conoce en el ordenamiento jurídico colombiano como “interés superior del menor”. De acuerdo con la Sentencia C-250 de 2019, de la Corte, el principio se manifiesta expresamente en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia que señala que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-193 de 2020, Gloria Stella Ortiz Delgado, en 24.06.2020.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-033 de 2020, José Fernando Reyes Cuartas, en 30.01.2020.

En el caso colombiano, los pronunciamientos judiciales relacionados con la maternidad subrogada se han basado en el cumplimiento del principio en situaciones de disputa de custodia parental, como cuando la persona gestante se ha negado a reconocer los derechos de las personas solicitantes⁴⁰ o cuando las autoridades han negado el registro civil pedido por las personas solicitantes en relación con el niño o la niña gestada subrogadamente en otro país.⁴¹

En los casos de maternidad subrogada podría aplicarse el principio similarmente a los casos de conflictos sobre adopción, es decir, tendiente a favorecer la situación del niño o niña cuya familia original no otorga las condiciones necesarias para su desarrollo físico, psicológico y emocional, ubicándolo en el núcleo familiar que sí lo haga.⁴²

Según Garibo Peyró, el principio del interés superior del niño y la niña es aplicable a disputas con ocasión de la figura, entre otras, sobre derechos de filiación, identidad, personalidad jurídica o nacionalidad del niño o la niña, o sobre prestaciones y licencias económicas y sociales de maternidad o paternidad a favor de las personas solicitantes, con el fin de dar cuidado al niño o la niña.

3.3. Derechos sexuales y reproductivos de las personas solicitantes y derechos de demás intervinientes

Al incorporar técnicas de reproducción humana asistida, la maternidad subrogada puede ser medio para satisfacer los derechos constitucionales de las personas solicitantes a la reproducción. Además, al envolver la figura aspectos íntimamente relacionados con la dignidad de los intervinientes, garantizar los derechos fundamentales de estos adquiere relevancia constitucional. Sin embargo, cabría hacer la diferencia entre un derecho a la reproducción y un derecho a la maternidad o paternidad, conforme señala Francesca Puigpelat Martí, aunque apenas se refiera al caso de la maternidad subrogada en España,⁴³ pero perfectamente aplicable al caso colombiano.

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-968 de 2009, María Victoria Calle Correa, en 18.12.2009.

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU-695 de 2015, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en 12.11.2015.

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-104 de 2016, Luis Guillermo Guerrero Pérez, en 02.03.2016.

⁴³ PUIGPELAT MARTÍ, Francesca. Bioética, Constitución y técnicas de reproducción asistida. En: CASADO, María (Ed.). *Bioética, Derecho y Sociedad*. España: Editorial Trotta, 2015, pp. 31-46.

El ordenamiento constitucional colombiano reconoce los derechos sexuales y reproductivos como derechos fundamentales prestacionales susceptibles de garantía efectiva, mediante la adopción de medidas estatales tendientes a su realización.⁴⁴

Estos derechos son manifestación del principio de igualdad y equidad de género, de la dignidad humana y autonomía individual,⁴⁵ la intimidad personal,⁴⁶ el libre desarrollo de la personalidad,⁴⁷ la libertad de conciencia,⁴⁸ el derecho a la seguridad social,⁴⁹ el derecho a la salud⁵⁰ y el derecho a la educación.⁵¹ La Corte Constitucional colombiana ha considerado que estos derechos originan otros, como “la autodeterminación reproductiva” y el “acceso a servicios de salud reproductiva”.⁵²

La Ley 1953 de 2019 estableció lineamientos para una política de acceso con recursos públicos a tratamientos de infertilidad mediante técnicas o terapias de reproducción asistida, herramientas incorporadas a la práctica de la maternidad subrogada. No obstante, mediante una norma reglamentaria, el Ministerio de Salud colombiano excluyó algunas de estas técnicas.⁵³

¿Debería entenderse la maternidad subrogada como herramienta para garantizar la “autodeterminación reproductiva”⁵⁴ de las personas solicitantes? ¿Existe obligación estatal de garantizar un adecuado acceso y desarrollo de la maternidad subrogada, por ejemplo, mediante servicios estatales de fertilización asistida a la persona gestante?

