

**Omisión legislativa y daño por responsabilidad estatal: análisis de la gestación por
sustitución frente a los derechos fundamentales de la niñez en Colombia**

Ángela del Pilar Becerra González

Trabajo de grado para optar el título de Maestría en Derecho

Director

Cesar Javier Valencia Caballero

Doctor en Derecho

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Derecho y Ciencias Políticas

Maestría en Derecho

2026

Dedicatoria

A mis hijos, Juan José y José Pablo, quienes llegaron a este mundo gracias a Dios y al avance de la ciencia, fuente de mi mayor inspiración y motivo de lucha constante. A la valiente Guadalupe y a sus padres, cuyo existir representa un triunfo de la vida misma, alcanzado tras caminar entre la incertidumbre y el silencio de un vacío legal que aún espera respuesta.

A todas aquellas mujeres que sufren y perseveran en el profundo anhelo de ser madres, aun cuando los diagnósticos médicos intentan limitar sus sueños y la ausencia de una regulación legal los hace más lejanos.

A ellas dedico estas páginas, con la esperanza de que, además de la ciencia y la tecnología médica, encuentren muy pronto en la ley una verdadera aliada para hacer realidad el más noble de los deseos: la maternidad.

Agradecimientos

A Aníbal Carvajal Vásquez, mi compañero de vida, quien con paciencia y sabiduría acompañó cada idea plasmada en estas páginas. Sus orientaciones y valiosas sugerencias hicieron posible la construcción de un trabajo sólido, fruto de un estudio juicioso sobre la situación global de la gestación por sustitución.

No solo me sostuvo en la elaboración de este documento, sino que, tras vivir juntos difíciles pruebas para traer a nuestros hijos, me impulsó a profundizar en este tema, convirtiendo la investigación en un camino de reflexión y también de sanación frente a las experiencias vividas.

Contenido

Introducción	8
1. Omisión legislativa y responsabilidad estatal: análisis de la gestación por sustitución frente a los derechos fundamentales de la niñez en Colombia	10
1.1 Planteamiento del problema	10
1.2 Justificación	11
1.3 Objetivos	13
1.3.1 Objetivo general	13
1.3.2 Objetivos específicos	13
2. Responsabilidad extracontractual del estado por omisión legislativa	14
2.1 El Estado promotor de servicios públicos	14
2.2 De la carga obligacional de las sentencias exhortativas proferidas por la Corte Constitucional	15
2.3 De la omisión legislativa	17
2.4 De la responsabilidad extracontractual del Estado Legislador	19
2.5 De la responsabilidad del Estado Legislador por la omisión legislativa absoluta	24
3. Del marco normativo sobre el contrato de gestación por sustitución.....	28
3.1 Marco normativo nacional sobre gestación por sustitución	29
3.1.1. Proyectos de ley radicados en el Congreso de la República de Colombia.....	30
3.1.2 Jurisprudencia constitucional sobre gestación por sustitución en Colombia.....	40
3.1.2.1. De la Sentencia T-968 de 2009.	41
3.1.2.2 De la Sentencia T-316 de 2018.	44
3.1.2.3 De la Sentencia T-275 de 2022.	47

3.1.2.4 De la Sentencia T -127 de 2024.	52
3.1.2.5 De la Sentencia T-232 de 2024.	53
3.2 Marco normativo internacional sobre gestación por sustitución	57
3.2.2. Providencias judiciales internacionales.....	60
3.2.2.1 Caso Baby M.....	60
3.2.2.2. Caso Mennesson Vs Francia (N.º 65192/11) y Labassee vs. Francia (Rec. 65941/2011).....	62
3.2.2.3 Caso Paradiso y Campanelli vs. Italia (Rec. 25358/2012).....	64
3.2.2.4 Caso Gómez Murillo Y Otros Vs. Costa Rica - Corte Interamericana de DDHH.....	66
4. De la responsabilidad del estado por omisión legislativa en el caso de gestación por sustitución frente a los derechos fundamentales de los niños.....	67
4.1 Del régimen de responsabilidad frente a la omisión legislativa	68
4.1.1 Del daño con ocasión en la omisión legislativa en gestación por sustitución.....	69
4.1.1.1 De los bienes jurídicamente tutelados.	71
4.1.2 Nexos de causalidad.....	73
4.1.3 La imputación jurídica al Estado por la omisión legislativa en materia de gestación por sustitución	74
4.1.3.1 Fundamento constitucional de la imputación.....	76
4.1.3.2 Criterios de imputación en sede jurisprudencial.....	77
4.1.4 Imputación en el caso colombiano	77
Referencias.....	79

Resumen

La presente investigación analiza la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano por la omisión legislativa en la regulación del contrato de gestación por sustitución. A partir del vacío normativo existente, se examina cómo la mora en legislar sobre esta práctica genera un escenario de inseguridad jurídica que afecta directamente los derechos fundamentales de los niños y niñas nacidos bajo esta técnica de reproducción asistida. El estudio parte de un marco conceptual y normativo que identifica los elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, con énfasis en la figura de la omisión legislativa. Posteriormente, se revisan las cinco sentencias exhortativas de la Corte Constitucional, en las que se ha advertido al Congreso de la República la necesidad de legislar sobre la materia, sin que hasta la fecha exista un marco regulatorio. Dicho incumplimiento produce consecuencias prácticas: dificultades para el registro civil, acceso a la nacionalidad, filiación, seguridad social en salud y demás derechos asociados a la protección integral de la niñez. Asimismo, se realiza un estudio comparado de legislaciones extranjeras —particularmente en países como España, México, Argentina, Italia y Alemania— que permite evidenciar estándares internacionales aplicables y los distintos modelos de regulación de la gestación por sustitución. Finalmente, se concluye que la ausencia de legislación en Colombia no solo desconoce las órdenes reiteradas de la Corte Constitucional, sino que también configura un daño antijurídico frente a los niños y niñas, al privarlos de garantías efectivas de protección, lo cual activa la responsabilidad estatal por omisión legislativa.

Palabras clave: Omisión legislativa, gestación por sustitución, responsabilidad estatal.

Abstract

This research analyzes the extracontractual liability of the Colombian State for legislative omission in the regulation of surrogacy contracts. Based on the existing legal vacuum, it examines how the delay in legislating on this practice creates a scenario of legal uncertainty that directly affects the fundamental rights of children born through this assisted reproduction technique. The study begins with a conceptual and normative framework that identifies the constitutive elements of State liability for service failure, with emphasis on the figure of legislative omission. Subsequently, it reviews five exhortative rulings of the Constitutional Court, in which the Congress of the Republic has been urged to legislate on the matter, without a regulatory framework having been enacted to date. Such non-compliance produces practical consequences: difficulties in civil registration, access to nationality, determination of parentage, healthcare and social security, and other rights associated with the comprehensive protection of children. Likewise, a comparative study of foreign legislations—particularly in countries such as Spain, México, Argentina, Italy, and Germany— highlights applicable international standards and the different models of surrogacy regulation. Finally, the study concludes that the absence of legislation in Colombia not only disregards the repeated orders of the Constitutional Court but also constitutes unlawful harm to children, by depriving them of effective protection guarantees, which in turn activates State liability for legislative omission.

Keywords: Legislative omission, surrogacy, State liability.

Introducción

En el ordenamiento jurídico colombiano, la regulación de la gestación por sustitución es prácticamente inexistente, a pesar de que la Constitución Política, en su artículo 42, reconoce la validez de la procreación con asistencia científica y protege a la familia como núcleo esencial de la sociedad. Este vacío normativo persiste a pesar de los principios generales del derecho, los instrumentos internacionales incorporados a través del bloque de constitucionalidad y la legislación nacional que salvaguardan el derecho a conformar una familia y la autonomía reproductiva.

La ausencia de una norma específica ha permitido que esta práctica se desarrolle de manera informal, regulada únicamente por acuerdos privados, generalmente a través de contratos civiles. Ello ha derivado en una serie de controversias jurídicas, sociales y emocionales, con afectaciones a la dignidad humana, el interés superior de los niños y niñas, los derechos de la gestante y de los padres biológicos. El incumplimiento de estos contratos ha generado daños patrimoniales y extrapatrimoniales que han debido ser resueltos, de manera fragmentaria, por la Corte Constitucional, sin que exista aún un marco legal que brinde seguridad jurídica a las partes involucradas.

En este contexto, surge la necesidad de analizar en qué circunstancias el Estado colombiano, a través de su rama legislativa, podría ser declarado responsable patrimonialmente por la mora en legislar sobre la gestación por sustitución. A pesar de los cinco exhortos emitidos por la Corte Constitucional y la presentación de dieciséis proyectos de ley desde 1998, la inacción legislativa ha perpetuado un escenario de inseguridad jurídica y vulneración de derechos fundamentales.

Para abordar esta investigación se han definido tres ejes fundamentales:

En el primer eje se identifican, mediante revisión jurisprudencial y doctrinal, los elementos y requisitos necesarios para configurar la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión legislativa. Para ello se examinan sus antecedentes legales, históricos y jurisprudenciales, se precisa el concepto de omisión legislativa y se determina el régimen de responsabilidad aplicable.

El segundo eje busca describir los avances jurídicos y las condiciones que deberían regular el contrato de gestación por sustitución en Colombia. Para ello se estudia la normatividad vigente, los proyectos de ley presentados y archivados, las cinco sentencias de la Corte Constitucional analizadas en esta investigación y algunos referentes normativos y jurisprudenciales del derecho comparado.

Finalmente, el tercer eje establece las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que sería jurídicamente viable declarar responsable al Estado colombiano por la omisión legislativa relacionada con la gestación por sustitución. Para ello se identifican los parámetros fijados por la Corte Constitucional y, frente a cada supuesto fáctico, los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Esta investigación analiza los antecedentes normativos, teóricos y jurisprudenciales sobre la responsabilidad del Estado legislador por omisión, examina el alcance vinculante de los exhortos de la Corte Constitucional y propone criterios para delimitar la configuración de la responsabilidad patrimonial estatal, con especial énfasis en la salvaguarda del interés superior de los niños y niñas y los derechos de los demás actores involucrados.

1. Omisión legislativa y responsabilidad estatal: análisis de la gestación por sustitución frente a los derechos fundamentales de la niñez en Colombia

1.1 Planteamiento del problema

En Colombia, la familia goza de especial protección constitucional (artículos 42 y 43 de la Carta Política) y existen instituciones creadas para velar por su amparo, como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —Ley 75 de 1968— y las Comisarías de Familia —actualmente reguladas en la Ley 2126 de 2021—. No obstante, no existe norma que determine con claridad si los programas de fecundación asistida deben ser cubiertos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ni si la gestación por sustitución está permitida, y en caso afirmativo, bajo qué condiciones, derechos y obligaciones.

Esta ausencia de regulación no ha impedido que las personas, ejerciendo sus derechos fundamentales y recurriendo a sus propios recursos, acudan a estas prácticas, lo que ha dado lugar a conflictos que han debido ser resueltos por la Corte Constitucional caso por caso. El Estado colombiano no ha expedido normativa para regular la denominada “gestación por sustitución”, entendida como el proceso mediante el cual una mujer, por motivos altruistas o humanitarios, gesta un niño o niña para que otra persona o pareja pueda ejercer la maternidad o paternidad.

El silencio legislativo ha dejado a los intervinientes en un vacío jurídico que compromete la dignidad humana, el interés superior de los niños y niñas, el derecho fundamental a la familia, la libertad reproductiva y el reconocimiento de la filiación de quienes aportan el material genético. En el marco legal colombiano, se presume que el recién nacido es hijo(a) de la mujer que lo da a luz, lo que puede desconocer los derechos de los padres biológicos y del propio niño o niña, así como generar afectaciones emocionales y patrimoniales a las familias involucradas.

A nivel internacional, el Estado colombiano tiene la obligación de promover normas y programas que favorezcan el bienestar de las familias, conforme a instrumentos de derechos humanos. A nivel interno, la Corte Constitucional, a través de cinco sentencias exhortativas (T-968 de 2009, T-316 de 2018, T-275 de 2022, T-127 de 2024 y T-232 de 2024), ha instado al Congreso a regular de manera urgente la gestación por sustitución. Sin embargo, a la fecha, el legislador ha permanecido inactivo, permitiendo que estos acuerdos se celebren sin respaldo normativo, con el riesgo de incumplimientos que generan daños de relevancia jurídica.

En consecuencia, y ante el archivo reiterado de proyectos de ley, el desatendido llamado de la Corte Constitucional y el incremento de controversias derivadas del incumplimiento de contratos de gestación por sustitución, surge la necesidad de determinar si el Estado legislador puede ser considerado responsable por la omisión y mora en legislar sobre esta materia.

Pregunta de investigación: ¿En qué circunstancias jurídicas y fácticas se configura la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano por la mora en legislar sobre la gestación por sustitución, frente a la vulneración de derechos fundamentales del niño o niña?

1.2 Justificación

La presente investigación se desarrolla con el propósito de ofrecer herramientas conceptuales, jurídicas y prácticas tanto a la sociedad civil como al legislador colombiano para comprender las implicaciones de la gestación por sustitución y las condiciones bajo las cuales podría configurarse la responsabilidad extracontractual del Estado por su omisión en legislar sobre esta materia.

En un contexto en el que la Corte Constitucional ha emitido cinco exhortos al Congreso de la República, mediante las sentencias T-968 de 2009, T-316 de 2018, T-275 de 2022, T-127 de

2024 y T-232 de 2024, instando a la regulación urgente de la gestación por sustitución, la inacción legislativa ha generado un escenario de inseguridad jurídica. Este vacío normativo ha permitido la celebración de contratos privados sin un marco legal que garantice su eficacia y que proteja adecuadamente los derechos de las partes involucradas y, de manera especial, de los niños y niñas nacidos bajo esta modalidad.

La Corte Constitucional ha advertido que la ausencia de regulación ha derivado en “hechos y decisiones tan lesivas e irremediables de los derechos fundamentales de los menores involucrados” (Corte Constitucional, 2009), subrayando la necesidad de establecer reglas claras que eviten la intermediación lucrativa, la desprotección del recién nacido, la disposición del cuerpo en condiciones contrarias a la ley y los conflictos graves que surgen ante el incumplimiento de los acuerdos.

Esta investigación reviste relevancia académica y social, ya que profundiza en el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión legislativa, visibiliza la problemática que enfrentan las familias que, por diversas razones, no pueden concebir de forma natural y recurren a la gestación por sustitución, y ofrece insumos técnicos y argumentativos para el debate legislativo. La literatura reciente continúa señalando que la ausencia de una regulación específica en Colombia genera incertidumbres relevantes en materia de filiación, derechos fundamentales, autonomía reproductiva, eficacia contractual y protección de los niños y niñas (Góez Colorado, 2024; Gómez Córdoba, Luna Benitez & Borda Restrepo, 2024; Garcés Garcés & Gaona García, 2024). Asimismo, los estudios comparados muestran que no existe un modelo único de regulación y que la tensión entre autonomía reproductiva, dignidad humana e interés superior del menor exige una respuesta legislativa cuidadosa (Casanova Aza, 2025; Molina-Ricaurte, 2024; Woolcott Oyague & Guío Mayorga, 2024).

