

MATERNIDAD SUBROGADA COMO FUENTE DE FILIACIÓN

PRESENTADO POR:

JENNY ALEXANDRA BUITRAGO VEGA

ADRIANA LUCÍA CASTRO SIERRA

DIRECTOR DE TESIS:

JOSÉ EDUARDO VALDERRAMA

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE TUNJA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO PRIVADO

TUNJA, 2025

Agradecimientos:

A Dios, por guiarnos en cada paso de este viaje académico y darnos la fuerza y perseverancia para poder dar un paso más a nuestros sueños. A nuestras familias; esposos e hija por apoyarnos con amor y resiliencia en nuestra educación y crecimiento profesional; a nuestro tutor, Doctor José Valderrama por su entrega, su don de enseñanza y disciplina al momento de encaminarnos en cada tras pies que dábamos; a nuestro Docente de investigación Hugo Guerrero por orientarnos y mostrarnos que podíamos investigar cuando nosotras no creíamos ser habilidosas. Esta tesis es un tributo a la colaboración, paciencia y comprensión que hemos logrado construir como compañeras y amigas.

Contenido

INTRODUCCIÓN	7
<u>1 CAPITULO I. DESCUBRIENDO UN VÍNCULO PRESTADO</u>	<u>9</u>
1.1 CONCEPTO DE SUBROGACIÓN UTERINA PARA LA GESTACIÓN O MATERNIDAD SUBROGADA	9
1.2 RESEÑA HISTÓRICA	11
1.3 CLASIFICACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN SEGÚN LA CONTRIBUCIÓN GENÉTICA	13
1.3.1 CONCEPCIÓN SUBROGADA CLÁSICA	13
1.3.2 GESTACIÓN SUBROGADA GESTACIONAL	14
1.4 MODALIDADES DE LA GESTACIÓN SUSTITUTA O SUBROGADA	15
1.4.1 MATERNIDAD SUBROGADA PARCIAL	15
1.4.2 MATERNIDAD SUBROGADA TOTAL	15
1.4.3 MATERNIDAD SUBROGADA ALTRUISTA	16
1.4.4 MATERNIDAD SUBROGADA COMERCIAL	16
1.4.5 MATERNIDAD SUBROGADA FRAGMENTADA	17
1.5 LA FILIACIÓN	18
1.5.1 MATERNIDAD SUBROGADA COMO FUENTE DE FILIACIÓN Y SUS DIFICULTADES ENTORNO A LA FILIACIÓN.	19
1.5.2 SUPREMACÍA DEL INTERÉS DEL MENOR ANTE LA MATERNIDAD SUBROGADA	23
1.5.3 DERECHO A LA IDENTIDAD DEL INFANTE	25
1.6 ESTUDIO CONTRACTUAL ENTORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA	28
<u>2 CAPITULO II. HORIZONTES LEGALES, UN DEBATE GLOBAL DESDE TRES JURISDICCIONES. UN ANÁLISIS JURÍDICO COMPARADO DE: ESPAÑA, URUGUAY Y CALIFORNIA (EE. UU.)</u>	<u>31</u>
2.1 MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA	31
2.1.1 SISTEMA JURÍDICO Y NORMATIVIDAD VIGENTE	31
2.2 MATERNIDAD SUBROGADA EN URUGUAY	43

	4
2.2.1 SISTEMA JURÍDICO Y NORMATIVIDAD VIGENTE	43
2.2.2. PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO URUGUAYO, REFERENTE A LA MATERIA	47
2.2.2 JURISPRUDENCIA DE URUGUAY SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA	49
2.3 MATERNIDAD SUBROGADA EN CALIFORNIA (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)	50
2.3.1 SISTEMA JURÍDICO Y NORMATIVIDAD VIGENTE	50
2.3.2 PRINCIPIOS JURÍDICOS APLICABLES AL DERECHO COMPARADO EN EL ESTADO DE CALIFORNIA (EE. UU).	52
2.3.3 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE CALIFORNIA EN MATERIA DE MATERNIDAD SUBROGADA.	54
2.4 UN ANÁLISIS JURÍDICO COMPARADO DE LOS CRITERIOS LEGALES	56
 3 CAPÍTULO III. UNA FISURA UTERINA EN EL ESTADO COLOMBIANO	 58
 3.1 FILIACIÓN EN COLOMBIA	 58
3.1.1 FILIACIÓN BAJO MATRIMONIO	59
3.1.2 FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL	59
3.1.3 LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL SE REFIERE A LA SITUACIÓN DE LOS HIJOS QUE NACEN FUERA DEL MATRIMONIO. EN ESTOS CASOS, LA FILIACIÓN PUEDE ESTABLECERSE DE VARIAS MANERAS:	59
3.1.4 DERECHOS Y DEBERES	60
3.2 MATERNIDAD SUBROGADA	61
3.2.1 MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL COLOMBIANO	61
 4 CAPÍTULO IV DESAFÍOS JURÍDICOS	 71
 4.1 PRINCIPALES DIFICULTADES	 71
4.1.1 VIABILIDAD DE LA FACTIBILIDAD NORMATIVA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	73
4.1.2 ¿PUEDE LA MATERNIDAD SUBROGADA CONSTITUIR UNA FUENTE LEGÍTIMA DE FILIACIÓN EN COLOMBIA?	74
4.2 PRINCIPALES OBSTÁCULOS	76

	5
4.3 CASOS	78
<u>5 CONCLUSIONES</u>	<u>81</u>
<u>REFERENCIAS</u>	<u>86</u>

Índice de Tablas

Tabla 1.....	56
Tabla 2.....	57
Tabla 3.....	64
Tabla 4.....	66

Introducción

La maternidad subrogada se ha consolidado como una alternativa dentro del ámbito del desarrollo de técnicas de reproducción asistida, el cual tiene un fin único, que personas y/o parejas, que enfrentan impedimentos médicos o personales, puedan concretar su deseo de conformar una familia. No obstante, dicha práctica ha suscitado intensos debates en los ámbitos jurídico, social, ético; lo cual, ha puesto en tela de juicio la garantía de la protección integral de las partes involucradas, bajo la necesidad de contar con un marco normativo efectivo.

Desde un enfoque de derecho comparado, la maternidad subrogada plantea cuestiones complejas, relacionadas con los derechos de los padres intencionales, la dignidad de las mujeres gestantes y la situación legal de los niños o niñas que nacen a través de estas técnicas. Además, se observa una clara heterogeneidad en las formas en que diferentes naciones han regulado este fenómeno.

Dentro de la investigación, se realizará un contraste de los sistemas normativos de España, Uruguay y el Estado de California (Estados Unidos); donde su desarrollo, se enfocará en el análisis de la filiación derivada de la maternidad subrogada; ya que, estas jurisdicciones han adoptado enfoques jurídicos diferenciados y cuya experiencia, resulta ilustrativa para la realidad colombiana, especialmente ante el vacío legal existente en esta materia.