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU-096 de 2018, José Fernando Reyes Cuartas, en 17.10.2018.

⁴⁵ Artículo 1 de la Constitución Política de Colombia.

⁴⁶ Artículo 15 de la Constitución Política de Colombia.

⁴⁷ Artículo 16 de la Constitución Política de Colombia.

⁴⁸ Artículo 18 de la Constitución Política de Colombia.

⁴⁹ Artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

⁵⁰ Artículo 49 de la Constitución Política de Colombia.

⁵¹ Artículo 67 de la Constitución Política de Colombia.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-274 de 2015, Jorge Iván Palacio Palacio, en 12.05.2015.

⁵³ Posiblemente, en contra de la Ley 1953 de 2019, el Ministerio de Salud y Protección Social colombiano, mediante la Resolución 2273 de 2021 excluyó de la lista de técnicas y procedimientos financiados con recursos del sistema de salud a la Fecundación in Vitro (FIV) con Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI), para atender la infertilidad femenina no especificada, así como la Inseminación artificial, para atender la misma causa o la esterilidad en el varón.

⁵⁴ De acuerdo con la Sentencia T-732 de 2009, de la Corte Constitucional colombiana, “En virtud de la autodeterminación reproductiva se reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia. Ello encuentra su consagración normativa en el artículo 42 de la Constitución que prescribe que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos” y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos”. También ver la Sentencia T-274 de 2015 de la Corte Constitucional, ya citada.

La Corte Constitucional colombiana unificó su jurisprudencia en relación con los supuestos necesarios para la obligación estatal de proveer servicios de reproducción asistida,⁵⁵ que bien podrían aplicarse a la maternidad subrogada:

- Que los tratamientos protejan los derechos sexuales y reproductivos.
- Que se garantice acceso a dichos tratamientos, progresivamente, a quienes no pueden beneficiarse de los mismos.
- Que se cumplan las siguientes condiciones de acceso: i) circunstancias que amenacen gravemente los derechos de personas y parejas con infertilidad; ii) carencia de recursos económicos de solicitantes para proveerse los servicios; iii) agotamiento de los demás tratamientos disponibles para lograr el embarazo.

Molina Ricaurte sugiere una extensión de los derechos sexuales y reproductivos a las personas homosexuales y parejas del mismo sexo para garantizarles el acceso a técnicas de reproducción humana asistida y permitirles conformar, de este modo, una familia.

La maternidad subrogada como garantía de los derechos de las personas implica justificarla en el principio de solidaridad social,⁵⁶ en el que diferentes actores, incluido el Estado, cooperan para garantizar el bienestar de los habitantes. La Corte Constitucional define la solidaridad como el deber de las personas de contribuir con los demás para hacerles efectivos sus derechos.⁵⁷

Por último, constitucionalmente, la maternidad subrogada requiere incorporar los derechos fundamentales en cabeza de los demás intervinientes.⁵⁸

Así, la Constitución colombiana consagra el principio del interés general del niño o la niña. Además, ordena que las mujeres gestantes gocen de especial protección constitucional⁵⁹, por lo que el Estado debe garantizarles cuidado y asistencia durante el

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU-074 de 2020, Gloria Stella Ortiz Delgado, en 20.02.2020.

⁵⁶ El artículo 1 de la Constitución Política señala que el Estado social de derecho se funda “en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas”.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-767 de 2014, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en 16.10.2014.

⁵⁸ Según Valero Heredia, la maternidad subrogada incorpora derechos fundamentales como el derecho a la vida, la integridad física y moral, la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la madre gestante o el interés del menor.

⁵⁹ El artículo 43 de la Constitución Política de Colombia dice: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. *Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.* El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia” (Se destaca en cursivas).

embarazo y después del parto, incluyendo la posibilidad de recibir subsidios alimentarios, sin importar que el acuerdo de maternidad subrogada haya establecido algún tipo de asistencia económica a favor de la persona gestante, para suplir los gastos médicos y de sostenimiento durante el embarazo.