Este estudio pretende fortalecer la presión social, jurídica y patrimonial sobre el Congreso de la República para que cumpla con sus deberes constitucionales, honre los compromisos internacionales adquiridos en materia de protección de la familia y garantice la salvaguarda de los

derechos fundamentales de todos los actores involucrados.

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

Determinar las circunstancias jurídicas y fácticas en las que se configura la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano por la mora legislativa en la regulación de la gestación por sustitución, frente a la vulneración de los derechos fundamentales de los niños y niñas.

1.3.2 Objetivos específicos

Identificar, a través de la revisión doctrinal y jurisprudencial, los elementos y requisitos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión legislativa, incorporando los antecedentes legales, históricos y jurisprudenciales, y precisando la relación de la figura con el régimen aplicable.

Describir los avances jurídicos y las condiciones que deben regular el contrato de gestación por sustitución en Colombia, mediante el análisis de la normatividad vigente, los proyectos de ley presentados y no aprobados, las cinco sentencias exhortativas de la Corte Constitucional, y el estudio comparado de estándares y regulaciones internacionales aplicables a esta práctica.

Establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que resulta viable declarar responsable al Estado colombiano por la omisión legislativa en la regulación del contrato de gestación por sustitución, determinando los parámetros fijados por la Corte Constitucional e identificando, en cada caso fáctico, los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado.

2. Responsabilidad extracontractual del Estado por omisión legislativa

El primer capítulo de este escrito hace alusión a las condiciones en que es posible que se genere responsabilidad del Estado legislador frente a la desatención en regular la institución jurídica, pese a que la Corte Constitucional le ha exhortado ejercer actividad legislativa al respecto.

Para ello, en primer lugar, (i) se analizarán los deberes que asisten al Estado legislador, así como la obligación de la Corte Constitucional de emitir sentencias exhortativas con contenido imperativo, orientadas a materializar lo dispuesto en la Constitución Política. En esta misma línea, (ii) se explicará cómo el incumplimiento de dicho deber configura lo que se denomina omisión legislativa, precisando su alcance y las modalidades en que puede presentarse. Finalmente, (iii) se examinará si esta inacción genera un daño antijurídico que obligue al Congreso de la República a repararlo, revisando para ello diversas teorías jurisprudenciales sobre el tipo de responsabilidad aplicable, los requisitos para su configuración y los obstáculos jurídicos que históricamente se han identificado en la Sección Tercera del Consejo de Estado.

2.1 El Estado promotor de servicios públicos

Para iniciar el análisis, conviene señalar que, con la Asamblea Nacional Constituyente y la adopción de la Constitución Política de 1991, el panorama colombiano se modificó sustancialmente. Con el tránsito de un Estado de derecho a un Estado social de derecho, la administración dejó de concebirse exclusivamente como gendarme u observadora y asumió funciones de mediación, garantía y prestación de servicios públicos (González Noriega, 2016).

La Constitución Política, en su parte dogmática, consagra los derechos fundamentales y, en su parte orgánica, establece la estructura del Estado, la división del poder público y la asignación de funciones a cada una de sus ramas, todas orientadas al cumplimiento de los fines estatales y a la garantía de los derechos de las personas.

En lo que interesa a esta investigación, al Congreso de la República le corresponde hacer las leyes, conforme al artículo 150 de la Constitución Política, mientras que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, de acuerdo con el artículo 241. Por ello, cuando una materia requiere desarrollo legislativo para hacer efectivos derechos constitucionales, la inactividad del legislador puede adquirir relevancia jurídica y la Corte Constitucional puede advertir la necesidad de que el Congreso ejerza su competencia normativa.

2.2 De la carga obligacional de las sentencias exhortativas proferidas por la Corte Constitucional

Para establecer si el Congreso ha incumplido el deber asignado por la Carta Política al omitir regular una institución que exige desarrollo normativo, como ocurre con el contrato de gestación por sustitución, resulta necesario determinar si los exhortos y requerimientos formulados por la Corte Constitucional son de carácter ineludible. En tal caso, la inobservancia de tales pronunciamientos configuraría un defecto en el cumplimiento de los deberes del legislador y, en consecuencia, un hecho generador de responsabilidad estatal por omisión legislativa.

En efecto, lo que define la carga obligacional de las sentencias exhortativas radica en su propio contenido. Así, cuando el destinatario es la rama legislativa y la Corte Constitucional concluye la inconstitucionalidad de una norma, el exhorto adquiere carácter obligatorio. Por el

contrario, cuando se declara la constitucionalidad —plena o modulada—, el pronunciamiento se configura como una recomendación de carácter no vinculante, en tanto constituye una expresión del principio de coordinación entre las ramas del poder público y, por ende, respeta la libertad de configuración normativa que corresponde al legislador.

Distinta es la situación cuando las sentencias exhortativas surgen de la inexistencia de una norma, es decir, de una omisión legislativa absoluta, usualmente identificada en sede de tutela. En estos casos, la discusión ha sido especialmente intensa en ordenamientos como el italiano y el alemán, donde el cumplimiento de dichos exhortos se considera de carácter obligatorio. Sin embargo, esta postura ha sido cuestionada por cuanto desconoce la potestad de configuración normativa del legislador y, en consecuencia, debilita el principio de separación de poderes, entendido en su acepción clásica como una autonomía funcional absoluta entre las ramas del poder público (Vargas, 2013).

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el silencio legislativo no siempre tiene el mismo alcance jurídico. La Corte ha diferenciado las omisiones legislativas absolutas de las relativas y ha precisado que, frente a las primeras, no existe una disposición legal susceptible de control abstracto. En todo caso, la existencia de un mandato constitucional específico de actuación constituye un elemento relevante para determinar cuándo la inactividad legislativa puede ser jurídicamente reprochable (Corte Constitucional, sentencias C-543 de 1996 y C-038 de 2006).

A continuación, se presentan diversas sentencias exhortativas en las que la Corte Constitucional ha requerido al Congreso de la República para que legisle sobre materias necesarias para la protección de derechos constitucionales:

El fallo de la inconstitucionalidad del Concordato suscrito entre Colombia y la Santa Sede (sentencia C-027 de 1993), la despenalización del consumo de la dosis personal (sentencia C-221

de 1994), la legalización de la eutanasia (sentencia C-239 de 1997), la protección del derecho a la inviolabilidad parlamentaria de los congresistas (sentencia C-239 de 1997), la inconstitucionalidad de la prohibición de aumento de salarios de los funcionarios del Estado (sentencia C-1433 de 2000), disposiciones generales para la protección de datos personales (sentencia T-729 de 2002) la despenalización del aborto en Colombia (sentencia C-355 de 2006), matrimonio de las parejas del mismo sexo (sentencia C-577 de 2011) y claramente el tema que nos convoca, contrato de gestación sustituta (sentencia T-968 de 2009); (sentencia T-316 de 2018), (sentencia T-275 de 2022) (sentencia T-127 de 2024 y sentencia T-232 de 2024) estas últimas serán abordadas en el capítulo segundo del presente libelo.

De esta manera finaliza lo que tiene que ver el deber de la rama judicial a través de la Corte Constitucional de guardar los preceptos constitucionales mediante las sentencias exhortativas dirigidas al Estado legislador.

2.3 De la omisión legislativa

En relación a la omisión legislativa conviene señalar que la misma se define como "la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación" (Valle, 2006).

La omisión legislativa está clasificada por doctrinantes y por la jurisprudencia, en dos significaciones, la primera, la omisión absoluta, cuando el legislador no se ha pronunciado sobre una institución o situación, cuya reglamentación es necesaria, es decir que la misma se cristaliza cuando el Congreso guarda silencio y la segunda, la omisión relativa, cuando el Congreso decreta sobre una institución o situación de forma parcial, excluyendo quizá a una parte de la población,

o con parámetros no suficientes de reglamentación que permiten plasmar diferencia de trato y por tanto de igualdad.

Dicha clasificación ha permanecido en el tiempo y en el espacio, pues el tema también ha sido desarrollado por la doctrina europea mediante conceptos análogos, al establecer que la omisión legislativa puede ser expresa o tácita.

La jurisprudencia Constitucional colombiana ha señalado respecto la omisión legislativa y su clasificación lo siguiente, (M. P. Carlos Díaz Gaviria, 1996):

“El legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de las siguientes maneras: cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución; cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella.

En el primer caso, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una omisión legislativa relativa por que si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad.

Tal clasificación reviste especial importancia para precisar la modalidad de control a través de la cual la Corte Constitucional aborda el reproche. En efecto, la omisión legislativa relativa es examinada en sede de control abstracto de constitucionalidad, mientras que la omisión legislativa absoluta se plantea, por regla general, en sede de tutela, dado que, en ausencia de una disposición

normativa, resulta imposible que la Corte adelante un juicio de constitucionalidad propiamente dicho, en palabras de la Corte Constitucional, (M. P. Carlos Díaz Gaviria, 1996):

La acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. Las actuaciones penalmente encuadrables o constitutivas de faltas disciplinarias están sujetas a un control que escapa a la competencia de la Corte. Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta (M. P. Carlos Díaz Gaviria, 1996).

En este orden de ideas, la inexistencia de una regulación legislativa integral sobre la gestación por sustitución puede analizarse como una omisión legislativa absoluta. No obstante, la sola ausencia de una ley no genera automáticamente responsabilidad estatal: es necesario establecer la existencia de un deber jurídico concreto de actuación, un daño antijurídico, un nexo causal y la imputación jurídica del daño al Estado.

2.4 De la responsabilidad extracontractual del Estado Legislador

El análisis anterior abre la discusión sobre si el Congreso puede ser responsable por los daños derivados de mantener, durante un periodo prolongado, un vacío regulatorio respecto de la gestación por sustitución, pese a los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional y a la existencia de situaciones que comprometen derechos fundamentales.

Inicialmente, las controversias por daños ocasionados por el Estado se asociaban principalmente con el ejercicio de la función administrativa, mientras que la actividad del legislador y del juez tendía a considerarse inmune a este tipo de responsabilidad (González Noriega, 2016). Se partía de la idea de que la ley, como expresión de la voluntad general, no podía ser injusta ni generar daños indemnizables. En Francia, por ejemplo, durante largo tiempo se justificó la actuación del Parlamento en razón de su soberanía y se entendió que los perjuicios derivados de la ley debían ser soportados como cargas públicas (Marienhoff, 1997).

No obstante, el 14 de enero de 1938, el Consejo de Estado francés profirió una decisión emblemática en materia de responsabilidad del Estado legislador, al reconocer la posibilidad de indemnizar a un particular afectado por la expedición de una ley. A partir de entonces se fortaleció la idea de que la soberanía estatal implica el ejercicio del poder dentro del marco del derecho y que, en determinadas circunstancias, la actividad legislativa puede generar daños indemnizables (Marienhoff, 1997).

A partir de la doctrina y la jurisprudencia se identificaron distintos argumentos que históricamente se utilizaron para justificar la irresponsabilidad del Estado legislador. Arenas Uribe y Jiménez Uscátegui (2001) sintetizan algunos de ellos en los siguientes términos:

“a. La ley como la manifestación más alta de la soberanía del estado: Se dijo que la ley que causara perjuicios era la expresión de la voluntad general y por consiguiente también de la voluntad de los que sufren el daño (Vedel, 1986).

b. La ley no podría violar stricto sensu derechos pre – existentes y por tanto, el legislador no puede alterar derechos garantizados por la constitución (Bielsa, 1996): El legislador no podía nunca cometer arbitrariedades en sentido jurídico, debido a que sustentar lo contrario, sería afirmar que no tiene el derecho de cambiar las leyes preexistentes.

c. Carácter General de la ley: Debido al carácter general que ostenta la ley y en virtud del cual crea situaciones jurídicas impersonales y abstractas no se podía configurar la especialidad del daño como requisito para su indemnización. Según esta disposición se concluyó que la ley no agrede situaciones jurídicas concretas, de tal manera que, si en su aplicación se generaban perjuicios, estas configuraban cargas que los administrados”.

En Colombia, el punto de partida para analizar la responsabilidad patrimonial del Estado es el artículo 90 de la Constitución Política, que comprende los daños antijurídicos imputables a las autoridades públicas, tanto por acción como por omisión.

Artículo 90 de la Constitución Política El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.

De la lectura del artículo 90 constitucional se desprende que la actividad del Congreso no está excluida, por principio, de un juicio de responsabilidad estatal. En consecuencia, cuando una acción u omisión atribuible al legislador produce un daño antijurídico, puede plantearse su reparación mediante el medio de control correspondiente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con los presupuestos definidos por la jurisprudencia.

Tradicionalmente se sostuvo que la autonomía e independencia del Congreso y su libertad de configuración legislativa limitaban la posibilidad de atribuir responsabilidad por la ausencia de regulación (Márquez, 2016). Sin embargo, esa libertad no es absoluta: cuando existe un deber constitucional suficientemente determinado y concurren los demás elementos de la responsabilidad estatal, la omisión puede adquirir relevancia jurídica.

Así, la responsabilidad del Estado legislador debe examinarse a partir de la existencia de un daño antijurídico imputable. La jurisprudencia ha reconocido distintos escenarios de responsabilidad vinculados a la función legislativa, entre ellos el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, la defraudación de la confianza legítima y los daños relacionados con la desaparición del ordenamiento de una ley declarada inexecutable.

- i) El rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas,
- ii) La defraudación del principio de confianza legítima de los particulares y
- iii) Por la desaparición de la ley como consecuencia de una sentencia de inexecutable;

Es importante advertir que, en estas modalidades de responsabilidad, el análisis se centra en la antijuridicidad del daño y en su imputación al Estado, sin que la licitud formal de la actividad legislativa excluya, por sí sola, la posibilidad de reparación (Ortega-Ruiz, 2018).

Aunque el objetivo de este escrito es estudiar la responsabilidad del Estado legislador por omisión legislativa, resulta necesario contextualizar la evolución jurisprudencial de esta materia para determinar, en cada supuesto, el título de imputación aplicable.