Por lo tanto, en el contexto colombiano, desde el fallo de la Corte Constitucional, ha definido la maternidad subrogada en la *Sentencia T-968 de 2009*, así:

Como el proceso reproductivo, que da lugar al nacimiento de un niño o niña, gestado por una mujer que, al establecer un acuerdo de renunciar a sus derechos parentales a favor de otra mujer y/o hombre de que será reconocido como madre o padre del menor (Corte Constitucional, 2009).

Sin embargo, dicho pronunciamiento se limitó a una definición conceptual sin establecer la legalidad o ilegalidad de la práctica; lo que, evidencia la carencia de una regulación específica que brinde seguridad jurídica a quienes optan por esta técnica.

Por otro lado, en el Código Civil colombiano, se registra la legalidad de dos únicas formas de filiación, como lo son: (i) la natural y (ii) la adoptiva, lo cual, permite hacerse el interrogante, si la tercera vía jurídicamente válida sería la maternidad subrogada y cuáles serían sus implicaciones jurídicas, sociales y éticas.

Esta investigación se desarrollará bajo un enfoque descriptivo y comparado, orientado a examinar las legislaciones y desarrollo jurisprudencial en países que han abordado de manera explícita esta temática. El análisis incluirá un estudio detallado de los principios jurídicos, marcos regulatorios y avances doctrinales en España, Uruguay y California, a fin de identificar elementos que puedan ser adaptables al contexto colombiano.

Se abordarán, igualmente los conceptos fundamentales relacionados con la maternidad, la filiación y la maternidad subrogada, incluyendo sus distintas modalidades (altruistas y comercial), para luego emprender, un estudio comparativo de las regulaciones vigentes en los ordenamientos seleccionados; con base en ello, se evaluarán las implicaciones de una eventual incorporación normativa en Colombia; con el fin, de promover la seguridad jurídica y la garantía de los derechos fundamentales de los individuos implicados.

En suma, a pesar de los progresos en la ciencia y la tecnología en el ámbito de la reproducción asistida y la gestación subrogada, sigue siendo objeto de controversias; es por ello, que la visión de este documento, es aportar a la elaboración de un marco legal completo e integro, que no solo contemple los avances biomédicos recientes, sino que también, salvaguarde en estos procesos, los derechos fundamentales, la dignidad humana y la certeza jurídica de quienes intervienen como parte.

1 CAPITULO I. Descubriendo un vínculo prestado

1.1 Concepto de subrogación uterina para la gestación o maternidad

subrogada

La maternidad subrogada, llamada también como alquiler de vientre o maternidad por sustitución; este, es un procedimiento a través del cual, una mujer (*gestante o madre sustituta*) concibe y da a luz a un niño o niña para otra persona o pareja, quienes se convertirán en los padres intencionados o comitentes del infante (Cindy, 2010).

Conceptualmente, se inicia desglosando los conceptos materia de estudio, en razón de evitar conflictos futuros; cuando se habla de maternidad subrogada se pueden configurar dos eventos, en primer término, cuando se hace referencia a subrogar, corresponde al significado de remplazar o colocar a una persona o cosa en la posición de otra persona o cosa. En este contexto, hace referencia, al inicio de un proceso, donde una mujer tiene la capacidad de producir óvulos, pero debido a problemas en el útero o sus propias condiciones físicas, no es capaz de llevar a cabo un embarazo; por esto, solicita la asistencia de otra mujer que “*preste o sustituya*” su útero, convirtiéndose ella, en la mujer gestante del óvulo; así, ambos padres contribuyen con los espermatozoides y óvulos para la concepción y desarrollo de su hijo. (Karchmer, 2019).

En un segundo aspecto, para las parejas que enfrentan problemas de fertilidad, donde la mujer no puede generar óvulos y el hombre enfrenta dificultades para concebir, se puede optar, por utilizar donantes de esperma y una mujer dispuesta a ser inseminada artificialmente; en esta circunstancia, se conoce como embriódonación al proceso que concluye con la gestación. (Mir, 2010).

Las ideas previamente formuladas emergen debido a la evolución de innovadoras metodologías en la reproducción asistida; las cuales, son definidas médicamente como:

El conjunto de técnicas biomédicas que permiten o reemplazan los procedimientos biológicos inherentes a la reproducción humana, tales como, la descarga del semen en el

tracto vaginal, el desplazamiento de los espermatozoides a través de los conductos reproductivos de la mujer, la activación del espermatozoide tras la eyaculación, la unión del óvulo y el espermatozoide, entre otros (Solis, 2000).

Respecto a este asunto, es común emplear diversas maneras de referirse a él, incluyendo el término subrogación; de acuerdo con la definición proporcionada por la Real Academia Española [RAE], el término subrogado se refiere a “sustituir o colocar a alguien o algo en el lugar de otra persona” (RAE,2001). No obstante, esta explicación no logra abarcar, la amplitud que se presenta con las técnicas de reproducción asistida.

En el contexto legal, el concepto de "subrogación" se refiere a la acción de reemplazar, ya sea un objeto o un individuo; en esta situación, se trataría de reemplazar a una mujer por otra. Sin embargo, el proceso de subrogación implica responsabilidades, especialmente cuando se intercambia a un acreedor por otro, lo cual, es inaplicable en el caso de la maternidad subrogada, dado que la mujer que es contratada no puede ser sustituida por la mujer que la contrata (Guerra, 2019).

Por ende, la maternidad subrogada se define como un acuerdo en el que una mujer, con un estado de fertilidad óptimo, acepta llevar a cabo un embarazo mediante métodos de reproducción asistida, que pueden incluir inseminación artificial o fecundación in vitro. Es por ello, que el propósito de este embarazo es que, al nacer, el bebé sea entregado a otra persona o pareja, quienes lo criarán como si fuera su propio hijo; por lo tanto, la mujer que gestó el bebé renuncia a sus derechos y responsabilidades parentales, lo que da origen al término maternidad por sustitución.

Así, se establece una relación en la que la madre biológica es reemplazada por la madre subrogante, existiendo al final dos figuras maternas; este procedimiento suele realizarse con el objetivo de obtener una compensación económica, aunque en algunas ocasiones se realiza con fines altruistas. (Martinez & Henry, 2018).

Ahora bien, en el proceso de la gestación subrogada, se lleva a cabo la colocación de un embrión que posee un perfil genético distinto al de la mujer que lo lleva

en su vientre; ya que, corresponde a la pareja que enfrenta dificultades para concebir. Este procedimiento de gestación en el cuerpo de otra persona, puede llevarse a cabo de diversas formas, así como mediante técnicas de manipulación genética; se puede afirmar que la introducción de un embrión de terceros en el organismo de la mujer gestante o portadora, es lo que se conoce como “maternidad subrogada” en su sentido más estricto (Britos, 2012).