Finalmente, debe decirse que, en Colombia, no se hace diferencia aún entre derecho a la reproducción y derecho a la maternidad o paternidad, lo que termina trayendo serias implicaciones éticas, pues, mientras el primero, en palabras de Puigpelat Martí, puede servir de base para la clonación reproductiva, el segundo, no. Precisamente, la clonación reproductiva deja de ser necesaria para satisfacer el derecho a la maternidad o paternidad, cuando hay disponibles más técnicas de reproducción asistida.⁶⁰ Puede hacerse esta misma verificación en los ordenamientos jurídicos de otros países de la región, ocurriendo una situación muy similar a la sucedida en Colombia,⁶¹ por lo que se hace necesario profundizar más en el tema de las técnicas de reproducción asistida, incluida la maternidad subrogada.

3.4. Tratamiento constitucional a la institución de la familia

La maternidad subrogada se añade a otras realidades que suscitan debates constitucionales sobre el concepto de familia reconocido y protegido por los ordenamientos jurídicos.

La Constitución colombiana establece un régimen jurídico integral relativo a la familia y a su protección por parte del Estado, que coincide con el derecho internacional de protección de los derechos de niños y niñas y de lucha contra la discriminación contra la mujer. En su artículo 42, se define la familia como núcleo de la sociedad, constituida por vínculos naturales o jurídicos y se establece la protección de la integridad familiar, la autonomía de las personas para conformarla y gestionarla, el respeto a la dignidad, honra e intimidad familiar, y la exclusión de cualquier forma de discriminación o violencia al interior de la familia.

⁶⁰ PUIGPELAT MARTÍ, Francesca. cit., pp. 31-46.

⁶¹ TORRES, Gloria; SHAPIRO, Anne; MACKAY, Tim. *A review of surrogate motherhood regulation in south American countries: pointing to a need for an international legal framework*. *BMC Pregnancy and Childbirth*, vol. 19, núm. 46. 2019, 1-12. <https://bmcpregnancychildbirth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12884-019-2182-1>. Recuperado 28.10.2022.

La Corte Constitucional colombiana considera que la familia no es unívoca ni estática, sino que incorpora los principios de pluralismo y diversidad,⁶² así como el carácter dinámico de las relaciones sociales.⁶³ Por ello, se protegen vínculos familiares no tradicionales, surgidos de la convivencia y los lazos de protección afectiva, emocional, física, psicológica o económica.

La Corte también reconoce el deber estatal de preservación de cualquier forma de familia y la excepcionalidad de medidas estatales intrusivas que supongan la separación familiar.⁶⁴

En el caso de la maternidad subrogada, debe mencionarse que su impacto en el concepto de familia se relaciona con las reglas de filiación, objeto central del debate de la maternidad subrogada en la mayoría de los países de Europa⁶⁵ y Latinoamérica.

La Sentencia SC6359 de 2017, proferida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, reconoció vínculos filiales a partir de la declaración de voluntad, mientras que la Sentencia SU-696 de 2015, emitida por la Corte Constitucional colombiana, garantizó la conformación de la familia, mediante relaciones de filiación creadas a partir de la maternidad subrogada en otros países, con base en los derechos fundamentales de los menores y la protección de formas diversas de familia.

4. Discusión: Elementos constitucionales de la maternidad subrogada en disputa

Desde la perspectiva constitucional, la maternidad subrogada trasciende los dilemas éticos e involucra principios jurídicos relacionados con los elementos del contrato, el interés superior del niño o la niña, los derechos fundamentales de los intervinientes y el concepto de familia. Estos principios no están aislados entre sí y, sin embargo, pueden presentarse eventuales contradicciones entre ellos.

En el caso colombiano, cuando los elementos analizados operan adecuadamente, la maternidad subrogada no supondría un problema constitucional. Este sería el caso, por ejemplo, cuando: (i) la persona gestante decide libremente cooperar, de manera solidaria

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-968 de 2009. cit.

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-569 de 2016, Alejandro Linares Cantillo, en 19.10.2016.

⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, T-968 de 2009. cit.