Una de las primeras decisiones relevantes del Consejo de Estado sobre responsabilidad patrimonial del Estado legislador fue la sentencia del 25 de agosto de 1998. En esa providencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo declaró responsable al Estado por los perjuicios causados a la parte actora con ocasión de la aplicación de la Ley 6.^a de 1972, mediante la cual se aprobó la Convención de Viena, y aplicó el título de imputación de daño especial (M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, 1998). De esa decisión se destacan las siguientes conclusiones:

1. La responsabilidad del Estado legislador no tenía origen exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley sino en la antijuridicidad del daño. 2. El título de imputación que se aplicó lo constituía el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), por medio de la celebración de un tratado internacional y su aprobación por una ley.

En 2002, el Consejo de Estado sostuvo que no procedía declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños producidos durante la vigencia de una norma que posteriormente fuera declarada inexecutable cuando la decisión de inconstitucionalidad tuviera efectos hacia el futuro. Bajo ese entendimiento, mientras la norma estuvo vigente sus destinatarios tenían el deber jurídico de acatarla (M. P. Alir Eduardo Hernández Enríquez, 2002).

Sin embargo, esta teoría fue posteriormente modulada. El Consejo de Estado ha señalado que los efectos temporales de las decisiones de constitucionalidad resultan relevantes para examinar la eventual responsabilidad del Estado legislador. En determinados supuestos, la jurisprudencia ha admitido el análisis de los daños producidos durante la vigencia de una norma posteriormente retirada del ordenamiento, de acuerdo con los presupuestos aplicables a cada caso (Consejo de Estado, 2018).

2.5 De la responsabilidad del Estado Legislador por la omisión legislativa absoluta

Centrando el análisis en la materia objeto de esta investigación, surge el interrogante acerca del título de imputación aplicable cuando el Estado omite expedir una regulación necesaria. La discusión permite considerar, de una parte, un régimen objetivo asociado al daño especial y, de otra, un régimen subjetivo bajo el título de falla en el servicio.

La primera hipótesis, respaldada por parte de la doctrina, ubica el título de imputación en el daño especial, al considerar que el afectado soporta una carga singular y desproporcionada derivada de la ausencia de una regulación necesaria, aun dentro del margen de configuración legislativa del Congreso (González Noriega, 2016).

La segunda hipótesis, a la cual se adscribe esta investigación, considera aplicable la falla en el servicio, dentro de un régimen subjetivo de responsabilidad. El fundamento radica en que el reproche no se dirige únicamente al resultado dañoso, sino a la inactividad del legislador frente a un deber jurídico de actuación suficientemente concretado. Esta perspectiva exige demostrar, además del daño, la existencia del deber incumplido, el nexo causal y la imputación jurídica.

Las omisiones legislativas hacen referencia a la inactividad del legislador o el incumplimiento por parte de este último de su deber de legislar expresamente señalado en la Constitución. No se trata, entonces, simplemente de un no hacer sino que consiste en un no hacer algo normativamente predeterminado, se requiere por lo tanto la existencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulta constitucionalmente incompatible para que ésta pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa.

El camino que ha recorrido la institución de la responsabilidad patrimonial por el hecho del legislador, puntualmente en lo que refiere a la omisión legislativa, pese que desde 1991, se dio apertura a la responsabilidad del Estado, ha sido exigua y desdichada para sus pretendientes, como a continuación citaré:

El primer hallazgo jurisprudencial relacionado con el estudio de los daños ocasionados

por el Estado legislador ante la omisión en la expedición de una norma se analizó en el marco del régimen de falla en el servicio. La sentencia es del 1 de noviembre de 2001 (M. P. María Helena Giraldo Gómez, 2001). En ese asunto se reclamaron los daños ocasionados por la falta de desarrollo legal del artículo 39 de la Constitución Política, lo cual, según la parte actora, permitía el desconocimiento de los derechos y garantías del fuero sindical. Al resolver, el Consejo de Estado afirmó:

El análisis de la responsabilidad pretendida, por omisión del legislador conduce a la Sala a cuestionar, desde el punto de vista general, la calificación que de la imputación fáctica “por omisión” hizo el demandante. Las funciones legislativas que la Constitución Política de 1991 otorgó al Congreso en los artículos 114 y 150, no se delimitaron en el tiempo y no están concebidas desde un punto de vista obligacional. Por ello la no producción de normas legales por el Congreso, y para desarrollar la Constitución, no está sancionada jurídicamente con un efecto. Sólo la competencia del Congreso, prevista en el inciso 3º del artículo 341 Constitucional sí tiene una consecuencia jurídica, cuando no se ejerce en tiempo y se relaciona en la expedición del Plan Nacional de Inversiones (Consejo de Estado, Rad. Interno 13002, 2001, p. 22) (subrayado es propio).

Con este pronunciamiento, el Consejo de Estado restringió inicialmente la posibilidad de declarar responsabilidad por omisiones legislativas. Posteriormente, la Sentencia C-038 de 2006 de la Corte Constitucional precisó que el artículo 90 de la Constitución comprende los daños antijurídicos imputables al poder legislativo, ya sea por acción u omisión, por lo que su actividad no se encuentra excluida de la cláusula general de responsabilidad estatal (Corte Constitucional, C-038 de 2006).

En una providencia de 2018, el Consejo de Estado reiteró que la posición jurisprudencial sobre la responsabilidad por omisiones legislativas no ha sido pacífica y destacó la importancia de identificar un deber jurídico concreto de actuación para formular un juicio de imputación.

La posición jurisprudencial no ha sido pacífica, ya que, no ha reconocido la responsabilidad

del Estado por hecho del legislador en virtud de omisiones legislativas por considerar que la Constitución no le estableció al Congreso un contenido obligacional delimitado temporalmente.

Así, para atribuir responsabilidad por una conducta omisiva de la rama legislativa resulta necesario identificar un deber jurídico claro de actuación y analizar las circunstancias que permiten establecer cuándo la inactividad dejó de ser jurídicamente neutra. En el caso estudiado, los reiterados exhortos constitucionales, la protección reforzada de los derechos de los niños y la persistencia del vacío regulatorio son elementos relevantes para concretar ese deber. Sin embargo, no todos los exhortos han fijado al Congreso un término uniforme y perentorio para expedir la ley; algunos han estado dirigidos también al Gobierno Nacional o al Ministerio de Justicia para la presentación de proyectos legislativos. Por ello, la responsabilidad debe examinarse caso por caso, junto con el daño antijurídico, el nexo causal y la imputación.

3. Del marco normativo sobre el contrato de gestación por sustitución

En este apartado se llevará a cabo un análisis sistemático de los avances normativos alcanzados en Colombia en relación con la figura denominada contrato de gestación por sustitución —antes conocida en la doctrina y en el debate público como alquiler de vientres, maternidad subrogada o útero subrogado—. Dicho estudio se complementará con una revisión del derecho comparado, a fin de contrastar las soluciones jurídicas adoptadas en distintos ordenamientos y enriquecer la comprensión del fenómeno en el contexto colombiano.

En primer lugar, se expondrán los diferentes proyectos de ley que han sido radicados en el Congreso de la República sobre esta materia. En segundo lugar, se examinarán los cinco (5) exhortos formulados por la Corte Constitucional al Congreso de la República para que, de manera urgente, adopte una decisión que fije lineamientos claros frente a la práctica de la gestación por sustitución.

Posteriormente, se abordará la forma en que algunos países han legislado sobre esta figura y, finalmente, se presentarán pronunciamientos judiciales relevantes emitidos en el contexto internacional, destacando las soluciones propuestas a los retos jurídicos y éticos que esta práctica suscita. Este ejercicio descriptivo busca aportar insumos esenciales para el desarrollo y consolidación del objetivo específico número tres (3) de la presente investigación.

3.1 Marco normativo nacional sobre gestación por sustitución

En primer lugar, es preciso señalar que la Constitución Política de 1991, en su artículo 42, reconoce la posibilidad jurídica de procrear seres humanos en Colombia mediante técnicas de reproducción asistida. Esta conclusión se desprende del inciso sexto de dicha disposición, en el que se establece: “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”. De ello se infiere que la Carta Política no prohíbe la realización, en el territorio nacional, de prácticas científicas orientadas a facilitar la procreación humana mediante

asistencia científica; sin embargo, impone al legislador el deber de reglamentarlas a través de una ley.

Ahora bien, en relación con la práctica denominada gestación por sustitución, debe indicarse que el legislador colombiano ha conocido múltiples proyectos de ley orientados a regular o prohibir este fenómeno. No obstante, tales iniciativas han terminado archivadas, retiradas o sin culminar en una ley integral, por lo que actualmente Colombia continúa sin una regulación legislativa específica sobre la materia.

En este apartado se hará una presentación del contenido de las diferentes iniciativas que han cursado en el parlamento colombiano, haciendo alusión a los autores de la iniciativa, el contenido del proyecto de ley, las actuaciones adelantadas en el Congreso, y la fecha en que se archivó el proyecto. Se aclara que las iniciativas legislativas fueron mencionadas y resaltadas por la Corte Constitucional en la sentencia T- 275 de 2022 y se insiste que se profundizará sólo en las iniciativas legislativas que se han presentado en el último lustro, las otras sólo serán mencionadas brevemente.

3.1.1. Proyectos de ley radicados en el Congreso de la República de Colombia

En este apartado es relevante indicar que el parlamento patrio tuvo la oportunidad de conocer por primera vez de la temática relacionada con la procreación humana asistida con técnicas científicas en el año 1998, fecha en la que se radicó el Proyecto de ley 47/1998 Senado, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos científicos de procreación humana asistida, se modifican algunos artículos del Código Civil y Penal y se dictan otras disposiciones. El Proyecto fue publicado en la Gaceta 143 de 1998 del Congreso de la República y su autor fue Senador Miguel Pinedo Vidal. Sin mayor debate el proyecto fue archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992, esto es, NO fue aprobado dentro del término de dos (2) legislaturas.

Posteriormente se presenta el Proyecto de ley 45/00 Senado, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, sobre el genoma

humano de nuestra diversidad étnica, se modifican algunos artículos del Código Civil y se dictan otras disposiciones. El proyecto de ley fue radicado el 30 de julio de 2000 y publicado en Gaceta 307 de 2000 del Congreso de la República, su autor fue nuevamente el Senador Miguel Pinedo Vidal. El proyecto fue archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992, esto es, NO fue aprobado dentro del término de dos (2) legislaturas.

En una tercera oportunidad, pero esta vez en la Cámara de Representantes, se radica en el Congreso de la República el Proyecto de ley 029 de 2003 Cámara, por el cual se modifica el ordenamiento civil regulando lo referente a procedimientos y técnicas de procreación humana asistida y se dictan otras disposiciones. El proyecto fue radicado el 21 de julio de 2003, y publicado en la Gaceta 354 de 2003 del Congreso de la República, y su autor es el Representante Alonso Rafael Acosta Osio. Esta iniciativa fue archivada en primer debate, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 5 de 1992, esto es, el proyecto fue negado.

A pesar del archivo del proyecto de ley, nuevamente en la Cámara de Representantes y en la misma anualidad, se presenta el Proyecto de ley 100/03 Cámara, por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial en la legislación colombiana y se dictan otras disposiciones. El proyecto es radicado el 7 de septiembre de 2003 y publicado en la Gaceta 465 de 2003 del Congreso de la República, siendo sus autores los Representantes Omar de Jesús Flórez Vélez y Jesús Enrique Doval Urango y el Senador Humberto de Jesús Builes Correa.

Esta iniciativa fue archivada en primer debate, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 5 de 1992, esto es, el proyecto fue negado.

Luego de ello vendrá una quinta iniciativa legislativa, esta vez se trata del Proyecto de ley 196 de 2008 Cámara, por medio del cual se reglamenta en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones. El proyecto fue radicado el 3 de noviembre de 2008, publicado en la Gaceta 771 de 2008 del Congreso de la República, su autor fue el Representante Jorge Ignacio Morales Gil. Se advierte que este Proyecto fue retirado por el autor de conformidad con el artículo 155 de

la Ley 5 de 1992, esto es, teniendo en cuenta que el proyecto no había sido discutido en primer debate y era una iniciativa congresional.

Luego de casi una década en la que se intentó fallidamente discutir proyectos de ley que regularan aspectos que tuvieran que ver con la procreación humana asistida, se radica un sexto proyecto de ley, esta vez el Proyecto de Ley 037 de 2009 Cámara, por medio del cual se establecen procedimientos para permitir en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva en desarrollo de las técnicas de reproducción asistida y se dictan otras disposiciones. Sin embargo, esta iniciativa tuvo el mismo desenlace de los anteriores proyectos, esto es, fue archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992 por no ser aprobado en el periodo de dos (2) legislaturas.

Posteriormente, en el año 2016, se presentó un proyecto de ley conjunto entre Cámara y Senado en el que se va a insistir en que se discuta en el parlamento la práctica del vientre subrogado con el fin de prohibir su práctica. En esta oportunidad se trata del Proyecto de ley 26 de 2016 Cámara, 241 de 2017 Senado por medio del cual se prohíbe la práctica de alquiler de vientres en Colombia por ser una categoría de trata de personas y una explotación de la mujer con fines reproductivos.

El proyecto fue radicado el 25 de julio de 2016 y publicado en la Gaceta 554 de 2016 del Congreso de la República. Sus autores fueron la senadora María del Rosario Guerra de la Espriella y el representante Santiago Valencia González. Sin embargo, fue archivado en cuarto debate, dado que no fue aprobado, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 5 de 1992, como se aprecia en el Acta de sesión plenaria del Senado de la República del 12 de septiembre de 2017, publicada en la Gaceta 52 de 2018.

El octavo intento de discusión parlamentaria será el Proyecto de ley 202 de 2016 Cámara, por medio del cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos. Este proyecto fue radicado el 2 de septiembre de 2016 y publicado en la Gaceta 86 de 2016 del Congreso de la República, y sus

autores son la Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella y Representante Santiago Valencia González. Se advierte que el proyecto de ley fue archivado, de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992.

El noveno intento de discusión la constituye el Proyecto de ley 88 de 2017 Senado, por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones, el cual fue radicado el 16 de agosto de 2017 y publicado en la Gaceta 713 de 2017 del Congreso de la República., siendo sus autores los Senadores Luis Fernando Duque García y Armando Benedetti Villaneda. Sin embargo, este proyecto también será archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992.

Asimismo, se tiene la radicación del Proyecto de ley 186 de 2017 Cámara, por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica. El Proyecto fue radicado el 7 de noviembre de 2017 y publicado en la Gaceta 1025 de 2017 del Congreso de la República, siendo sus autores la Senadora María del Rosario Guerra y Representante a la Cámara Santiago Valencia.

Este proyecto posteriormente sería retirado por los autores de conformidad el artículo 155 de la Ley 5 de 1992 tal como se aprecia en la Gaceta 216 de 2018 del Congreso de la República.