Por lo anterior, se puede reconocer que existen diversas razones por las cuales una pareja o un individuo decide solicitar la realización de este procedimiento; entre las razones más relevantes se encuentran: la infertilidad o esterilidad que impide a la persona o pareja completar un embarazo, la incapacidad de afrontar las posibles "consecuencias" durante el periodo gestacional, y así mismo, las parejas del mismo sexo, que expresan su deseo de ser padres y deseen tener un hijo.

1.2 Reseña histórica

Ahora bien, la gestación subrogada, es un entendimiento en el que una mujer se compromete a concebir y dar a luz a un bebé que será entregado a otra persona o pareja; pero, lo largo del tiempo, esta noción ha cambiado considerablemente, desde sus referencias en escritos antiguos hasta su actual estatus como práctica legal en numerosas naciones. En la antigüedad, la maternidad subrogada se mencionaba en textos religiosos y mitológicos. Por ejemplo, en la Biblia, el relato de Abraham y Sara incluye a Agar, una esclava que dio a luz al hijo de Abraham debido a la infertilidad de Sara. Este tipo de arreglos eran comunes en varias culturas antiguas como una solución a la infertilidad.

Posteriormente, gracias a los progresos en el campo médico y en la tecnología reproductiva a lo largo del siglo XX, se concretó el primer acuerdo de gestación subrogada; este proceso, que se realizó mediante inseminación artificial, fue registrado en 1976 por *Noel Keane*, un abogado establecido en Dearborn, Michigan, Estados Unidos,

quien fundo, *Surrogate Family Service Inc*; con el propósito de brindar apoyo a las parejas que enfrentaban dificultades para concebir, agilizando el acceso a madres sustitutas y organizando los requisitos requeridos para la subrogación. (Meinke, 2001).

Seguidamente, en el mismo país por el año de 1986, se dio una controversia en cierto caso; ya que, en éste la mujer gestante o madre sustituta, se arrepintió de entregar a la bebé recién nacida, aun existiendo entre los intervinientes un acuerdo previamente firmado. En este caso, la mujer había recibido la inseminación con los espermatozoides del hombre, de la pareja con la que había hecho el contrato; donde el conflicto presentado llegó hasta la justicia en el que, se decidió darle el derecho sobre el bebé al varón contratante pero también permitirle realizar visitas a la madre sustituta. Este caso muestra los diversos desafíos éticos y complicaciones que pueden presentarse en estos procesos de maternidad por subrogación al momento de establecer derechos y responsabilidades parentales (Camacho, 2009).

Ahora bien, en la actualidad, se observa un notable incremento en el interés por parte de hombres homosexuales hacia la maternidad subrogada, que se ha configurado como una vía legítima para ejercer la paternidad, tanto para hombres solteros como para parejas del mismo sexo. En tales situaciones, quienes están en camino de ser padres suelen buscar a una mujer dispuesta a llevar el embarazo, optando por usar su propio óvulo o uno proveniente de un donante, sumado al material genético de uno de los miembros de la pareja. No obstante, este tipo de subrogación ha enfrentado múltiples críticas, tanto por los dilemas éticos que presenta la técnica en sí, como por los estigmas ligados a la orientación sexual de quienes desean ser padres.

Las objeciones más frecuentes es que este tipo de familia priva al niño o la niña de una figura materna durante su crecimiento, a pesar de que la gestante solo participe de forma temporal. Sin embargo, esta perspectiva deja de lado los progresos en la

normativa sobre los derechos del colectivo LGBTIQ+ y el principio que prioriza el bienestar del menor, el cual, no se limita a las familias tradicionales.

De este modo, La gestación subrogada ha emergido como un tema que genera un extenso debate a nivel mundial, considerando sus implicaciones éticas, legales y sociales, mientras que algunas jurisdicciones han optado por establecer regulaciones rigurosas para supervisar esta práctica, otras han elegido prohibirla por completo. A pesar de las diferencias en las regulaciones, sigue existiendo un intercambio de ideas sobre los derechos de las mujeres embarazadas, además de los padres que buscan tener hijos de manera intencional y los pequeños que vienen al mundo a través de este método, lo que subraya la necesidad apremiante de crear legislaciones inclusivas que proporcionen seguridad legal, resguarden los derechos fundamentales de todos los involucrados y reconozcan la diversidad de las familias en las sociedades actuales.

1.3 Clasificación de la gestación por sustitución según la contribución genética

La maternidad subrogada, es una técnica de procreación asistida donde una mujer gestante, decide desarrollar un embarazo en nombre de otra persona o pareja (padres intencionales); donde esta circunstancia se ha venido definiendo a través del presente documento; sin embargo, hay aspectos aún más profundos y claves que consisten en configurar estos acuerdos, como lo es el aporte genético de los involucrados, su medos y medios. Para ello, hay diferentes tipos de gestación subrogada según la contribución genética que la mujer gestante ofrezca al infante:

1.3.1 Concepción subrogada clásica

Este modelo de gestación, ocurre cuando la mujer que actúa como portadora, proporciona también sus *óvulos o gametos* a través de un procedimiento de inseminación artificial, lo que implica, que ella será la madre biológica del bebé que nacerá. En este

enfoque de gestación, no es relevante si el semen proviene del padre intencional o de un donante. (Lamm, 2012).

1.3.2 Gestación subrogada gestacional

En este caso, la técnica de la fecundación in vitro, se emplea para implantar el embrión en una madre gestante, lo que implica que no hay vínculo genético entre ella y el niño que resultará de este proceso; razón por la cual, los padres biológicos son los contratantes, al ser ellos quienes donen el material genético (óvulos y espermatozoides) (Sambrizzi, 2012).

Además de las tipologías principales de gestación por sustitución, antes mencionadas también, existen subtipos o subprocesos que se diferencian según el aporte genético y las circunstancias particulares de cada proceso. A continuación, se describe minuciosamente los subtipos y así, proporcionar una comprensión más profunda de las diferencias que existen en la gestación subrogada:

a) Se lleva a cabo la implantación del embrión que resulta de la combinación genética de dos donantes, donde ni la mujer que lleva el embarazo ni los futuros padres biológicos tienen conexión genética con el recién nacido.

b) Se efectúa la implantación del embrión en la mujer que actúa como sustituta, generándose este a partir del material genético de un donante y de uno de los padres intencionales, lo que establece un lazo genético entre el bebé y uno de los progenitores.

c) En este determinado caso, el embrión se implanta en la mujer que va a ser la sustituta, con el material genético proveniente de las dos madres, la madre gestante y la madre intencional. (Itxasne Abásolo, 2019).