⁶⁵ LÁZARO PALAU, Carmen María. cit.

y no onerosa, con las personas solicitantes, para llevar a cabo la maternidad subrogada, de modo que se garantiza el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad y este no supera los límites constitucionales relativos a la dignidad de la persona gestante o del niño o la niña producto de la gestación; (ii) el cumplimiento del acuerdo es la mejor manera de garantizar el interés superior del niño o de la niña; o bien, (iii) las personas solicitantes no tienen una forma diferente de garantizar sus derechos reproductivos y conformar válidamente una familia, y se garantizan adecuadamente los derechos fundamentales de la persona gestante, como sus derechos a la salud y a las condiciones mínimas de existencia durante la gestación y el parto.

Sin embargo, las preguntas surgen por fuera de este ideal, especialmente, en contextos carentes de regulación como el colombiano. Así, ante la ausencia de cumplimiento de alguno de los supuestos constitucionales, será necesario ponderar los elementos identificados en este artículo para lograr el mejor equilibrio constitucional, orientado hacia la dignidad humana, la libertad y la efectividad de los derechos.

Piénsese en aquellos casos en que la maternidad subrogada se realiza sin los elementos de validez del contrato, relacionados con el ejercicio libre de la autonomía de la voluntad, como, por ejemplo, incluyendo una gestación onerosa (objeto ilícito) y/o celebrada por una persona gestante en condiciones de debilidad capaces de viciar su libertad para contratar.

La respuesta inicial del ordenamiento jurídico sería la anulación del negocio jurídico, bajo consideraciones similares a las tenidas en cuenta por las autoridades francesa e italiana en los casos paradigmáticos conocidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁶⁶ Sin embargo, es posible que, en un caso específico, con base en los demás elementos constitucionales analizados aquí, no resulte descabellado pensar en que el interés superior del niño o la niña suponga la ejecución de la maternidad subrogada así contratada y, por esa vía, garantizar la filiación a favor de los padres solicitantes. En un caso así, ¿qué tan válida sería la conformación de la familia originada en una aparente ilegalidad? Las respuestas implicarían evaluar necesariamente las interacciones entre los principios constitucionales identificados en esta investigación.

En ese sentido, el interés superior del niño o la niña parece incrementar su importancia para analizar constitucionalmente los casos de maternidad subrogada, tanto en casos extremos de invalidez del contrato como cuando deben ponderarse la satisfacción de los

⁶⁶ EMALDI CIRIÓN, Aitziber. cit.

derechos reproductivos de las personas solicitantes, la de los derechos fundamentales de la persona gestante, o la posibilidad de conformar una familia. Por ejemplo, cuando hay duda sobre si la maternidad subrogada es una forma legítima de garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las personas solicitantes o cuando estos derechos entran en conflicto con los de la persona gestante, el interés superior del niño o de la niña, parece ser la clave para solucionar el eventual caso.

5. Conclusiones: integración de los elementos constitucionales de la maternidad subrogada

En este artículo se avanza en las discusiones jurídicas alrededor de la maternidad subrogada, pues se sistematizan sus elementos de relevancia constitucional, con énfasis en Colombia. Estos elementos están relacionados con valores normativos propios del concepto de dignidad humana; en especial, los que corresponden a los límites constitucionales al ejercicio de la autonomía de la voluntad en la configuración del acuerdo de maternidad subrogada; al alcance del principio del interés superior del niño y la niña; a la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las personas solicitantes; y al impacto de la maternidad subrogada en el desarrollo de la institución familiar en el nivel constitucional.

En el caso colombiano, una posible conclusión pareciera ser que el análisis constitucional de casos específicos de maternidad subrogada, al considerar los diferentes elementos constitucionales presentados, debería garantizar la dignidad humana y el mayor nivel de protección de los derechos de los intervinientes, bajo la consideración de hacer prevalecer el interés superior del niño o la niña, como lo ordena la Constitución.

Más allá de los posibles dilemas éticos derivados de tales elementos, incorpora elementos jurídicos, relacionados con el equilibrio entre la libertad personal de decisión sobre el propio cuerpo, la libertad reproductiva o la conformación de la familia y el poder estatal para limitar esas libertades o garantizar de manera ponderada el interés de los niños y las niñas nacidos como consecuencia del acuerdo.