El décimo primer intento de discusión parlamentaria en torno a la práctica de asistencia científica en el proceso de reproducción, lo constituye el Proyecto de ley 019 de 2018 Senado, por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones, el cual fue radicado el 1 de agosto de 2018 y publicado en la Gaceta 543 de 2018 del Congreso de la República., siendo su autor Armando Benedetti Villaneda. Sin embargo, el proyecto fue retirado por el autor de conformidad con el artículo 155 de la Ley 5 de 1992.

El décimo segundo abordaje de esta discusión parlamentaria se va realizar en el Proyecto de ley 70 de 2018 Senado, por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos, el cual fue radicado el 1 de agosto de 2018 y

publicado en Gaceta 576 de 2018 del Congreso de la República, siendo sus autores los Senadores María del Rosario Guerra y Santiago Valencia. Sin embargo, al igual que los demás proyectos, este será archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992 como quiera que No logró su aprobación en dos legislaturas.

El año inmediatamente después, se presenta el décimo tercer proyecto de Ley que una vez más pretenderá abordar la discusión que se viene acumulando desde el año 1998 en torno a la maternidad subrogada. Se trata del Proyecto de ley 118 de 2019 Senado, por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro y se establecen los parámetros generales para la práctica de la maternidad subrogada con fines altruistas.

Este proyecto fue radicado el 13 de agosto de 2019 y publicado en la Gaceta 789 de 2019 del Congreso de la República, siendo sus autores los Senadores María del Rosario Guerra y Santiago Valencia. Sin embargo, el proyecto será archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992 como quiera que No logró su aprobación en dos legislaturas.

El décimo cuarto proyecto de ley que pretende abordar la discusión parlamentaria en torno a la práctica de la procreación humana con asistencia científica NO tardaría en ser radicado en el parlamento. En efecto, se trata del proyecto de ley 162 de 2019 Senado, por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones, el cual es radicado el 27 de agosto de 2019 y publicado en la Gaceta 832 de 2019 del Congreso de la República, siendo su autor el Senador Armando Benedetti Villaneda.

Sin embargo, una vez más, el proyecto de ley será archivado, de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992 y 162 de la Constitución Política, esto es, no haber logrado su aprobación en el lapso de dos (2) legislaturas.

El décimo quinto proyecto de ley en el que se intentará abordar la práctica de la asistencia científica en materia reproductiva humana será el Proyecto de ley 263 de 2020 Senado, por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la ‘cosificación de los bebés’, y se dictan otras disposiciones, el cual fue radicado el 3 de septiembre de 2020 y Publicado en la Gaceta 933 de 2020 del Congreso de la República siendo sus Autores los Senadores María del Rosario Guerra y Santiago Valencia y Representantes a la Cámara Juan Fernando Espinal y José Jaime Uscátegui.

Empero, este proyecto de ley será archivado de conformidad con el artículo 162 de la Constitución Política, esto es, por no haber logrado su aprobación en el lapso de dos (2) legislaturas.

Finalmente, se tiene el Proyecto de ley No. 113 de 2021 Cámara, por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la ‘cosificación de los bebés’, y se dictan otras disposiciones, el cual fue radicado el 21 de julio de 2021 y publicado en la Gaceta del Congreso 958 de 2021, siendo sus autores los Representantes a la Cámara José Jaime Uscátegui Pastrana, Juan Fernando Espinal Ramírez, y los Senadores de la República María del Rosario Guerra de la Espriella y Santiago Valencia González.

Al revisar el proyecto de ley, que consta de siete (7) artículos, se aprecia que el objeto es “prohibir la práctica de la maternidad subrogada con fines de lucro, frenar la ‘cosificación de los bebés’ y permitir la subrogación con fines altruistas sólo para parejas colombianas que presenten incapacidad biológica para concebir y con relación de parentesco, garantizando la protección de los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, y la protección del que está por nacer”, se crea el tipo penal denominado “Constreñimiento a la maternidad subrogada con fines de lucro”

estableciendo una pena de prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para quien incurra en este delito, precisando por otra parte que esta práctica sólo será permitida a para parejas colombianas casadas, y que en los contratos de maternidad subrogada en que se pacte un lucro será nulos de pleno derecho.

En este debate parlamentario se socializó el caso de una pareja homosexual de australianos que, en el año 2014, en razón de la práctica de la maternidad subrogada, abandonaron a un bebé que nació con síndrome de Down, pero se llevaron a su hermana que nació sin ninguna patología. La gestante solicitó la devolución de la niña, empero sus peticiones fueron rechazadas.

De esta manera se advierte la necesidad de controlar este tipo de riesgos, y así evitar que los niños (as) sean tratados como mercancías al ser fruto de este tipo de prácticas. Igual cuidado se debe tener con la mujer, dado que en Colombia las desigualdades de oportunidades hacen que las mujeres de este territorio sean vulnerables ante las propuestas económicas que les realizan para que acepten ser gestantes sustitutas, al punto que hoy nuestro país es visto como “territorio turístico reproductivo” que permite explotar a la mujer que ofrece su vientre a cambio de un precario lucro.

Asimismo, en la discusión parlamentaria se recuerda que el pasado 18 de diciembre de 2017 el Parlamento Europeo aprobó la totalidad del párrafo 114 que condena la práctica de maternidad subrogada: [...] “la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima”. “Debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”. (ver

https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2021/gaceta_1331.pdf recuperado el 31 de julio de 2024 a las 15:13).

Sin embargo, a pesar de la importancia del tema, y la necesidad de regularlo legislativamente, luego de algunas discusiones al interior del Congreso, el 19 de junio de 2022 el proyecto fue archivado de conformidad con el artículo 208 de la Ley 5 de 1992, esto es, por no haberle dado el trámite de una ley estatutaria.

Es importante dejar sentado en este apartado, que mediante escrito de fecha 30 de junio de 2024, la suscrita solicitó al Congreso de la República información sobre el trámite de proyectos de ley que se estén adelantando en este momento respecto a la maternidad subrogada. Mediante escrito de fecha, 9 de julio de 2024, N°_UAC-CE-4309-2024, se ofreció una respuesta en la que se señaló:

“En atención a su comunicación nos permitimos indicarle que actualmente no hay en trámite ningún proyecto de ley, ni acto legislativo que traten de maternidad subrogada, a continuación, le indicamos los proyectos que se tramitaron recientemente para su información, le enviamos en archivo adjunto para su consulta.

Le recomendamos que esté pendiente en las páginas web, después del 20 de julio para ver que radican al respecto nuestros Congresistas.

Cámara No. 113/2021

Comisión Primera Cámara de Representantes.

Título: Por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la ‘cosificación de los bebés’, y se dictan otras disposiciones.

Autor: H.R. Maria del Rosario Guerra de la Espriella, H.S. Santiago Valencia González

H.R. José Jaime Uscátegui Pastrana, H.R. Juan Fernando Espinal Ramírez.

Estado actual: Archivado.

Cámara No. 334/2023C ACUM AL 345/2023C

Comisión Primera Cámara de Representantes.

Autor: H.R. Jorge Alejandro Ocampo Giraldo .R.

Ponentes: Jorge Alejandro Ocampo Giraldo, H.R. Oscar Hernán Sánchez León, H.R.

Adriana Carolina Arbeláez Giraldo, H.R. Juan Sebastián Gómez Gonzáles, H.R. Miguel

Abraham Polo Polo, H.R. Andrés Felipe Jiménez Vargas, H.R. James Hermenegildo

Mosquera Torres, H.R. Hernán Darío Cadavid Márquez, H.R. Marelen Castillo Torres,

H.R. Luis Alberto Albán Urbano, H.R. Astrid Sánchez Montes De Oca.

Título: “Por medio de la cual se reglamenta la subrogación gestacional en Colombia, se prohíbe con fines lucrativos, se garantizan los derechos de la mujer, los niños y niñas, y se dictan otras disposiciones” (Maternidad subrogada).

Estado actual: archivado, de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992.

Así las cosas, la Constitución Política de 1991 reconoce la procreación mediante asistencia científica y garantiza la igualdad de los niños y niñas nacidos por estas técnicas. El Congreso ha abordado reiteradamente la materia, en ocasiones desde propuestas prohibitivas y, en otras, desde modelos de regulación altruista. Sin embargo, a agosto de 2026 no se ha expedido una ley integral sobre gestación por sustitución, por lo que persiste el vacío normativo objeto de esta investigación.

Actualización legislativa 2025-2026. Con posterioridad a las iniciativas examinadas inicialmente, el 17 de marzo de 2025 fue radicado en la Cámara de Representantes el Proyecto de Ley Estatutaria 551 de 2025 Cámara, orientado a permitir la gestación por sustitución con fines altruistas con indemnización y a prohibirla con fines lucrativos. El proyecto fue archivado el 20 de

junio de 2025 por vencimiento de términos (Cámara de Representantes, 2025a).

El 22 de julio de 2025 se radicó el Proyecto de Ley Estatutaria 046 de 2025 Cámara, con un objeto semejante de regulación de la gestación por sustitución altruista y prohibición del lucro. Durante su trámite se presentó carta de retiro de una de sus autoras y, finalmente, el proyecto fue archivado en 2026 con fundamento en el artículo 190 de la Ley 5 de 1992, sin que se hubiera expedido una regulación integral (Cámara de Representantes, 2025b).

Finalmente, el 22 de julio de 2026 fue radicado el Proyecto de Ley 052 de 2026 Cámara, dirigido a prohibir la gestación subrogada con fines lucrativos, prevenir la explotación reproductiva y establecer controles sanitarios, registrales y judiciales sobre las técnicas de reproducción humana asistida vinculadas con esta práctica. No obstante, en la ficha legislativa oficial aparece retirado con fundamento en el artículo 155 de la Ley 5 de 1992; por tanto, a la fecha de actualización de esta investigación Colombia continúa sin una ley integral vigente sobre gestación por sustitución (Cámara de Representantes, 2026).

3.1.2 Jurisprudencia constitucional sobre gestación por sustitución en Colombia

En materia jurisprudencial, los principales precedentes constitucionales analizados en esta investigación corresponden a fallos de tutela seleccionados para revisión por la Corte Constitucional, en ejercicio de la competencia prevista en el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política.

En materia de gestación por sustitución, esta investigación analiza cinco pronunciamientos de la Corte Constitucional: las sentencias T-968 de 2009, T-316 de 2018, T-275 de 2022, T-127 de 2024 y T-232 de 2024. En ellos se abordan diversas problemáticas derivadas de la ausencia de regulación y se reitera la necesidad de intervención legislativa. En los pronunciamientos más recientes también se formularon exhortos a entidades del Gobierno Nacional para impulsar iniciativas normativas.

A continuación se sintetizan los principales aspectos de estas cinco providencias. En los

primeros pronunciamientos la Corte empleó expresiones como “vientre subrogado” o “maternidad subrogada”; en la Sentencia T-232 de 2024 utiliza la expresión “gestación por sustitución” y precisa el supuesto en el que la mujer gestante no aporta material genético. En esta investigación se emplea de manera preferente esta última denominación, con el fin de mantener uniformidad conceptual.

No obstante, la anterior aclaración conceptual, en esta investigación se alude al concepto de “gestación por sustitución” a lo largo del documento, de cara a evitar confusiones en el uso del lenguaje. Veamos.

3.1.2.1. De la Sentencia T-968 de 2009. En la Sentencia T-968 de 2009, dictada el dieciocho (18) de diciembre de dos mil nueve (2009), con ponencia de la magistrada María Victoria Calle Correa, la Corte Constitucional analizó el caso de una pareja heterosexual residente en Estados Unidos, en la que el varón era de nacionalidad colombiana. Esta pareja, con problemas de infertilidad, suscribió un acuerdo de gestación por sustitución con una joven colombiana de veintidós (22) años, residente en el Valle del Cauca, quien ya tenía un hijo y era madre soltera. Inicialmente se implantó un óvulo de la esposa del contratante, pero el proceso resultó fallido; por ello, se realizó un nuevo intento con material genético de la gestante y del padre contratante.

Luego de varios intentos se produjo el nacimiento de dos (2) niños, quienes fueron inscritos ante la Registraduría por la mujer que dio a luz, quien manifestó ser madre soltera y desconocer el nombre del padre. Posteriormente, decidió no entregar a los niños a la familia con la cual había celebrado el acuerdo de gestación por sustitución, pese a la existencia del contrato.

Después de diversas actuaciones ante la Comisaría de Familia y los juzgados de familia, los dos (2) niños fueron entregados provisionalmente al padre biológico, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y las decisiones adoptadas por las autoridades competentes.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional dispuso que los niños permanecieran con el padre, con medidas orientadas a garantizar el contacto con la progenitora y su entorno materno, mientras los jueces de familia resolvían de manera definitiva las controversias sobre custodia y patria potestad.

Dichas decisiones son adoptadas luego que el Alto Tribunal concluyera que existe una clara evidencia de la vulneración injustificada de los derechos fundamentales de los niños implicados en el presente asunto, perjuicio generado en su desarrollo psico-afectivo por la separación abrupta y definitiva de los niños de su progenitora en una etapa crucial en su desarrollo.

Ahora bien, de esta primera sentencia resulta relevante destacar que la Corte Constitucional señaló que el ordenamiento jurídico colombiano no contiene una prohibición expresa de los acuerdos de gestación por sustitución. Además, recordó que el artículo 42 de la Constitución dispone que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”. La Corte advirtió, sin embargo, que la ausencia de regulación podía generar afectaciones graves e irreparables a los derechos fundamentales de los niños involucrados.

Por lo anterior el alto tribunal considera que la maternidad subrogada es un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

En efecto, la Sentencia T-968 de 2009 identificó, de manera general, diversos aspectos que una eventual regulación debería considerar para proteger a la gestante, a los padres y, especialmente, a los niños y niñas nacidos mediante esta práctica.

Dentro de este contexto, la Corte evidenció la necesidad de una “regulación exhaustiva” y

planteó, entre otros, los siguientes criterios: (i) que la mujer que pretende acudir a esta técnica presente problemas fisiológicos para concebir; (ii) que la gestante no aporte los gametos requeridos para la concepción; (iii) que la gestación no tenga un fin lucrativo; (iv) que la gestante cumpla requisitos de edad y salud física y mental; (v) que exista seguimiento médico y psicológico; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que existan reglas sobre consentimiento y entrega del niño; (viii) que los padres no puedan rechazar al hijo; (ix) que se prevean mecanismos de protección frente a la muerte de los padres antes del nacimiento; y (x) que se respeten las reglas aplicables a la interrupción del embarazo.

Así las cosas, esta providencia constituye el primer llamado relevante de la Corte Constitucional al Congreso de la República para que aborde legislativamente la maternidad subrogada y establezca reglas claras que protejan a las personas involucradas, con especial atención a los derechos de los niños y niñas.