En resumen, la gestación por sustitución presenta diversas modalidades, desde los tipos principales hasta los subtipos específicos según el aporte genético y las circunstancias particulares. Esta complejidad subraya la necesidad de un entendimiento profundo y una regulación adecuada que consideren las implicaciones éticas, legales y

sociales de cada caso. Por ende, el caso que más se presenta es el de subrogación intencional, porque en este, la mujer con deseo de ser madre intencional tuviera la oportunidad, sería responsable de proporcionar su material genético (Barandika, 2019).

1.4 Modalidades de la gestación sustituta o subrogada

Dentro del contexto de la gestación subrogada, las alternativas presentes difieren significativamente, en función de los aspectos genéticos y las particularidades de cada pacto. Esta sección tiene como objetivo explorar las diferentes modalidades de la maternidad subrogada, proporcionando una comprensión detallada de las opciones existentes. Desde la subrogación total, parcial, altruista y fragmentada.

1.4.1 Maternidad subrogada parcial

La maternidad subrogada parcial, o gestación por sustitución tradicional, es una forma que implica un lazo genético entre la madre gestante y el infante. Este proceso, surge cuando una mujer que no puede procrear, utiliza sus propios óvulos para ser fertilizados, ya sea a través de inseminación artificial con el espermatozoides de su pareja o un donante; posteriormente, el embrión resultante se implanta en el útero de la madre subrogada, quien no tiene ninguna relación genética con el bebé. Una vez que se lleva a cabo el parto, el recién nacido es entregado a la madre biológica o a la pareja que lo ha contratado. Esta modalidad de subrogación también se conoce como *alquiler de vientre* y puede implicar un acuerdo financiero para la madre sustituta. (Caballero, 2021).

1.4.2 Maternidad subrogada total

Ahora bien, la subrogación total, conocida también como subrogación plena, representa el modelo más tradicional del tema objeto de estudio; en este enfoque, la mujer que lleva a cabo la gestación, utiliza tanto sus propios óvulos y se encarga de todo el proceso del embarazo. En esta situación, la madre gestante es también la madre biológica del infante, porque ella proporciona sus óvulos para ser fertilizados con el

esperma de la persona que será el padre o mediante un donante anónimo. De este modo, la mujer no solo aporta sus óvulos, sino que también ofrece su vientre, lo que convierte al bebé en el hijo/a biológico/a de la madre subrogada; sin embargo, ulteriormente, deberá entregar al niño a la pareja que asumirá la responsabilidad de paternidad, pudiendo establecerse un acuerdo legal en favor de la madre subrogada. (Olavarría, 2023).

1.4.3 Maternidad subrogada altruista

Es aquel proceso, donde una mujer se somete a tratamientos de inseminación o fecundación in vitro para concebir y llevar a término un bebé, que posteriormente cederá a otra persona, sin recibir ningún tipo de pago por ello. La maternidad subrogada altruista, según Piña (2018) es aquella, que se lleva a cabo entre familiares como hermanas, hijas y sobrinas, y en tiempos recientes incluso abuelas han actuado como gestantes; esta acción, se realiza sin ningún tipo de compensación económica o expectativa de retorno, es decir, no persigue un objetivo lucrativo. En este modelo de maternidad, la mujer que lleva a cabo la gestación, ofrece su útero como un acto de apoyo y desinterés hacia la persona o pareja que desea tener hijos pero que no puede lograrlo sin ayuda, por lo que recurren a la subrogación; por lo tanto, en ciertas ocasiones, se cubren los costos médicos o legales que puedan surgir y por ello, en cierto modo, es una de las prácticas más aceptadas y con menos cuestionamientos en la sociedad.

1.4.4 Maternidad subrogada comercial

Se trata de un proceso en la cual, a diferencia de la maternidad subrogada sin fines de lucro, se anticipa una retribución monetaria; es por ello, que en este tipo de maternidad, la mujer sustituta solicita pago o remuneración a cambio de llevar su embarazo. Esta clase de maternidad ha sido cuestionada en varias partes del mundo, ya que se considera como una explotación comercial, sin embargo, es ampliamente practicada en países como la India en los que se exige retribución para la persona que

queda en gestación en lugar de la que no puede, a parte, que se cubran los gastos relacionados con esta desde la concepción hasta el alumbramiento, siempre y cuando este acordado en el convenio o acuerdo que se ha efectuado entre las partes (Rodríguez k. M., 2021).

En esta modalidad cabe resaltar que lo miraremos más detenidamente, dado que es un punto neurálgico en el presente artículo, pues es por esta modalidad donde el concepto de remuneración por servicios, que puede ser pagado en dinero o en especie, ha enfrentado oposición en ciertos sectores del pensamiento académico, al interpretarse que favorece la explotación de mujeres con pocos recursos y el turismo reproductivo, tal como se evidenciará en los sistemas comparados que se analizarán a continuación.

1.4.5 Maternidad subrogada fragmentada

Esta modalidad, describe un escenario en el que la responsabilidad de ser madre se distribuye entre diversas personas; esto puede ocurrir cuando una mujer proporciona su óvulo, otra lleva a término el embrión, y una tercera persona inicia el proceso, asumiendo así el rol de madre legal del infante que nace. (Bejamín, et al, 2020).

En otras palabras, la mujer que proporciona el óvulo no es la misma que da a luz, ni la que tendrá la custodia del infante al final; esto, da lugar a una compleja relación jurídica por la presencia de al menos dos figuras maternas: la madre biológica, que dona el óvulo, y la madre que lleva a cabo la gestación. Además, surgen cuestiones éticas, morales y legales en relación con los derechos de todas las partes implicadas, incluyendo el derecho del menor a conocer su identidad tanto genética como legal.

De forma similar a la gestación subrogada con fines comerciales, se presentan ciertos desafíos legales; ya que esta práctica, implica el establecimiento de la filiación, así como los derechos y responsabilidades de las partes implicadas, además de la efectividad de la normativa vigente; por esta razón, circunstancias que se revisaran en el modo de aplicabilidad en los diferentes sistemas jurídicos a estudiar en el presente trabajo.

1.5 La filiación

La maternidad subrogada, como método de reproducción asistida, presenta una serie de retos singulares en el ámbito legal, especialmente en lo que concierne a la filiación; este proceso involucra a una tercera persona, conocida como la gestante, lo que complica la aclaración de los derechos y deberes de los padres intencionales, de la gestante y, sobre todo, del niño o la niña. Ante esta complicada situación, el concepto de filiación se vuelve crucial donde la filiación es un aspecto clave en el ámbito jurídico, particularmente en el derecho familiar; ya que, se refiere al vínculo legal y biológico entre un hijo y sus progenitores, el cual, no solo define la identidad del menor, sino que también entre padres e hijos se establece los derechos y las obligaciones mutuas.