En el artículo también se establece que los elementos constitucionales de la figura no pueden considerarse aisladamente. Si bien suponen categorías abstractas claramente identificables en el entramado jurídico constitucional, están expuestos a una necesaria interacción cuando se analizan los casos concretos del desarrollo de la maternidad subrogada y sus innumerables variables. Así, por ejemplo, las cuestiones en relación con

la protección de la familia diversa conformada a partir de la maternidad subrogada no pueden analizarse sin hacer alusión al interés superior del niño o la niña nacidos como consecuencia del acuerdo o al deber de garantizar los derechos reproductivos de las personas solicitantes. Tampoco la autonomía de la voluntad como base del acuerdo puede analizarse constitucionalmente sin hacer mención a la protección de los derechos fundamentales de la persona gestante o del niño o la niña.

El análisis integral de la maternidad subrogada, entonces, desde el punto de vista constitucional, a partir de los elementos identificados en este artículo, y de otros que llegaren a identificarse en el futuro, deberá encontrar el justo medio entre diferentes principios constitucionales para garantizar la vigencia de la autonomía personal, el adecuado ejercicio del poder estatal y los derechos fundamentales de las personas intervinientes, permitiendo el aprovechamiento de los avances científicos, al tiempo que se garantice la dignidad humana de la persona gestante, el niño o la niña producto de la gestación y las personas solicitantes.

Referencias bibliográficas

AGUILÓ-REGLA, Josep. Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico). España: Ariel, 2012.

ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación. España: Ariel, 2006.

CABRERA-CARO, Leticia. El consentimiento libre: la trampa de la explotación femenina en la maternidad subrogada. Revista Chilena de Derecho, núm. 2 vol. 46. 2019, 527-553. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372019000200527>. Recuperado 28.10.2022.

CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH. Surrogate Motherhood: Surrogate Motherhood Ethical or Commercial. <http://ncw.nic.in/content/surrogate-motherhood-ethical-or-commercial>. Recuperado 28.10.2022.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1953 de 2019. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1953_2019.html. Recuperado 28.10.2022.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de ley 263 de 2020 Senado. Gaceta del Congreso. No. 933. Año 29. 17 de septiembre de 2020. http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2020/gaceta_933.pdf. Recuperado 28.10.2022.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Ley 14 de 2006, sobre técnicas de reproducción asistida. BOE. Núm. 126, 27 de mayo. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-157 de 1999. Alejandro Martínez Caballero, en 10.03.1999. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU157-99.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-738 de 2002. Marco Gerardo Monroy Cabra, en 11.09.2002. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-738-02.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-668 de 2003. Marco Gerardo Monroy Cabra, en 06.08.2003. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-668-03.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-968 de 2009. María Victoria Calle Correa, en 18.12.2009. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-186 de 2011. Humberto Antonio Sierra Porto, en 16.03.2011. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-186-11.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-934 de 2013. Nelson Pinilla Pinilla, en 11.12.2013. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-934-13.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-767 de 2014. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en 16.10.2014. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-767-14.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-695 de 2015. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en 12.11.2015. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU695-15.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-274 de 2015. Jorge Iván Palacio Palacio, en 12.05.2015. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-274-15.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-104 de 2016. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en 02.03.2016. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-104-16.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-569 de 2016. Alejandro Linares Cantillo, en 19.10.2016. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-569-16.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-096 de 2018. José Fernando Reyes Cuartas, en 17.10.2018. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU096-18.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-407A de 2018. Diana Fajardo Rivera, en 27.09.2018. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-407A-18.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-250 de 2019. José Fernando Reyes Cuartas, en 05.06.2019. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-250-19.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-033 de 2020. José Fernando Reyes Cuartas, en 30.01.2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-033-20.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-074 de 2020. Gloria Stella Ortiz Delgado, en 20.02.2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU074-20.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-193 de 2020. Gloria Stella Ortiz Delgado, en 24.06.2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/C-193-20.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-248 de 2020. Antonio José Lizarazo Ocampo, en 15.07.2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/C-248-20.htm>. Recuperado 28.10.2022.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, S. de C. C. Sentencia SC6359-2017. Ariel Salazar Ramírez, en 10.05.2017. [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csjscc_sc6359-2017_\[2009-00585-01\]_2017.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csjscc_sc6359-2017_[2009-00585-01]_2017.htm). Recuperado 28.10.2022.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. España: Ariel, 1989.