3.1.2.2 De la Sentencia T-316 de 2018. El pronunciamiento fue emitido mediante la Sentencia T-316 de 2018, del dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018), con ponencia de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger. En esta oportunidad, la Corte Constitucional seleccionó para estudio el caso de una pareja heterosexual en la que la mujer, de treinta y tres (33) años de edad, presentaba problemas de fertilidad como consecuencia de una extirpación de ovarios practicada cuando tenía diecisiete (17) años. Por ello requería una técnica de reproducción asistida, consistente en fecundación in vitro con donación de óvulos, cuyo costo no podía asumir. La EPS negó el tratamiento al considerar que no estaba en peligro la vida de la paciente.

Por lo anterior, a través de vocera judicial, la accionante presenta una acción de tutela en la que busca se amparen sus derechos fundamentales y se le ordene a la EPS asumir el procedimiento de fecundación in vitro y de esa manera poder tener un hijo con su pareja. El proceso fue asignado al Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal de Bogotá, quien mediante sentencia de cuatro (4) de julio de dos mil diecisiete (2017) replicó los argumentos de la EPS al concluir que no se acreditó que la vida de la paciente estuviera en peligro, dado que la única prueba que se allegó al proceso fue un concepto de favorabilidad expedido por PROFAMILIA FERTILIDAD para llevar a cabo el proceso de fertilización In Vitro, echando de menos la orden de un galeno tratante de la paciente demandante, esto es, la persona capacitada y con criterio científico, capaz de determinar la pertinencia o necesidad inminente para practicar el procedimiento en aras de conservar la salud y la vida de su paciente requisito señalado en la Ley 1751 de 2017.

La sentencia fue impugnada por el apoderado de la parte demandante, reiterando los argumentos de la demanda, e insistiendo que la finalidad de la acción es el embarazo de la accionante en tanto que ello mejora el estado de salud de la paciente, amen que le permite traer un hijo a su familia. Mediante providencia de fecha cinco (5) de octubre de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, decide confirmar el fallo impugnado. Consideró que no se encuentra acreditado que el médico tratante de la accionante haya prescrito el tratamiento de fertilización in vitro evaluando las condiciones específicas de la paciente.

Al empezar su análisis la Corte enseña que la NO inclusión de los tratamientos que se dirigen directamente a tratar la infertilidad en los planes de beneficios en salud está plenamente justificado en la medida en que el derecho a la maternidad no genera, prima facie, una obligación estatal en materia de fertilidad asistida, pues constitucionalmente dicha garantía “implica un deber de abstención del Estado de intervenir en las decisiones relativas a la procreación y unas

obligaciones positivas, como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, empero no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación”. Recuerda que en la sentencia T-1104 de 2000 el alto tribunal aclaró que “el derecho a la procreación - aunque existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa -, mal puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico per se no le permite su goce.

Sin embargo, la Corte va a recordar que existen tres hipótesis en las que es posible exigir judicialmente a la EPS que acompañe a una mujer en su proceso de fertilización realizado a través de métodos científicos, esto es, para hacer únicamente los exámenes que permitan establecer el diagnóstico de la infertilidad (sentencia T- T-636 de 2007); para obligar a la EPS a que continúe el proceso fertilización cuando la EPS de manera libre y voluntaria decidió emprender ese procedimiento y luego quiere suspender injustificadamente el proceso(T-572 de 2002), y finalmente cuando la patología de la infertilidad es una enfermedad secundaria, esto quiere decir que es un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad, caso en el cual se autorizan los procedimientos, tratamientos o medicamentos para tratar la enfermedad que afecta su aparato reproductor (Sentencia T-901 de 2004).

Al revisar el caso, la Corte observa que la accionante no se encuentra en ninguna de las tres (3) hipótesis, luego los fallos de tutela son confirmados. Aunado a ello, la Corte va a plantear que el tema de las técnicas de reproducción asistida para humanos no ha sido regulado en Colombia, y en consecuencia mal podría la Corte dar órdenes concretas que impidan el debate democrático al interior del Congreso de la República, esto es, de la autoridad llamada a debatir y

legislar sobre la temática. Concretamente, la Corte estima que se hace necesario que legislador se pronuncie sobre los siguientes temas: (i) «la donación de óvulos»; (ii) «la congelación de embriones sobrantes»; (iii) «la filiación legal que resulta de la utilización de embriones después de la muerte de los padres»; (iv) «la inexistencia de limitaciones o protocolos para la implantación de óvulos fecundados en vientres distintos de las madres biológicas, lo que es conocido también como “maternidad subrogada” o “maternidad sustituta”»; (v) «lo relativo al registro de la identidad de los donantes de espermatozoides u óvulos»; (vi) «el número de descendientes de cada donante», y (vii) «la obligatoriedad en que estarían las entidades promotoras de salud de conseguir óvulos cuando quien solicita la fecundación in vitro no los produce; y, la posibilidad de comercio de óvulos».

Por su parte, en una aclaración de voto, la magistrada Cristina Pardo Schlesinger planteó que, ante la falta de regulación legal sobre la maternidad subrogada, la Corte Constitucional no podía ordenar a la EPS que buscara un óvulo para que la accionante pudiera ser madre. También advirtió que los óvulos fecundados son seres humanos en desarrollo y que, en consecuencia, debe garantizarse su dignidad, lo que impide someterlos a negocios comerciales o a prácticas que desconozcan su protección constitucional. Por ello, resaltó nuevamente la necesidad de una regulación legislativa sobre estas técnicas.

De esta manera, la Corte Constitucional realiza un segundo exhorto al Congreso de la República para que asuma el rol que la Constitución y la situación social le impone en este momento de la historia.

3.1.2.3 De la Sentencia T-275 de 2022. En un nuevo pronunciamiento, esta vez mediante la Sentencia T-275 de 2022, de fecha primero (1°) de agosto de dos mil veintidós (2022), con ponencia de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, el alto tribunal estudió un caso que puso nuevamente de relieve la omisión del legislador colombiano al no regular la figura de la gestación por sustitución.

En esta ocasión, la Corte analiza el caso de un ciudadano colombiano, soltero, que decide suscribir un contrato o convenio con una mujer para que le permita tener un hijo a través de la figura de la gestación por sustitución. El material génico femenino (óvulo) fue donado por alguien desconocido mientras que el esperma es del padre contratante, y la mujer gestante se obliga a facilitar su vientre y llevar el embarazo hasta que se dé el alumbramiento, esto es, en el proceso no se utiliza material genético de la gestante.

Una vez se produce el alumbramiento de una niña, la gestante solicita a la EPS que le reconozca el pago de la licencia de maternidad, petición que fue atendida de manera oportuna. Por su parte, el padre procedió a realizar el proceso de inscripción ante la Registraduría consolidando tal situación al lograr un registro civil en el que se constata que él es padre de la niña, sin que se aluda a información alguna sobre la progenitora.

Posteriormente, el padre de la niña igualmente solicita a la EPS que proceda a realizar el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad a él pero en los mismos términos que se reconoce la licencia de maternidad, quien alega que requiere el reconocimiento de esa prestación (dieciocho semanas) para compartir con su hija y generar los lazos afectivos de una relación padre-hija. La EPS, luego de revisar el ordenamiento jurídico, procede a reconocer una licencia de (catorce) 14 días, esto es, una licencia de paternidad, negando el reconocimiento reclamado.

Por lo anterior, el padre biológico de la niña procreada con apoyo del proceso de maternidad subrogada, aludiendo a su condición de padre único y cabeza de familia, decide presentar una acción de tutela pretendiendo se amparen sus derechos fundamentales y los de su

menor hija, y en consecuencia le reconozcan la licencia de paternidad en los mismos términos que reconoce la licencia de maternidad. En la acción de tutela se hizo énfasis en que debido a que la EPS solo le reconoció 14 días de licencia de paternidad, el padre tuvo que cumplir con sus obligaciones laborales, en desmedro de la calidad de vida de su hija recién nacida, y que se le privó de las dieciocho (18) semanas que le habrían permitido compartir con la bebé y protegerla en esa primera etapa de su desarrollo.

Este proceso fue judicializado y las pretensiones de la demanda fueron denegadas mediante sentencia de única instancia emitida el 27 de diciembre de 2021 por el Juzgado 51 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, por considerar que (i) existe «déficit normativo» en respecto a la maternidad subrogada; (ii) ésta no implica que el padre adquiera el derecho a la licencia de maternidad»; (iii) la licencia de maternidad está prevista es para madre biológica»; (iv) esta prestación solo puede extenderse «a la madre o padre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre por enfermedad o muerte» y, por último, (v) el padre accionante no acreditó estar en alguna de las referidas situaciones excepcionales en las que es posible extender la licencia de maternidad al padre.

La Corte selecciona el caso para revisión, y recuerda que ya en dos (2) oportunidades ha planteado la preocupación por el vacío jurídico que existe en torno a las técnicas de reproducción asistidas, entre ellas, la maternidad subrogada precisando que se hace igualmente imperioso regular otros temas que están íntimamente a él ligados, como es el caso de (i) «la donación de óvulos»; (ii) «la congelación de embriones sobrantes»; (iii) «la filiación legal que resulta de la utilización de embriones después de la muerte de los padres»; (iv) «la inexistencia de limitaciones o protocolos para la implantación de óvulos fecundados en vientres distintos de las madres biológicas, lo que es conocido también como “maternidad subrogada” o “maternidad sustituta”»;

(v) «lo relativo al registro de la identidad de los donantes de espermatozoides u óvulos; (vi) «el número de descendientes de cada donante», y (vii) «la obligatoriedad en que estarían las entidades promotoras de salud de conseguir óvulos cuando quien solicita la fecundación in vitro no los produce; y, la posibilidad de comercio de óvulos».

Asimismo, en esta sentencia la Corte Constitucional va a insistir en una premisa fundamental para el derecho constitucional, esto es, que en los contratos de maternidad subrogada debe existir «un alto grado de intervención estatal», por cuanto en este «existe una afectación directa sobre la dignidad humana», tal como se advirtió en la sentencia T- -316 de 2018. Asimismo, señala que se han radicado cerca de dieciséis (16) proyectos de ley que buscan legislar sobre la maternidad subrogada, todos de iniciativa legislativa, y ninguno ha prosperado.

En relación a la licencia de maternidad y paternidad, la Corte enseña que son una garantía que pretende beneficiar al recién nacido para que reciba el cuidado y protección que requiere de sus padres fortaleciendo a la familia en tanto que núcleo fundamental de la sociedad. Todos y cada uno de los miembros de la familia se benefician de la licencia en los términos en que fue concebido por el legislador, el padre y madre con un tiempo “remunerado” para cuidar a su hijo y éste en tanto receptor del afecto que le brindan sus padres gracias al tiempo de licencia y a la prestación económica que reciben, y de paso la mujer se recupera su salud luego de dar a luz.

Por otra parte, la Corte Constitucional realiza una valiosa precisión, esto es, que se hace necesario la extensión de la licencia de maternidad a favor al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, no solo en caso de enfermedad o muerte de ésta, y en caso de abandono por parte de la madre en los términos que lo prevé la Ley 2114 de 2021. En efecto, la Corte agrega una nueva hipótesis: extender la licencia de maternidad en favor del padre sin esposa o compañera permanente cuya hija (o) nació mediante la figura conocida como «maternidad

subrogada» o «alquiler de vientre». Es decir, la Corte introduce un presupuesto no previsto en la ley 2114 de 2021 con el fin de salvar el interés superior del niño (a) procreado a través de una técnica asistida.

Como se ve, la modificación introducida por la Corte se trata una hipótesis bastante singular: es un niño (a) que no tiene progenitora:

“En este caso la madre de Amalia no ha muerto, no está enferma y, en estricto sentido, tampoco la ha abandonado. En estos términos, teniendo en cuenta las particulares circunstancias en las que la menor de edad fue procreada, no existe madre alguna”.

Este ejercicio le permite a la Corte concluir que la falta de regulación en torno a la maternidad subrogada ha generado la vulneración de los derechos fundamentales de los padres y niños (as) que nacen en ese contexto como quiera que los priva de la licencia de maternidad extendida al padre y del tiempo adecuado para que padre e hijo (a) compartan en esos primeros momentos de vida.

Por otra parte, la Corte aprovecha el escenario para plantear una segunda premisa de gran valor constitucional: “la Sala advierte que, teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico colombiano no está prohibida la gestación que ocurre en el útero de una mujer que no es la madre, en los términos del artículo 6º de la Constitución Política, este tipo de procreación está permitida”.

Por lo anterior, el alto tribunal de justicia ordena el amparo de los derechos fundamentales de los accionantes, y ordena que la gestante sólo tiene derecho a una incapacidad medica de seis (6) semanas (tiempo adecuado para recuperarse del proceso de gestación y del parto), mientras que el padre tiene derecho a ciento veintiséis (126) días de licencia en los términos arriba indicados (tiempo para recibir en familia al niño (a) recién nacida y prestarle los apoyos y afectos necesarios).

Finalmente, la Corte decide realizar un exhorto al Congreso de la República para que asuma el vacío legislativo que existe en torno al tema de la maternidad subrogada, exhorto que es extendido al Gobierno Nacional para que en un término de seis (6) meses proceda a presentar un proyecto de ley ante el parlamento y de esa manera se regule la materia.

3.1.2.4 De la Sentencia T-127 de 2024. En esta ocasión, la Corte Conoce vía revisión de tutela, el caso de un ciudadano americano que suscribió un contrato de sustitución de gestación con una colombiana. Producto de esta práctica nace una niña que es registrada como hija de la gestante y del ciudadano americano, empero éste inicia un juicio de impugnación de la maternidad. Una vez el juez de familia accede a las pretensiones de la demanda se ordena la cancelación del registro civil de nacimiento, dejando sin nacionalidad de colombiana a la niña.

En la providencia, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte estableció expresamente que la apatridia es un riesgo propio de la práctica de la gestación por sustitución transnacional. En esa medida, destacó la importancia de establecer una legislación que considere este y otros riesgos de la práctica desregulada de esta técnica de reproducción humana asistida, como, por ejemplo, la explotación de mujeres y niños. Asimismo, señaló la necesidad de contar con información idónea que permita a los niños y a las niñas conocer sus orígenes cuando lo estimen pertinente.

Por lo anterior, la Corte formuló los siguientes exhortos: (i) al Congreso de la República, para regular la materia de conformidad con la línea jurisprudencial; (ii) al Ministerio de Justicia y del Derecho, para presentar dentro de la próxima legislatura un proyecto de ley que regule la gestación por sustitución en Colombia, particularmente sus efectos sobre el registro civil de los niños y niñas nacidos mediante esta técnica; y (iii) al ICBF, Migración Colombia y la Registraduría Nacional del Estado Civil, para adoptar medidas orientadas a recopilar información y proteger los derechos de los niños y niñas.

y la Registraduría para que adopten una serie de medidas encaminadas a garantizar la existencia de datos oficiales sobre la práctica de la gestación por sustitución y proteger a los niños y las niñas nacidas a partir de esta técnica.