Según la conceptualización tradicional, la filiación es la relación entre un padre o madre y su hijo, y esa relación posee una dimensión biológica surgida del acto reproductivo; la cual, se entrelaza con una dimensión legal, así como con relevantes aspectos sociológicos, afectivos y demás. Por ello, se sostiene que el derecho de filiación se basa en la relación biológica que vincula a padres e hijos; en ausencia de esta conexión, no se podría hablar de filiación, dado que es un aspecto inherente a la naturaleza humana (Gomez, 2022).

Ahora, para identificar la relación entre madre e hijo es bastante clara, ya que se trata de un vínculo directo y fácil de establecer, dada su conexión a través del embarazo y el nacimiento; por otro lado, la relación entre padre e hijo es más compleja, pues la identificación se realiza de manera indirecta y depende de la información proporcionada por la madre. Así, se puede sostener que la determinación legal de la maternidad se basa principalmente en la verificación de hechos específicos y (en un grado variable) comprobables, como es la correspondencia del niño con el que la madre dio a luz en un parto en concreto (Henández F. R., 1997). Cabe resaltar, que esta conexión va más allá de lo biológico, porque posee una dimensión legal inquebrantable, que se establecen

entre los padres y el hijo, relaciones que obligan a los progenitores a brindar apoyo tanto moral como material a su descendencia.

La filiación, como se mencionó, no solo afecta el ámbito familiar, sino que tiene un impacto en el estado civil de una persona, como su nacionalidad y su derecho a formar relaciones legales; por esta razón, en el ámbito de la gestación subrogada, estos dos conceptos se interconectan de manera bastante compleja. Además, la carencia de un marco legal claro en muchos países, incluido Colombia, introduce una dificultad extra en estos temas; mientras que en algunos lugares la filiación se establece a través del nacimiento, en otros se acepta la relación de los padres intencionales mediante contratos y acuerdos previos, en cuanto a ello, la diversidad resalta la importancia de realizar un análisis minucioso y comparativo de los distintos enfoques legales para comprender eficazmente, cómo debería regularse la filiación en el contexto de la maternidad subrogada.

En este sentido, resulta esencial examinar cómo las jurisprudencias y normativas existentes en distintos países, tratan la filiación en situaciones de maternidad subrogada, con el objetivo de identificar buenas prácticas y desafíos que puedan contribuir a la formación de un marco legal sólido y equitativo en Colombia.

1.5.1 Maternidad subrogada como fuente de filiación y sus dificultades entono a la filiación.

La gestación subrogada plantea importantes dilemas legales y éticos en relación con la filiación, especialmente en regiones donde las normativas no han evolucionado al mismo ritmo que las prácticas de reproducción asistida. Un caso particularmente representativo de esta problemática fue abordado recientemente en Colombia; ahora, en una decisión innovadora, el Juzgado 38 de Familia de Bogotá emitió un fallo que reconoce el derecho de la madre subrogante a ser registrada en el documento civil de un niño nacido mediante alquiler de vientre, sin tener en cuenta su aporte genético; este fallo

propone una nueva perspectiva sobre la filiación, al considerar que tanto el proceso de fertilización como el embarazo son componentes cruciales de la reproducción, legitimando así el lazo biológico significativo que se crea entre la mujer gestante y el ser nacido vivo. En este marco, para preservar el interés superior del menor, la jueza incorporó el concepto de "*doble maternidad biológica*" y sugirió la noción de *pluriparentalidad*. Además, este fallo limita la posibilidad de eliminar del nombre de la madre gestante en el registro civil, permitiéndolo únicamente en circunstancias excepcionales como el fraude. Este caso resalta la imperiosa necesidad de contar con un marco legal que regule de manera precisa la filiación en el ámbito de la maternidad subrogada y que asegure los derechos de todos los involucrados (Villamil, Imfobae, 2024).

La maternidad por subrogación, al involucrar a una gestante y a los padres intencionales, introduce complejidades singulares en la determinación del parentesco. Este método de reproducción asistida no solo desafía las definiciones tradicionales de maternidad y paternidad, sino que también plantea preguntas y críticas sobre la atribución de derechos y deberes parentales. Mientras que el parentesco por naturaleza y por adopción están claramente delineados en muchos sistemas legales, la filiación en la maternidad subrogada a menudo se encuentra en un territorio ambiguo.

Por tanto, en ausencia de un marco normativo específico, como es el caso en Colombia, las decisiones sobre la filiación pueden depender de interpretaciones judiciales, acuerdos contractuales y consideraciones éticas. Este escenario presenta retos importantes para los intervinientes en relación a su seguridad jurídica y la salvaguarda de los derechos del neonato. Por esta razón, resulta fundamental un análisis exhaustivo de las dificultades y alternativas que puedan surgir en relación con la filiación en el contexto de la maternidad subrogada, buscando establecer un marco legal que sea justo y equitativo. Asimismo, para establecer la filiación de los niños que nacen mediante la maternidad subrogada, se consideran tres juicios: la intención de los padres comitentes, el

aporte genético y la realidad biológica del nacimiento, siendo este último el concluyente para definir legalmente la filiación.

Al analizar la práctica de la maternidad subrogada frente al concepto tradicional de filiación en el ámbito del derecho familiar, se observa, que el modo en que se establece la filiación en este contexto, no se alinea con la estructura clásica que sostiene que la dimensión biológica que determina la dimensión jurídica. Esto se debe, a que la madre subrogante, quien tiene el vínculo biológico a causa del parto y que puede o no haber aportado su óvulo, no coincide con quien se espera que sea reconocida legalmente como la madre del niño. Así, se genera una separación entre la dimensión biológica y la legal en la filiación.

Se observa, que en prácticas como la maternidad subrogada fragmentan el vínculo biológico-genético y el vínculo jurídico; como resultado, quienes promueven la maternidad subrogada han tenido que explorar nuevas vías jurídicas para poder obtener la declaración del vínculo legal que la biología no les permite alcanzar; por ende en este proceso de buscar una forma que genere un efecto jurídico de filiación, se han ideado diversas estrategias, siendo la más notable la creación del concepto de filiación intencional, donde este término, busca establecer el vínculo filiatorio basado en la voluntad consciente de los padres o de quien solicita la maternidad subrogada.

En tal sentido, la intención procreadora se contempla como un medio para reconocer el consentimiento informado, de aquellos que optan por técnicas de reproducción asistida, como la maternidad subrogada, con el fin de validar y afirmar su deseo de ser padres. (Martín, 2020).