EMALDI CIRIÓN, Aitziber. Ethical and juridical implications relating to surrogate pregnancy. An overview from a european perspective. *Acta Bioética*, núm. 2 vol. 23. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2017, 227–235. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2017000200227>. Recuperado 28.10.2022.

GARIBO PEYRÓ, Ana Paz. El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, núm. 93 vol. 28. Madrid: Asociación Española de Bioética y Ética Médica, 2017, 245–259. <http://aebioetica.org/>. Recuperado 28.10.2022.

LÁZARO PALAU, Carmen María. El concepto de persona como elemento clave de la identidad europea: el caso de la maternidad subrogada. *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 2. Bilbao: Universidad de Deusto, 2019, 189–201. <https://ced.revistas.deusto.es/>. Recuperado 28.10.2022

MARTÍNEZ-MUÑOZ, Karol X.; RODRÍGUEZ-YONG, Camilo Andrés. La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica. *Revista Jurídicas*, núm. 1 vol. 18. Manizales: Universidad de Caldas, 2021, 74-90. <https://doi.org/https://doi.org/10.17151/>. Recuperado 28.10.2022.

MEDINA GAMERO, Aldo Rafael; REGALADO CHAMORRO, Mónica Elizabeth. (2021). La maternidad subrogada: ¿una controversia ética?. *Atención Primaria Práctica*, núm. 3 vol. 3. 2021. <https://doi.org/https://doi.org/10.1016/j.appr.2021.100096>. Recuperado 28.10.2022.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Resolución 2273 de 2021. <https://www.minsalud.gov.co/>. Recuperado 28.10.2022.

MOLINA-RICAURTE, Carlos Jesús. Maternidad subrogada y parejas del mismo sexo: en intersección. En Grana, Romina (Coord). *Discursos, mujeres y artes. ¿Construyendo o derribando fronteras?* España: Editorial Dickinson, S.L., 2021, pp. 2535-2555.

MUÑOZ-GÓMEZ, Diana Sthefanía. Barreras comunicacionales en la práctica de la maternidad subrogada. Una crisis en tiempos de pandemia. *Revista Bioética y Derecho*, núm. 52. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2021, 61-83. <https://doi.org/https://doi.org/10.1344/rbd2021.52.33384>. Recuperado 28.10.2022.

ONU. Resolución 44/25 Convención sobre los derechos del niño, Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 1989. <https://www.ohchr.org/>. Recuperado 28.10.2022.

PUIGPELAT MARTÍ, Francesca. Bioética, Constitución y técnicas de reproducción asistida. En: CASADO, María (Ed.). *Bioética, Derecho y Sociedad*. España: Editorial Trotta, 2015.

SALAMA, Mahmoud; ISACHENKO, Vladimir; ISACHENKO, Evgenia; RAHIMI, Gohar; MALLMANN, Peter; Westphal, Lynn M.; ... PATRIZIO, Pascual. Cross border reproductive care (CBRC): a growing global phenomenon with multidimensional implications (a systematic and critical review). *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, núm. 7 vol. 35. 2018, 1277–1288. <https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s10815-018-1181-x>. Recuperado 28.10.2022.

TORRES, Gloria; SHAPIRO, Anne; MACKAY, Tim. A review of surrogate motherhood regulation in south American countries: pointing to a need for an international legal framework. *BMC Pregnancy and Childbirth*, vol. 19, núm. 46. 2019, 1-12. <https://bmcpregnancychildbirth.biomedcentral.com/>. Recuperado 28.10.2022.

VALERO HEREDIA, Ana. La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43. Madrid: UNED, 2019, 421–440. <https://doi.org/https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24433>. Recuperado 28.10.2022.

Como citar:

HERNÁNDEZ-MORALES, Andrés; MOLINA-RICAURTE, Carlos Jesús. Análisis de los elementos de la maternidad subrogada en Colombia desde una perspectiva constitucional. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 1, 2023. Disponible em: <<http://civilistica.com/analisis-de-los-elementos/>>. Data de acesso.