De esta manera se consolida un nuevo exhorto al Congreso de la República para que avance en la regulación de la gestación por sustitución y adopte medidas orientadas a proteger los derechos comprometidos.

3.1.2.5 De la Sentencia T-232 de 2024. En este pronunciamiento, proferido el dieciocho (18) de junio de dos mil veinticuatro (2024), con ponencia de la magistrada Natalia Ángel Cabo, la Corte Constitucional estudió un caso de gestación por sustitución transnacional que involucraba a un ciudadano ucraniano y a una niña nacida en Colombia, respecto de la cual se presentó riesgo de apatridia.

En esta oportunidad se presenta una acción de tutela por un ciudadano ucraniano que suscribió un contrato de gestación por sustitución con una colombiana (el óvulo es de origen desconocido mientras que el espermatozoide es del contratante), quien luego de dar a luz el once (11) de julio de 2022 a una niña llamada LETICIA en el Departamento de Magdalena y registrarla como su hija, un juez de familia accede a la impugnación de la maternidad, cancelando la

información materna del registro civil y cancelando el pasaporte que ya se habían tramitado a favor de la niña. La consecuencia de ello es que la niña queda en amenaza de apatridia dado que ya NO tiene madre colombiana y el padre extranjero NO tiene residencia en Colombia, ergo se le niega la nacionalidad colombiana, y en Ucrania NO registran la niña en razón a que NO tiene progenitora en los términos exigidos por ese país.

El dieciséis (16) de enero de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Tercero Administrativo de Santa Marta resolvió negar el amparo de los derechos invocados. En relación a la nacionalidad colombiana que se solicita por el accionante se consideró que el numeral 1 del artículo 96 de la Constitución exige que para ser colombiano se requiere nacer en el territorio o ser hijo de un colombiano (a) o ser hijo de un extranjero (a) que al momento de alumbramiento se encuentre en el territorio nacional.

En el caso bajo estudio no se acreditó ninguna de las dos (2) condiciones a pesar que la niña mencionada en la demanda nació en suelo nacional dado que la maternidad de la colombiana fue impugnada con éxito en razón de acreditarse la gestación por sustitución y el padre ucraniano NO estaba en Colombia al presentarse el alumbramiento. Además, este fallo de única instancia conminó al padre de la niña para que tramitara ante la embajada o consulado de su país de origen la nacionalidad ucraniana de Leticia.

Tras seleccionar este caso, la Corte se propone resolver el siguiente problema jurídico: ¿se vulneran los derechos a la nacionalidad, identidad e igualdad a una niña nacida en territorio colombiano a quien no se le reconoce la nacionalidad colombiana, debido a que: (i) se declaró judicialmente que la mujer de nacionalidad colombiana que dio a luz a la niña, al ser una gestante sustituta sin vínculo genético con ella, no era su madre a la luz de la legislación civil; y (ii) que su padre, de nacionalidad ucraniana, no tenía domicilio en Colombia al momento de su nacimiento?

Para resolver el asunto, la Corte se propone analizar los modelos de gestación por sustitución, la jurisprudencia constitucional al respecto y los riesgos de esta práctica para la obtención de nacionalidad de los niños y las niñas, los derechos de las niñas y los niños nacidos de gestación por sustitución frente al riesgo de apatridia; y el derecho a la nacionalidad en relación con otros derechos como la identidad personal, la personalidad jurídica, la igualdad y no discriminación de niñas y niños nacidos por gestación por sustitución.

En ese orden de ideas, la Corte enseña que existen por lo menos tres (3) modelos regulatorios de gestación por sustitución. El primero de ellos es la regulación expresa, total o parcial, que se caracteriza porque el país desarrolla normas que regulan el tipo de gestación permitida, los requisitos que se deben acreditar para tener derecho a participar en este tipo de gestación, las características que debe tener el acuerdo de gestación por sustitución (es el caso del Reino de España); el otro modelo es denominado “tolerante” que se caracteriza porque no existe legislación que permita o prohíba que se celebren contratos de gestación por sustitución ergo ante el vacío jurídico se crea un ambiente de tolerancia frente al fenómeno (como ocurre en Colombia). Finalmente se tiene el modelo prohibicionista, esto es, legislaciones que prohíben la práctica de la gestación por sustitución (es el caso de Suiza que en el artículo 119.2 de su Constitución Política establece que la maternidad por sustitución es ilegal).

Luego de este análisis dogmático, el alto Tribunal señala:

“(i) que la gestación por sustitución no está ni permitida ni prohibida en Colombia (modelo tolerante); (ii) que la regulación al respecto debe producirse en el seno del órgano legislativo y con una debida consideración de los profundos debates éticos, jurídicos y sociales que suscita su aplicación; (iii) que, a pesar de los reiterados llamados a la regulación, el Congreso ha omitido de forma sistemática legislar sobre esta materia, de

modo que este vacío legal genera una mayor desprotección a las gestantes y a las niñas y los niños que nacen de la aplicación de esta técnica de reproducción humana asistida”.

Otra de las conclusiones que arroja el ejercicio realizado por la Corte es que hace evidente que la omisión legislativa en materia de gestación por sustitución crea un riesgo eminente: el riesgo de apatridia para las personas que nacen en virtud de la aplicación de esa técnica, riesgo que el Estado tiene la obligación de superar en virtud del principio superior de los niños consagrado tanto en el artículo 42 de la Constitución, así como en los tratados de derechos humanos como es el caso de la Convención de los Derechos de los niños.

No obstante, a pesar del vacío jurídico ampliamente ya denunciado en el ordenamiento jurídico en torno a la gestación por sustitución, la Corte Constitucional recuerda que en el escenario internacional existen documentos que contienen normas NO obligatorias (derecho blando soft law) que promueven los derechos de los niñas y niños que nacen en virtud de este tipo de prácticas: el Informe de 2018 de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, los Principios para la protección de los derechos del niño nacido por gestación subrogada (en adelante, “Principios de Verona”), la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Observación General Conjunta 3 y 22 de 2017 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y del Comité de los Derechos del Niño.

Luego de la revisión de esta normatividad, la Corte Concluye que se violentó el derecho a la nacionalidad de la accionante, y realizar el quinto exhorto para que el Congreso de la República legisle respecto a la gestación por sustitución nacional y transnacional y sus efectos sobre la nacionalidad. Exhorto que es extendido al Ministerio de Justicia y el Derecho para que presente un proyecto de ley en el que se regulen la práctica mencionada. De esta manera culmina el quinto exhorto al Congreso de la República por parte de la Corte Constitucional.

3.2 Marco normativo internacional sobre gestación por sustitución

En este apartado se hará visible la manera dispar en que ha sido tratado la gestación por sustitución a nivel mundial, esto es, la falta de criterios unívocos que permitan regular de manera uniforme una práctica médica que día a día se torna más constante en el mundo, especialmente en Colombia. En efecto, se podrá notar que algunos países prohíben de manera absoluta este tipo de prácticas, mientras que otros países la toleran con algunas restricciones, y otros países la permiten de manera amplia sin realizar ningún tipo de restricción.

Para documentar esta situación, se tendrá en cuenta la información expuesta en distintas discusiones parlamentarias colombianas, especialmente aquellas relacionadas con iniciativas que han pretendido regular o prohibir la maternidad subrogada con fines lucrativos. Tales proyectos evidencian que el Congreso ha conocido el problema desde hace varios años, aunque sin culminar en una regulación integral.

Tanto en el proyecto de ley como en los debates surtidos en el Congreso se señalaron distintos modelos de derecho comparado. Así, Alemania, Francia, España e Italia han adoptado posiciones restrictivas o prohibitivas; Canadá permite la práctica bajo reglas que excluyen la intermediación comercial; China establece restricciones relevantes para el personal médico; India ha transitado hacia un modelo de fuerte limitación y control; y países como Perú y Argentina no cuentan con una legislación integral, lo que ha permitido que la práctica se desarrolle en medio de vacíos jurídicos. Esta diversidad confirma que la gestación por sustitución no tiene una respuesta uniforme en el derecho comparado.

Figura 1. Marco normativo internacional sobre gestación por sustitución

País	Prohibición Absoluta	Permisión Regulada	Permisión Expresa o Tácita
Alemania	La práctica está prohibida por ser vista como comercio de personas		
Francia	Las disposiciones francesas prohíben la maternidad subrogada, e incluso restringen que sus ciudadanos viajen a otras jurisdicciones para realizar esta práctica		
Canadá		Está prohibido que cualquier persona realice un pago por un proceso de subrogación.	
China	Prohíbe a instituciones y personal médico realizar procesos de subrogación		
Dinamarca		Está prohibida la realización de contratos en los que exista un pago	
España	La Maternidad Subrogada se entiende como una Explotación de la Mujer con Fines Reproductivos, y en este sentido está expresamente prohibida en el artículo 10 de la ley 14 de 2006,		
Italia	La ley 40/2004 prohíbe expresamente la subrogación.		
India		Esta prohibida la maternidad subrogada, sólo las parejas indias que lleven cuando menos cinco años de casados podrán recurrir a la fecundación asistida y debe ser de manera altruista.	
Perú			No está tipificada como delito, sin embargo, se reconocen las complicaciones que esta práctica genera en la determinación de la filiación del menor y por lo tanto, en la protección de su bien superior.
Argentina			No existe una legislación específica sobre el tema, sin embargo, tampoco es una práctica que se encuentre prohibida.

Información tomada del proyecto de ley 113-2021 Cámara

Por otra parte, la literatura comparada ha identificado que países como Brasil, Tailandia, Israel, Suecia, Reino Unido, Ucrania, Rusia, Grecia y Australia han desarrollado respuestas normativas diversas frente a la gestación por sustitución, unas más permisivas y otras más restrictivas, según la protección que cada ordenamiento otorga a la gestante, al niño o niña y a las personas que acuden a esta técnica.

En el caso de Israel, por ejemplo, la regulación ha establecido históricamente límites relacionados con las personas habilitadas para acudir a esta práctica; en Tailandia se han impuesto restricciones destinadas a evitar fines lucrativos y participación de personas extranjeras; y en Brasil se ha permitido bajo condiciones de carácter altruista y de control médico. Estas diferencias muestran que el problema no se reduce a permitir o prohibir, sino a definir qué garantías deben rodear la práctica para evitar abusos y proteger los derechos de los niños y niñas.

En el caso de Colombia, la gestación por sustitución no cuenta con una regulación legal integral y tampoco existe una prohibición general expresa de la práctica. El artículo 42 de la Constitución Política reconoce la procreación con asistencia científica y dispone que la ley reglamentará la progenitura responsable. Los proyectos legislativos examinados han propuesto distintas alternativas de regulación y de prohibición de su finalidad lucrativa; sin embargo, ninguno de ellos culminó, dentro del período estudiado, con la expedición de una ley integral sobre la materia.

Así las cosas, al preguntarse por el marco legislativo a nivel internacional, se hace palpable que en la comunidad internacional no se ha logrado consolidar un enfoque hegemónico frente a la postura que se debe asumir respecto a la gestación por sustitución, y ello en la medida en que mientras algunos países tienen una regulación prohibicionista, otros lo han legislado de modo permisivo, bien sea absoluto o relativo. Esta divergencia de posturas se explica en que el tema a tratar tiene las más altas connotaciones éticas, morales y sociales que sensibilizan a la humanidad,

haciendo casi imposible que haya una postura uniforme frente al tema.

3.2.2. Providencias judiciales internacionales

3.2.2.1 Caso Baby M. En el año 1986 se presenta en los Estados Unidos de Norteamérica un polémico caso en torno a la ejecución de un contrato de maternidad subrogada que fue celebrado entre la señora Mary Beth Whitehead y la pareja de esposos William Stern y Elizabeth Sther, en virtud del cual aquélla se obligaba para con los segundos a gestar un hijo, y luego entregarlo a los contratantes, recibiendo una compensación económica por el esfuerzo altruista realizado de 10.000 dólares americanos. En aquella oportunidad luego de suscribirse un contrato de la naturaleza mencionada, y tras el nacimiento de una niña producto de esta práctica de asistencia reproductiva (nació el 27 de marzo de 1986) los padres biológicos reciben a la niña, sin embargo, la madre gestante decide romper el acuerdo establecido con los padres intencionales.

En efecto, la señora Whitehead solicita la custodia de la niña argumentando que es la madre biológica de la recién nacida dado que la técnica de reproducción asistida utilizada para concebir a la pequeña fue la inseminación artificial utilizando uno de sus óvulos, el cual fue fecundado con los gametos del contratante William Stern, quien era el padre intencional y también el padre biológico. Por tanto, los Stern acuden a la administración de justicia para solicitar la entrega de la niña fincando sus pretensiones en las obligaciones contraídas en el contrato de gestación subrogada suscrito entre las partes en conflicto.

En primera instancia, Corte Superior de Nueva Jersey, con ponencia del juez Harvey Sorkow da la razón a los contratantes, esto es, la familia Stern. Dicha decisión fue adoptada en 31 de marzo de 1987 tras considerar que existía un negocio jurídico que establecía obligaciones a las partes, y que por tanto debían cumplirse. Subrayó que los Stern cumplieron las obligaciones por ellos contraídas, destacando que la principal preocupación de la administración de justicia era el bienestar de la niña y que su decisión se basaba en su interés. Por lo anterior, se declara extinguido

cualquier derecho que haya podido tener la señora Whitehead sobre la menor, pues su papel fue desde un principio facilitar su humanidad para dar vida a un ser humano en virtud de la suscripción de un contrato de gestación por sustitución.

La decisión fue recurrida, y en segunda instancia, Supreme Court of New Jersey en un fallo de 43 páginas, dictado el 3 de febrero de 1988, va a establecer que la señora Beth Whitehead es la madre biológica de la niña Baby M (seudónimo que utilizó el Tribunal), pues fue su óvulo el que se fecundó, y que por tanto no tiene validez el contrato de vientre subrogado que dio origen a la lid pues NO es legal la venta de seres humanos en este país. Sin embargo, fundándose en el interés superior de la niña, el Tribunal de segunda instancia entrega la custodia a los Stern, y ordena al Juzgado de primera instancia fijar visitas controladas a favor de la señora Beth Whitehead con la pequeña Baby M reconociendo la relación jurídica entre la madre y su hija.