De acuerdo con lo mencionado, se entiende la maternidad voluntaria como aquella en la que una mujer anhela ser madre y logra este objetivo mediante métodos de reproducción asistida, incluyendo el alquiler de un útero, lo que elimina totalmente el vínculo biológico; asimismo el concepto puede aplicarse a la paternidad voluntaria. Sin

embargo, a pesar de que el deseo de criar hijos es especialmente claro en prácticas como la gestación subrogada, en comparación con los métodos de concepción natural, este enfoque de voluntad no es reconocido en numerosas legislaciones a nivel global.

Lo expuesto se debe a que, en la legislación de numerosos países, prevalece el principio del Derecho Romano (*mater semper certa est*), el cual establece, que la maternidad se define a través del acto de dar a luz, otorgando así el estatus de madre a la mujer que lleva a cabo el embarazo (Reyes, 2008). De lo mencionado anteriormente, surge un problema en cuanto a la filiación, aquel que se genera cuando el país de origen de la futura madre y padre, se prohíbe la gestación subrogada y se rechaza la posibilidad de considerar al individuo resultante de la maternidad subrogada como su descendencia.

Por otra parte, otra dificultad que se genera respecto al tema objeto de estudio, es la resultante de considerar de los padres su *voluntad procreacional* y la voluntad de la mujer gestadora, que en algunos casos también es la madre biológica, ¿qué pasaría si en algún momento la madre gestante se arrepiente de desprenderse del niño que gesta en su vientre? O ¿qué ocurre si la Madre y el padre Futuros rechazan al niño por tener esta alguna enfermedad o discapacidad o no ser físicamente como esperaban? ¿Cómo podría en estos casos definirse su filiación?

Por ende, la maternidad subrogada genera numerosos retos tanto legales como éticos cuando se trata de establecer la filiación; por ello, en naciones como Colombia, la falta de una regulación clara aumenta la confusión y los posibles desacuerdos relacionados con los derechos y las responsabilidades en la crianza. Es esencial establecer un sistema legal justo y equitativo, el cual asegure la protección de los derechos de todas las partes implicadas, con un énfasis particular en la seguridad del menor. La creación de una legislación clara y precisa permitirá abordar estas complejidades y ofrecer una solución efectiva y respetuosa de los derechos humanos.

1.5.2 Supremacía del interés del menor ante la maternidad subrogada

Una vez explorado los conceptos de gestación subrogada y filiación, es esencial profundizar, en un principio clave que debe orientar cualquier discusión sobre estas prácticas: la supremacía del bienestar del menor. Ahora, en lo que respecta a la gestación subrogada, este principio se torna especialmente complejo; ya que, la participación de una gestante y la distinción entre el lazo biológico y el legal generan circunstancias que pueden impactar de manera significativa en la vida del menor. Como, por ejemplo, surgen interrogantes sobre la identidad, el sentido de pertenencia y el acceso a su historia biológica, que son solo algunas de las cuestiones que emergen.

La determinación de la filiación en situaciones de gestación subrogada requiere una cuidadosa consideración de los derechos de los infantes, como conocer su origen, contar con una estabilidad tanto emocional como legal, y a crecer en un entorno que le brinde amor y cuidados. Asimismo, es imprescindible llevar a cabo un análisis detallado de las implicaciones legales y éticas que conllevan estas decisiones, asegurando que el enfoque empleado no solo sea equitativo para los padres y la gestante, sino que siempre tenga como prioridad el bienestar del menor.

En esta sección del capítulo, se abordará el principio de la primacía de los derechos de los niños y niñas, también conocido como el interés superior del niño; para el caso, en el contexto de la gestación subrogada, explorando su aplicación en distintas jurisdicciones e identificando los retos y las mejores prácticas para proteger y promover adecuadamente los derechos de los infantes. Por lo tanto, a través de este estudio, se pretende ofrecer una orientación para la creación de políticas y leyes que concilien los intereses de todas las partes implicadas, haciendo especial hincapié en los derechos del niño o niña.

Ahora bien, es fundamental entender que, en el contexto de la maternidad asistida, los efectos y cuestiones relacionadas con la filiación, no puede desconocer el mayor

interés el del niño o la niña, donde este interés es el eje central alrededor del cual giran todos los derechos y responsabilidades, lo que lo convierte en el vínculo esencial del contrato o acuerdo que se establece en este proceso.

La "*Convención sobre los Derechos del Niño de 1989*" juega un papel crucial en la protección de los derechos y el bienestar de los menores en cada decisión que les atañe. De acuerdo con la Convención, la superioridad de los intereses del niño, debe ser la consideración principal en situaciones específicas, como en los procesos de adopción o cuando un menor es separado de sus padres sin su consentimiento. Esta misma, prioriza el bienestar infantil, subrayando que el interés superior del niño debe prevalecer en estas decisiones, aunque no de manera excluyente; también debe ser el aspecto primordial en todas las acciones que impacten a los niños, ya sean estas realizadas por instituciones de bienestar social, ya sean públicas o privadas, así como por tribunales, autoridades administrativas o entes legislativos (ACNUR, 2008).

Asimismo, este principio debe ser la preocupación más relevante, aunque no la única, en relación con todas las acciones que impacten al menor; estas acciones pueden ser realizadas por instituciones de bienestar social, ya sean estatales o privadas, por sistemas judiciales, entidades administrativas o por los cuerpos legislativos a nivel nacional e internacional. En lo que respecta a la maternidad subrogada, esto implica que cualquier resolución referente a la filiación, custodia o derechos parentales debe anteponer siempre el bienestar del niño sobre cualquier otro interés.

La maternidad subrogada introduce desafíos únicos que requieren una evaluación minuciosa para asegurar que el interés superior del niño o niña sea respetado y protegido. Esto incluye considerar su derecho a conocer su origen, a tener una estabilidad emocional y jurídica, y a crecer en un ambiente que le proporcione cuidado y amor. Los legisladores y jueces deben abordar estas cuestiones con un enfoque centrado en el niño,

garantizando que todas las decisiones se tomen en función de su bienestar y derechos fundamentales.

Así las cosas, al establecer la filiación, es fundamental otorgar prioridad al bienestar y desarrollo del niño que está por nacer, por encima de la voluntad de sus padres. El interés del menor se menciona al determinar su filiación para garantizar que disfrute de los derechos correspondientes, pero no siempre es beneficioso para el menor que la filiación se asigne al padre o madre comitente en un contrato de maternidad subrogada; de hecho, hay una falta de atención a los requisitos que deben cumplir los padres comitentes en cuanto a su idoneidad, a diferencia de lo que sucede en los procesos de adopción, cuyas regulaciones se suelen invocar para que se aplican también a los contratos de gestación sustituta; por otro lado, se tiene en cuenta, la capacidad de los comitentes para asumir las obligaciones que implica ser padres, así como su estabilidad económica y características psicológicas, estos son elementos que deben considerarse seriamente en beneficio del menor (Peyró, 2017).