Es importante anotar que el caso Baby M fue uno de los primeros en abordar la gestación subrogada en Estados Unidos, y en dicha oportunidad se realizó el primer llamado para que se legislara sobre esta importante técnica de reproducción asistida, poniendo de relieve la importancia de su desarrollo en favor de personas con problemas de esterilidad, pero también llamando la atención sobre los retos que ello implica. En el fallo se lee lo siguiente:

If the Legislature decides to address surrogacy, consideration of this case will highlight many of its potential harms. We do not underestimate the difficulties of legislating on this subject. In addition to the inevitable confrontation with the ethical and moral issues involved, there is the question of the wisdom and effectiveness of regulating a matter so private, yet of such public interest. Legislative consideration of surrogacy may also provide the opportunity to begin to focus on the overall implications of the new reproductivebiotechnology—in vitro fertilization, preservation of sperm and eggs, embryo implantation and the like. The problem is how to enjoy the benefits of the technology—especially for infertile couples—while minimizing the risk of abuse. The problem can be addressed only when society decides what its values and objectives are in this troubling, yet promising, area.

3.2.2.2. Caso Mennesson Vs Francia (N.º 65192/11) y Labassee vs. Francia (Rec. 65941/2011). En esta oportunidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también conocido como "Tribunal de Estrasburgo", acumula dos procesos judiciales en lo que estudia el caso de dos. Se trataba de dos parejas de esposos franceses, heterosexuales, que realizaron de manera exitosa en Estados Unidos un proceso de gestación por sustitución. En ambos casos se utilizaron gametos del padre contratante y óvulo donado. El niño de los esposos Mennesson nació en el año 2000, mientras que el niño de los esposos Labassee nació en el año 2001.

Una vez se produce el alumbramiento, los niños son entregados a los padres contratantes respectivos quienes obtienen una sentencia judicial que los acredita como padres de cada uno de su hijo recién nacido. Sin embargo, cada pareja de esposos al regresar a Francia y solicitar a este Estado que se realizará el proceso de registro de sus hijos, las autoridades administrativas y judiciales denegaron la petición aduciendo que en este territorio NO está autorizado los contratos de gestación de vientre subrogado. Por su parte las autoridades judiciales consideraron además que, si bien el procedimiento jurídico y científico realizado en Estados Unidos era válido en dicho Estado, Francia NO podía tolerar que su ordenamiento jurídico fuera burlado con ese tipo de actuaciones, esto es, permitiendo el registro de niños concebidos gracias a contratos de vientre subrogados desarrollados en el extranjero a pesar que en Francia NO es permitido ese tipo de procedimientos.

Mediante sentencias del 26 de junio de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que la postura de Francia, en los casos analizados, vulneraba el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, al afectar el derecho a la vida privada de los niños y, especialmente, su derecho a la identidad. La negativa de reconocimiento jurídico del vínculo familiar incidía además en el acceso a la nacionalidad, los derechos sucesorales y la responsabilidad parental. En efecto, estos derechos resultaban comprometidos por la decisión estatal de impedir el reconocimiento jurídico familiar entre padres e hijos.

En efecto, en la sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, luego de analizar la situación jurídica que suscita el caso, va a plantear que la actuación de Francia desborda el ordenamiento jurídico europeo, y ello en perjuicio de los niños y los padres demandantes. En la sentencia se consigna lo siguiente:

79 (...) La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée de la troisième requérante, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de son lien de filiation à l'égard de son père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

3.2.2.3 Caso Paradiso y Campanelli vs. Italia (Rec. 25358/2012). En este caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estudia la demanda formulada por Paradiso y Campanelli, una pareja de esposos heterosexual, de origen italiano y residentes en ese país, que decidieron viajar a Rusia para adelantar un proceso de gestación por sustitución. En el proceso contractual se estableció que los gametos masculinos serían aportados por el esposo contratante mientras que el óvulo sería donado.

Una vez se adelantó el proceso gestacional de manera exitosa, el niño es entregado a los padres contratantes italianos, quienes luego regresan con su hijo a Italia para buscar su registro ante dichas autoridades y de esa manera garantizarle su nacionalidad. Sin embargo, las autoridades italianas niegan el registro por considerar que la práctica del vientre subrogado no está permitida en Italia, aunado a que una prueba de ADN que se ordenó realizar prueba que arroja un resultado negativo, por lo que se concluye que el niño no es hijo biológico de la pareja de esposos Paradiso

y Campanelli. Inmediatamente se inició un proceso penal contra la pareja de esposos y el niño fue entregado al poco tiempo a una pareja, bajo la figura jurídica de la adopción.

Mediante Sentencia de 27 de enero de 2015 (TEDH, Sección 10ª), el Tribunal Europeo le da la razón a los demandantes, esto es, a los esposos Paradiso y Campanelli . En efecto, el Tribunal considera que el niño y sus los demandantes habían configurado una familia de facto, y esa relación había que protegerla en pro del interés superior del niño. Empero, el Estado italiano decide solicitar llevar el caso a la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los términos previstos en el numeral 1 del artículo 43 de la Convención para la Protección Europea de Los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Mediante Sentencia de 24 de enero de 2017 (TEDH, Gran Sala) decide revocar el fallo, y darle la razón al Estado Italiano, esto es, que entre el niño mencionado en la demanda y los esposos contratantes NO existe ningún vínculo genético o biológico y que los ocho (8) meses que alcanzaron a convivir estas tres (3) personas no son suficientes para concluir se constituyó una familia de hecho. Señaló que las medidas adoptadas por Italia respecto a la entrega en adopción del niño resultan razonables y proporcionales, y que esta decisión en manera alguna resultaba un perjuicio irremediable para el infante.

Para culminar este capítulo, considero relevante hacer propias las palabras de Cristina González Beilfuss, “La Gestación por Sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado” en que establece que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha está cerrada de manera definitiva a los pronunciamientos ya realizados, sino que, por el contrario, está abierta al debate y al análisis de las diversas situaciones que puedan presentarse en cada caso que se estudia. Sin lugar, a dudas, el hecho de que los países que hacen parte de su jurisdicción tengas posturas diversas frente el vientre subrogado se constituye en un verdadero reto

que tiene el alto tribunal. Argumentos que naturalmente se pueden y deben extender a los administradores de justicia en América, y concretamente en Colombia.

3.2.2.4 Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica - Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta ocasión, le correspondió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizar un caso relacionado con la prohibición general de la fecundación in vitro, cuyo antecedente se encuentra en la sentencia n.º 2000-02306 proferida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2000, mediante la cual se prohibió en ese territorio la práctica de la fecundación in vitro.

En esa oportunidad, la Corte Interamericana conoció un asunto derivado de la prohibición general de la fecundación in vitro en Costa Rica. La controversia se relacionó con las afectaciones a la vida privada y familiar, la integridad personal, la autonomía reproductiva y el derecho a fundar una familia de las personas que no pudieron acceder a esa técnica. El caso Gómez Murillo y otros culminó mediante la homologación de un acuerdo de solución amistosa, en el que el Estado asumió diversas medidas de reparación y garantías de no repetición. entre otros.

De este caso se destaca que los peticionarios y el Estado de Costa Rica llegaron a un Acuerdo Amistoso, con el cual se buscaba reconocer la responsabilidad del Estado y establece una ruta de atención que permite restablecer los derechos de las víctimas, y por supuesto reparar los

perjuicios ocasionados a éstas, en los términos previstos en la Convención de San José de Costa Rica. Este Acuerdo fue valorado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y finalmente homologado mediante la sentencia con la que concluye el caso.

Mediante sentencia del 29 de noviembre de 2016, la Corte Interamericana homologó el acuerdo de solución amistosa. Entre los compromisos asumidos por Costa Rica se incluyó iniciar, en un plazo razonable, una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad por subrogación como procedimiento para la procreación. Este antecedente resulta pertinente para la investigación porque incorpora expresamente la gestación por sustitución dentro de las medidas de no repetición acordadas en el ámbito interamericano.

4. De la responsabilidad del Estado por omisión legislativa en el caso de gestación por sustitución frente a los derechos fundamentales de los niños

La responsabilidad del Estado por omisión legislativa constituye uno de los escenarios más complejos de la teoría de la responsabilidad extracontractual en el derecho público colombiano. En el contexto de la gestación por sustitución, la falta de regulación normativa ha producido efectos adversos directamente relacionados con los derechos fundamentales de niños y niñas recién nacidos. Este capítulo busca analizar las condiciones bajo las cuales puede imputarse responsabilidad al Estado colombiano por no legislar de manera oportuna sobre esta figura, pese a los reiterados llamados de la Corte Constitucional en sus sentencias exhortativas.

Este análisis se construirá a partir de los cinco precedentes jurisprudenciales más relevantes en la materia: las sentencias T-968 de 2009, T-316 de 2018, T-275 de 2022, T-127 de 2024 y T-

232 de 2024. Cada una de ellas permite identificar contextos fácticos particulares en los cuales la ausencia de regulación legislativa generó vulneraciones concretas a derechos fundamentales de niños y niñas nacidos bajo la modalidad de gestación por sustitución.

La responsabilidad del Estado por omisión legislativa adquiere una especial relevancia cuando la inactividad del Congreso repercute en la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Tal es el caso de la gestación por sustitución, en el que la ausencia de un marco normativo ha dado lugar a vacíos jurídicos que afectan directamente a los niños y niñas nacidos bajo esta modalidad, así como a las familias y a las mujeres gestantes involucradas en el proceso.

La Corte Constitucional, mediante múltiples sentencias exhortativas, ha señalado que esta mora legislativa no constituye una simple ausencia, sino un incumplimiento de los deberes positivos del Estado en materia de protección reforzada de la infancia, la dignidad humana, la autonomía reproductiva y el derecho a conformar una familia. La falta de reglas claras en torno a la filiación, el registro civil, la nacionalidad, la seguridad social y la protección integral del niño ha permitido que situaciones altamente sensibles se resuelvan de manera fragmentaria en los estrados judiciales, con el consiguiente riesgo de decisiones dispares y de vulneraciones irreparables a los derechos de los más vulnerables.

4.1 Del régimen de responsabilidad frente a la omisión legislativa

En este orden de ideas, se abordará el estudio de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado derivados de la omisión legislativa en torno a la regulación de la gestación por sustitución. Como se indicó en la parte inicial de este trabajo, el régimen aplicable es el de la falla en el servicio, puesto que la inactividad del legislador configura un incumplimiento de los deberes constitucionales de protección y garantía de los derechos fundamentales, en especial

los de los niños y niñas, quienes gozan de una protección reforzada conforme al artículo 44 de la Constitución Política.

El análisis se desarrollará en tres apartados: en primer lugar, se examinará el daño antijurídico, entendido como la afectación a bienes y derechos constitucionalmente tutelados que los niños deben soportar de manera anormal y desproporcionada debido a la ausencia de reglas claras que los amparen desde el nacimiento. En segundo lugar, se estudiará el nexo causal, esto es, la relación de causalidad que se establece entre la inactividad legislativa y las vulneraciones concretas de derechos como la identidad, la salud y la seguridad social de los recién nacidos en casos de gestación por sustitución. Finalmente, se abordará la imputación jurídica, consistente en la atribución de responsabilidad al Estado, y en particular al Congreso de la República, por la mora en legislar sobre una materia que ha sido reiteradamente señalada por la Corte Constitucional como necesaria de regulación urgente.

De esta manera, se pretende demostrar cómo la ausencia normativa no constituye una simple laguna en el ordenamiento, sino una falla estructural en el servicio legislativo que produce consecuencias jurídicas y prácticas directas sobre los derechos fundamentales de los niños y niñas nacidos mediante gestación por sustitución en Colombia.

4.1.1 Del daño con ocasión en la omisión legislativa en gestación por sustitución

El punto de partida para el análisis de la responsabilidad del Estado por omisión legislativa es la determinación de la existencia de un daño antijurídico. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido este elemento como la afectación a un interés jurídicamente protegido, que el afectado no está en el deber de soportar, y que surge como consecuencia de la conducta activa u omisiva del Estado.

En el caso de la gestación por sustitución, la ausencia de un marco regulatorio claro genera múltiples escenarios de afectación directa a los derechos de los niños y niñas recién nacidos, que constituyen daños antijurídicos en la medida en que los niños resultan desprotegidos frente a circunstancias vitales que deberían estar amparadas por la ley. La Constitución Política, en su artículo 44, reconoce de manera expresa los derechos prevalentes de los niños —a la vida, la salud, la identidad, la seguridad social, la nacionalidad y a tener una familia—, lo que exige del Estado un nivel de protección reforzado.

En este contexto, la mora legislativa en regular la práctica de la gestación por sustitución se traduce en un daño antijurídico para el recién nacido cuando, por ejemplo:

Filiación e identidad: la imposibilidad de establecer de manera inmediata y clara quiénes son los padres legales del niño o niña, lo cual impide su inscripción en el registro civil de nacimiento. Esta falta de reconocimiento obstaculiza el acceso a derechos básicos como la nacionalidad y la identidad.

Acceso a la salud y seguridad social: la indefinición de la filiación conlleva que el niño o niña no pueda ser afiliado oportunamente al sistema de seguridad social ni a planes de medicina prepagada, situación que expone al niño o niña a un riesgo real frente a cualquier eventualidad médica inmediata.

Nacionalidad: en casos donde los padres biológicos son extranjeros no residentes en Colombia o cuando el nacimiento ocurre en el marco de acuerdos internacionales, la falta de regulación genera vacíos respecto al reconocimiento de la nacionalidad colombiana, lo que coloca al recién nacido en un estado de apatridia temporal.

Bienestar integral: la inseguridad jurídica en la que nacen los niños y niñas bajo esta práctica repercute en su derecho a tener una familia y a gozar de condiciones mínimas de

estabilidad emocional y material. La ausencia de certeza sobre quiénes ejercen la patria potestad debilita la protección integral del niño.

La inseguridad jurídica que rodea el nacimiento de un niño o niña mediante la gestación por sustitución genera un serio riesgo de afectación a su bienestar integral. En ausencia de un marco regulatorio claro, se compromete la posibilidad de garantizar la protección previa y oportuna en materia de salud, pues la falta de certeza sobre la filiación impide que el recién nacido pueda ser inscrito en planes de medicina prepagada o afiliado de manera inmediata al sistema de seguridad social. Esta incertidumbre, que se traduce en obstáculos para el registro del niño o niña por parte de sus padres biológicos, priva al niño o niña de acceder de forma inmediata y eficaz a los servicios médicos necesarios. En consecuencia, cualquier eventualidad o complicación de salud que se presente inmediatamente después del nacimiento no podrá ser atendida de manera adecuada, lo que constituye una vulneración directa a sus derechos fundamentales a la vida, la salud y el bienestar.

En suma, el daño antijurídico se concreta en la desprotección efectiva de derechos fundamentales que, por mandato constitucional, el Estado tiene la obligación de garantizar a los niños y niñas que nacen en el territorio colombiano. El legislador, al abstenerse de regular de manera clara el contrato de gestación por sustitución pese a los reiterados exhortos de la Corte Constitucional, incurre en una omisión que coloca a los niños en una situación de vulnerabilidad que no están en el deber jurídico de soportar.