En definitiva, es fundamental que cualquier marco legal o política sobre maternidad subrogada incorpore y aplique rigurosamente el principio del interés superior del niño, asegurando así que sus derechos y bienestar sean siempre la prioridad en todas las decisiones relacionadas con esta práctica; sin embargo, es difícil establecer la protección o interés del niño o niña antes de nacer, pues ello implicaría remitirnos a una ponderación de derechos.

1.5.3 Derecho a la identidad del infante

Contextualizando este apartado, el derecho del niño a conocer su identidad se revela como un factor esencial que necesita ser defendido con firmeza. La identidad implica aspectos esenciales como el nombre, la nacionalidad y los vínculos familiares, otorgándole al niño o niña, un sentido de pertenencia y un origen claro. Este derecho, respaldado por la Convención sobre los Derechos del Niño, garantiza a cada infante la

posibilidad de acceder a su historia tanto biológica como legal, asegurando de este modo su bienestar emocional y desarrollo integral.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que cada persona tiene el derecho a que se reconozca su personalidad jurídica; en el caso de los niños, se señala que deben recibir un nombre y ser registrados de inmediato tras su nacimiento. Esta disposición también es abordada por la Convención sobre los Derechos del Niño, que añade que cada niño tiene derecho a una nacionalidad, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, siempre que sea posible; además, impone a los Estados parte la responsabilidad de garantizar el respeto por la identidad del menor, protegiéndola de cualquier intromisión no autorizada. Por lo tanto, es deber del Estado proporcionar la asistencia y protección necesarias para restaurar la situación del menor cuando esta garantía haya sido vulnerada de manera ilegal (Corte Constitucional, 2017, Sentencia T-719).

Estos derechos incluyen elementos fundamentales como el nombre, la nacionalidad y las relaciones familiares, los cuales proporcionan al niño un sentido de pertenencia y origen. En el contexto de la maternidad subrogada, preservar y garantizar este derecho adquiere una importancia aún mayor debido a las complejidades específicas que esta práctica introduce.

El derecho a la identidad de los niños que nacen a través de la gestación subrogada enfrenta importantes obstáculos legales, especialmente en países como España, donde esta práctica no está permitida; la negativa a inscribir a estos menores en el Registro Civil, respaldada por el artículo 10 de la LTRHA y el artículo 113 del Código Civil, les impide tener una filiación que refleje su entorno afectivo y familiar, lo que a su vez vulnera su derecho fundamental a tener una identidad propia. Por lo tanto, esta problemática se agrava cuando el sistema judicial rechaza aceptando certificados de nacimiento válidos emitidos en el extranjero, tal como ocurrió en California, con el

argumento de que infringen el orden público internacional español. En este sentido, Zurriarán (2019) indica, que la gestación subrogada puede fragmentar profundamente la identidad del niño, ya que hasta seis personas pueden reclamar la filiación: la madre gestante, la madre genética, el padre genético, el comitente y sus respectivas parejas. Esta amplia variedad de progenitores potenciales puede complicar gravemente el derecho del niño a conocer sus raíces biológicas y a forjar una identidad consistente y clara, transformándolo en un objeto de transacción en lugar de un sujeto con derechos. De este modo, más allá de la discusión acerca de la validez del contrato de subrogación, lo que realmente está en juego es el reconocimiento del niño como un individuo con historia, conexiones y dignidad.

Sin embargo, el derecho a la identidad del niño puede resultar afectado en los casos de maternidad subrogada, dado que, al no estar debidamente regulada, se generan dificultades para establecer con claridad quiénes pueden ser reconocidos legalmente como madre y padre del menor nacido mediante este proceso. Esta situación se complica aún más por la participación de múltiples personas, como la donante de óvulos, el donante de espermia, la madre gestante, su pareja y la pareja comitente. En consecuencia, esto podría obstaculizar el acceso del niño al conocimiento de su verdadero origen e identidad, en contravía de lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño. (Guevara, 2018).

Este vacío en la legislación mundial causa incertidumbre jurídica y debido a ponderar la Primacía de los Derechos de los niños frente a la voluntad y los derechos de los padres comitentes o de los padres biológicos (Díaz A. A., 2023). Es por ello que se pueden generar problemas en la determinación desde la filiación, hasta la protección del derecho a la identidad del niño en la maternidad subrogada es un aspecto crucial para su desarrollo y bienestar., dado que la emisión de documentos de identidad aún no se ha regulado. Sin embargo, las legislaciones deben ser claras y comprensivas, asegurando

que los niños tengan acceso a información sobre sus antecedentes biológicos de manera segura y respetuosa. Solo a través de un enfoque equilibrado y centrado en el niño se puede garantizar que se cumpla este derecho fundamental en todos los casos de maternidad subrogada.

1.6 Estudio contractual entorno a la maternidad subrogada

El desarrollo del tema de estudio, va más allá de sus implicaciones biológicas y éticas, puede ser analizada desde una perspectiva contractual, dado que involucra acuerdos legales entre las partes involucradas: los padres intencionales y la gestante. Este enfoque contractual de la maternidad subrogada permite examinar las obligaciones, derechos y responsabilidades que surgen de estos acuerdos y cómo se regulan en diferentes jurisdicciones.

No se puede desconocer que la maternidad subrogada implica un acuerdo entre las partes que se traduce en una relación de tipo contractual. En este contexto, el contrato de maternidad subrogada se define como el acuerdo en el que una mujer acepta quedar embarazada mediante técnicas de inseminación artificial, con el compromiso de entregar al niño, una vez que nazca, al donante del espermatozoides y su pareja. A cambio, la gestante renuncia a los derechos legales que tendría sobre el recién nacido y, por lo general, recibe una compensación económica como contraprestación.

Por tanto, el apartado del capítulo se centrará en el análisis de la maternidad subrogada desde la perspectiva contractual, explorando cómo se estructuran estos acuerdos, los desafíos legales que presentan y las mejores prácticas para asegurar que se respeten los derechos y las obligaciones de todas las partes involucradas. Se analizarán también las diferencias en la regulación de estos contratos en diversas jurisdicciones y cómo estas diferencias pueden influir en la práctica de la maternidad subrogada a nivel internacional. Con base en las reflexiones previas, se puede reconocer

un grupo de responsabilidades específicas que emergen para las partes involucradas en el contrato. (Rodriguez & Martinez, 2012).

El contrato de maternidad subrogada debe contar con requisitos de existencia como lo son: la manifestación de la voluntad privada, ya que para configurarse se requiere del consentimiento de las partes, su objeto consiste en el cumplimiento de las obligaciones, pactadas por las partes intervinientes; igualmente podemos decir que este contrato es típico en los países en que se encuentra regulado entretanto que en países en los cuales no se encuentra regulado como Colombia es un contrato atípico.