4.1.1.1 De los bienes jurídicamente tutelados. La omisión legislativa en torno a la gestación por sustitución compromete de manera directa diversos derechos fundamentales

consagrados en la Constitución de 1991 y en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Entre ellos, destacan:

El derecho a la identidad y a la filiación (art. 14 C.P.): los niños y niñas nacidos bajo esta práctica enfrentan dificultades para ser registrados y obtener un estado civil claro, lo que afecta su reconocimiento jurídico y social.

El derecho a la nacionalidad (art. 96 C.P.): la falta de reglas claras sobre los efectos jurídicos de la subrogación, especialmente en casos internacionales, puede colocar a los recién nacidos en riesgo de apatridia.

El derecho a la familia y al cuidado parental (arts. 42 y 44 C.P.): la indefinición normativa sobre la filiación de los niños frente a los padres biológicos, puede generar disputas que desconocen el principio de unidad familiar y el interés superior del menor.

El derecho a la salud y a la seguridad social (art. 49 C.P.): sin una regulación que garantice acceso inmediato a servicios de salud y licencias parentales adecuadas, los niños nacidos por sustitución quedan expuestos a vacíos de protección.

El interés superior del menor (art. 44 C.P.): como cláusula de protección reforzada, exige que toda decisión estatal tenga como eje central el bienestar integral de los niños, lo cual se ve comprometido por la inacción legislativa.

Estos daños han sido reconocidos expresamente en las sentencias T-968 de 2009, T-316 de 2018, T-275 de 2022, T-127 de 2024 y T-232 de 2024, en las cuales la Corte advierte que el vacío normativo ha permitido la consolidación de escenarios contrarios al interés superior del menor.

4.1.2 Nexo de causalidad

Una vez establecido el daño antijurídico, el segundo elemento indispensable para estructurar la responsabilidad del Estado es la identificación del nexo causal que vincula dicho daño con la conducta estatal.

En este caso, la conducta se concreta en la mora legislativa frente a la regulación del

contrato de gestación por sustitución, pese a los múltiples exhortos de la Corte Constitucional dirigidos al Congreso de la República.

El nexo causal supone demostrar que la ausencia de un marco normativo es la causa directa de la vulneración de los derechos fundamentales de los niños y niñas nacidos bajo esta práctica. Esto significa que, de haberse expedido una regulación clara y suficiente, los daños no habrían ocurrido o, al menos se habrían reducido de manera significativa.

En este sentido, es posible establecer el vínculo causal en los siguientes escenarios:

Registro civil y filiación: La imposibilidad de inscribir al niño o niña en el registro civil de nacimiento de manera inmediata, por la ausencia de reglas claras sobre quién ostenta la calidad de madre legal (la gestante o la biológica), constituye un daño derivado directamente de la omisión legislativa. La incertidumbre sobre el reconocimiento de la filiación es atribuible a la falta de normas que precisen el alcance del contrato de gestación por sustitución.

Acceso a la salud y seguridad social: La demora en la afiliación del recién nacido al sistema de seguridad social en salud no es un hecho atribuible a los padres biológicos ni a la persona gestante, sino a la inexistencia de normas que permitan resolver de manera expedita la filiación. En consecuencia, la omisión legislativa es el factor determinante que genera el daño.

Nacionalidad y estado civil: En contextos internacionales, la falta de previsión legal sobre la nacionalidad del niño o niña nacido por gestación por sustitución en Colombia o en el extranjero puede generar riesgos de apatridia. La literatura reciente ha destacado, a propósito de la Sentencia T-232 de 2024, que este riesgo constituye una de las manifestaciones más graves del vacío normativo colombiano (Muñoz Gómez & Arbeláez Luna, 2025).

ocasiona que los niños enfrenten riesgos de apatridia. La relación causal es directa: la inexistencia de un marco regulatorio impide la garantía efectiva de la nacionalidad, derecho fundamental previsto en el artículo 96 de la Constitución.

Protección integral y bienestar: La inseguridad jurídica sobre la patria potestad y el reconocimiento de los padres biológicos impacta negativamente en el derecho a tener una familia y a crecer en condiciones de dignidad. Tal afectación encuentra su causa inmediata en la omisión del legislador, pues de existir un estatuto regulatorio, tales vacíos se resolverían sin dilaciones.

En consecuencia, el nexo causal se configura en tanto el daño que sufren los niños y niñas —la falta de acceso oportuno a salud, identidad, nacionalidad y protección integral— surge como resultado inmediato y directo de la inactividad legislativa.

En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha reiterado en las sentencias exhortativas, que la falta de regulación del contrato de gestación por sustitución genera un escenario de inseguridad jurídica que repercute directamente en la vulneración de los derechos fundamentales de los niños o niñas. Así, la omisión legislativa no es un hecho neutro, sino un factor determinante que establece la conexión causal necesaria para estructurar la responsabilidad estatal.

4.1.3 La imputación jurídica al Estado por la omisión legislativa en materia de gestación por sustitución

Finalmente, el tercer elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado es la imputación jurídica, esto es, la atribución del daño antijurídico al ente público en razón de su deber constitucional de actuar.

La imputación parte de un presupuesto básico: el Estado colombiano, a través del Congreso de la República, tiene el deber jurídico de desarrollar normativamente los mandatos constitucionales cuando exista una obligación suficientemente determinada de actuación, con especial consideración de los derechos prevalentes de los niños y niñas. Los exhortos de la Corte Constitucional constituyen un elemento relevante para concretar ese deber, aunque su fuerza y

alcance deben analizarse según el contenido de cada providencia y sin desconocer la libertad de configuración legislativa.

La falla en el servicio se concreta en este caso como una falla por omisión, pues el legislador no desplegó la diligencia mínima exigida para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales comprometidos. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que la falla por omisión ocurre cuando una autoridad pública deja de ejercer las competencias que le corresponden, generando un daño cierto y antijurídico para el administrado.

4.1.3.1 Fundamento constitucional de la imputación. El artículo 90 de la Constitución establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. En el caso de la gestación por sustitución, la imputación propuesta en esta investigación se relaciona con la persistencia de un vacío regulatorio sobre una realidad social conocida y reiteradamente advertida por la Corte Constitucional, particularmente en las sentencias T-968 de 2009, T-316 de 2018, T-275 de 2022, T-127 de 2024 y T-232 de 2024.

En dichos pronunciamientos, la Corte reconoció expresamente la existencia de un vacío normativo y urgió al legislador a expedir una regulación que resolviera los conflictos derivados de la filiación, la nacionalidad, la identidad y la protección de los niños o niñas. La omisión en atender estos mandatos, prolongada en el tiempo, constituye una conducta estatal reprochable en tanto genera escenarios de vulneración sistemática de derechos fundamentales.

4.1.3.2 Criterios de imputación en sede jurisprudencial. Para estructurar la imputación, la doctrina y la jurisprudencia han utilizado diferentes criterios, entre los cuales se destacan:

La posición de garante: El Estado, como garante de los derechos fundamentales de los niños y niñas, no puede permanecer pasivo frente a un vacío normativo que impide su ejercicio efectivo. Al incumplir su deber de legislar, desconoce su rol de garante.

El principio de confianza legítima: Los ciudadanos tienen una expectativa legítima de que el legislador responderá a los llamados de la Corte Constitucional y cumplirá con su deber de regular prácticas que afectan derechos fundamentales. La inactividad legislativa rompe dicha confianza.

El deber de prevención del daño: La responsabilidad del Estado también se funda en su obligación de prevenir riesgos previsibles. La gestación por sustitución, como técnica reproductiva usada en Colombia desde hace más de dos décadas, presentaba riesgos ciertos de vulneración de derechos que el legislador debió anticipar y regular.

4.1.4 Imputación en el caso colombiano

En el contexto colombiano, la imputación de la omisión legislativa en materia de gestación por sustitución se sustenta en tres factores:

El deber incumplido: el Congreso no legisló pese a los cinco exhortos expresos de la Corte Constitucional.

El daño cierto y actual: los niños y niñas nacidos mediante gestación por sustitución enfrentan problemas de filiación, nacionalidad, registro civil y acceso a salud.

La relación causal: la atribución exige demostrar, en cada caso concreto, que la ausencia de regulación fue determinante en la producción o agravación del daño. Si el perjuicio deriva exclusivamente de una conducta particular independiente del vacío normativo, no puede imputarse automáticamente al Estado legislador.

En consecuencia, el Estado colombiano resulta imputable en el marco del artículo 90 constitucional por falla en el servicio legislativo, consistente en la omisión injustificada de expedir la regulación necesaria para garantizar los derechos fundamentales de los niños o niñas.

En consecuencia, la investigación concluye que puede configurarse responsabilidad del Estado por falla en el servicio legislativo cuando concurren un deber jurídico concreto de actuación, un daño antijurídico cierto, un nexo causal probado y la imputación jurídica al Estado legislador. Esta conclusión refuerza la necesidad de avanzar hacia una regulación integral que prevenga daños futuros, otorgue seguridad jurídica a las familias y garantice de manera efectiva el interés superior de los niños y niñas.

Referencias

Bielsa, R. (1996). Derecho administrativo (Tomo VI). La Ley.

Cámara de Representantes. (2025a). Proyecto de Ley Estatutaria 551 de 2025 Cámara: Por medio de la cual se reglamenta la gestación por sustitución en Colombia, se prohíbe con fines lucrativos, se garantizan los derechos de la mujer, los niños y niñas, y se dictan otras disposiciones.

<https://www.camara.gov.co/gestacion-por-sustitucion-456/>

Cámara de Representantes. (2025b). Proyecto de Ley Estatutaria 046 de 2025 Cámara: Por medio de la cual se reglamenta la gestación por sustitución en Colombia, se prohíbe con fines lucrativos, se garantizan los derechos de la mujer, los niños y niñas, y se dictan otras disposiciones.

<https://www.camara.gov.co/gestacion-por-sustitucion-315/>

Cámara de Representantes. (2026). Proyecto de Ley 052 de 2026 Cámara: Por medio de la cual se prohíbe la gestación subrogada en el territorio nacional, se previene la explotación reproductiva de la mujer y la trata de niñas y niños con fines reproductivos, se establece un régimen de control sobre las técnicas de reproducción humana asistida vinculadas a dicha práctica, y se dictan otras disposiciones.

<https://www.camara.gov.co/prohibicion-de-la-gestacion-subrogada/>

Casanova Aza, A. L. (2025). La maternidad subrogada en Colombia: un ejercicio de derecho comparado sobre regulación, derechos fundamentales y obligaciones internacionales. Revista Científica Codex, 9(17). <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/9337>

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (1998, 25 de agosto). CE-SP-EXP 1998 NIJ001 (M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros).

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2001, 1 de noviembre). Radicado interno 13002 (M. P. María Helena Giraldo Gómez).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (2013, 13 de marzo). Radicado interno 28769 (M. P. Danilo Rojas Betancourth).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (2018, 14 de diciembre). Radicado interno 29849 (M. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas).

Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-543 de 1996 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

- Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-038 de 2006 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).
- Corte Constitucional. (2007). Sentencia C-831 de 2007 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).
- Corte Constitucional. (2009). Sentencia T-968 de 2009 (M. P. María Victoria Calle Correa).
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia T-316 de 2018 (M. P. Cristina Pardo Schlesinger).
- Corte Constitucional. (2022). Sentencia T-275 de 2022 (M. P. Cristina Pardo Schlesinger).
- Corte Constitucional. (2024a). Sentencia T-127 de 2024.
- Corte Constitucional. (2024b). Sentencia T-232 de 2024 (M. P. Natalia Ángel Cabo).
- Supreme Court of New Jersey. (1988). In re Baby M, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988).
- European Court of Human Rights, Grand Chamber. (2017, 24 de enero). Paradiso and Campanelli v. Italy (Application No. 25358/12).
- European Court of Human Rights. (2014, 26 de junio). Labassee v. France (Application No. 65941/11).
- European Court of Human Rights. (2014, 26 de junio). Mennesson v. France (Application No. 65192/11).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016, 29 de noviembre). Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica. Sentencia. Serie C No. 326.
- Garcés Garcés, H., & Gaona García, D. C. (2024). Aspectos de la eficacia del contrato de maternidad subrogada respecto de las obligaciones de la madre sustituta durante el periodo de gestación. *Revista de Bioética y Derecho*, (61). <https://doi.org/10.1344/rbd2024.61.44217>
- Lugo-Garrido, J. A. (2020). Responsabilidad del Estado por omisión legislativa y su desarrollo jurisprudencial en Colombia [Trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia]. <https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/69ae6ea6-29ac-4279-9fc1-5998d6b6db00>
- Góez Colorado, J. P. (2024). Efectos negativos de la ausencia de regulación de la maternidad subrogada en Colombia. *Opinión Jurídica*, 23(49), 1-28. <https://doi.org/10.22395/ojum.v23n49a41>
- Gómez Córdoba, A. I., Luna Benitez, M. C., & Borda Restrepo, D. (2024). Maternidad subrogada en Colombia: explorando desafíos y preguntas sin resolver. *Meridiano - Revista Colombiana de Salud Mental*, 3(1). <https://doi.org/10.26852/28059107.734>
- Marienhoff, M. S. (1997). Tratado de derecho administrativo (Tomo IV). Abeledo-Perrot.

- Molina-Ricaurte, C. J. (2024). Horizontes de la maternidad subrogada en Latinoamérica: un análisis desde la investigación y la educación jurídica. *Jurídicas*, 21(1), 43-63. <https://doi.org/10.17151/jurid.2024.21.1.3>
- Muñoz Gómez, D. S., & Arbeláez Luna, D. (2025). Niños y niñas nacidos por maternidad subrogada en condición apátrida. *Revista de Derecho*, 24(47), e474. <https://doi.org/10.47274/DERUM/47.4>
- González Noriega, O. C. (2016). La omisión legislativa como hecho generador de la responsabilidad patrimonial del Estado. *Verba Iuris*, 35, 41-63. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.35.5>
- Peña Cuellar, D. M. (2022). La responsabilidad del Estado con ocasión a las omisiones legislativas a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991. *Via Inveniendi et Iudicandi*.
- Ortega-Ruiz, L. G. (2018). El acto administrativo en los procesos y procedimientos. Universidad Católica de Colombia.
- Arenas Uribe, C., & Jiménez Uscátegui, M. (2001). La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana].
- Valle, R. H. (2006). El principio de igualdad y las omisiones legislativas. En *Derecho constitucional para el siglo XXI: Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*.
- Vargas, A. M. (2013). Tipologías de las sentencias exhortativas de la Corte Constitucional colombiana. Universidad de los Andes.
- Vedel, G. (1986). *Derecho administrativo*. Aguilar.