En este orden de ideas, y aparte de la esfera constitucional y teniendo en cuenta la esfera civil, específicamente en las obligaciones y contratos, se puede extractar que: la gestación subrogada se presenta como un acuerdo que establece obligaciones entre las partes involucradas, solidificándose a partir del consentimiento mutuo; al ser de naturaleza contractual, puede formalizarse ya sea de manera escrita o verbal, donde se manifiesta una convención que determina los métodos y resultados necesarios para alcanzar el objetivo específico, así como otros aspectos del contrato que incluyen: duración, forma y ubicación. (Pacheco, Monsalve, & Torregrosa, 2020).

El estudio de la maternidad subrogada desde la perspectiva del contrato no puede desligarse del principio de buena fe en las relaciones contractuales. Este principio sirve como una norma fundamental que requiere a las partes actuar con lealtad y honestidad durante toda la duración del contrato. Dentro de este marco, la buena fe se afirma no solo como una pauta ética, sino también como un estándar legal tangible que otorga al juez la capacidad de definir las conductas esperadas en cada caso, según las particularidades del mismo (Schopf Olea, 2018). Esto es especialmente crucial en los contratos relacionados con gestación por sustitución, ya que abarcan derechos esenciales y situaciones intrincadas como la filiación, la dignidad de la mujer gestante y el bienestar del niño. En consecuencia, estos acuerdos requieren una interpretación que vaya más allá

de una simple visión formalista. Al operar en un marco legal que frecuentemente carece de regulaciones específicas, la maternidad subrogada encuentra en la buena fe un principio legitimador que contribuye a la prevención de abusos, a la detección de desequilibrios en la relación contractual y a la consideración de las implicaciones sociales y éticas del pacto. Así, aplicar el criterio del “contratante leal y honesto” permite al juez determinar si el contrato de subrogación se ajusta a los valores fundamentales del derecho contractual y si persigue objetivos lícitos, impidiendo que se caiga en prácticas de mercantilización o explotación de partes vulnerables, en particular de la mujer gestante. En conclusión, la buena fe se convierte en un instrumento de ajuste y corrección que ayuda a alinear el contenido del contrato con los principios sociales y jurídicos vigentes, lo que resulta esencial en contextos como el de la maternidad subrogada, donde se entrelazan numerosos intereses delicados.

Frente a cada caso será preciso estudiar la normatividad de cada país, la jurisprudencia y la doctrina para establecer los requisitos de validez en este tipo de contratos, toda vez que su validez depende de la noción de orden público que determine cada Estado, razón por la cual en algunos países existen barreras legales que no permiten la convalidación de este tipo de contratos celebrados dentro y fuera de su territorio.

En mismo sentido, cuando se analiza un contrato de maternidad subrogada, se deben considerar varios aspectos clave para asegurar que el acuerdo sea completo, claro y proteja los derechos de todas las partes involucradas, debe tenerse en cuenta además de los elementos de un contrato como ya lo hemos mencionado como la voluntad y la validez, las partes involucradas, que para el contrato va a tratarse de: los padres intencionales, la madre gestante, y como lo vimos en el aparte de modalidades cuando se habla de fragmentadas es por qué, puedo incluir un tercer involucrado. como donantes de gametos.

2 Capítulo II. Horizontes legales, un debate global desde tres jurisdicciones. Un análisis jurídico comparado de: España, Uruguay y California (EE. UU.)

2.1 Maternidad subrogada en España

2.1.1 Sistema jurídico y normatividad vigente

La maternidad subrogada o también conocida como *vientre de alquiler* como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo, es un tema controversial y, en España, tampoco es la excepción. El ordenamiento jurídico español se categoriza dentro de la tradición Civilista (comon law) o Continental. Este sistema jurídico se caracteriza por tener en sus raíces el Derecho Romano. Tanto, su desarrollo a través de Códigos y leyes escritas, como, su codificación detallada y exhaustiva compuesta por normas legales aprobadas por el parlamento que regulan diferentes aspectos de la vida civil, penal, administrativa y económica, mismas leyes ordinarias que deben respetar la constitución.

España al poseer un sistema de gobierno Monárquico Parlamentario, constituye que su sistema jurídico complejo, pues refleja la historia legal del país, la cual combina influencias del Derecho Romano, el Derecho Canónico y las tradiciones jurídicas locales y regionales, razón por la cual fue uno de los países más antiguos en pronunciarse sobre la temática tratada en este trabajo, dado que su normatividad respecto al texto data de cerca de 30 a 40 años.

Partiendo de lo antes mencionado, la primera expresión normativa de España respecto a la maternidad subrogada se dio a través de la Ley 35 de 1988, la cual, en su artículo 10, estableció:

“...que cualquier contrato (ya sea oneroso o gratuito) en el que una mujer se comprometa a gestar y posteriormente renuncie a la filiación del hijo o hija nacida, será considerado nulo de pleno derecho”.

De esta manera, el ordenamiento jurídico español adoptó una postura firme frente a esta práctica, alineándose con la legislación de países como Francia y Alemania, donde igualmente se prohíbe la maternidad subrogada (Villar, 2023).

La ley previamente citada, se modificó por la ley 45 de 2003, que a su vez fue derogada por la Ley 14 de 2006, actualmente vigente, es concreta sobre las técnicas de reproducción asistida, las cuales establecen que:

La gestación por sustitución. 1. Se considerará nulo de pleno derecho cualquier contrato, ya sea oneroso o gratuito, en el que una mujer acuerde gestar y luego renunciar a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos a través de esta técnica se determinará por el hecho del parto. 3. Sin embargo, se mantiene la posibilidad de que el padre biológico ejerza la acción de reclamación de la paternidad, de acuerdo con las disposiciones generales aplicables.

Sin embargo, se sigue manteniendo la misma génesis en sus disposiciones entorno a las técnicas de reproducción humana asistida, siendo ello una manifestación expresa de prohibición. Se puede desprender que, de la anterior normatividad, queda claro sus tres fundamentes. El primero, que el contrato de gestación es nulo; segundo, que la única fuente de filiación que reconoce el estado español es el parto y, tercero, el padre biológico es el único habilitado puede reclamar la paternidad del niño o niño mediante acción. De lo anterior se desprende, se concluye que el contrato de gestación por sustitución es completamente nulo, sin importar si se realizó con fines de lucro o de manera altruista. Esta nulidad no afecta a las condiciones o cláusulas del contrato en sí, sino que se refiere a la propia esencia del objeto contractual, es decir, la cesión de la gestación y la renuncia a la filiación materna (Henández, 2017).

Basado en lo mencionado, la legislación española es contundente al declarar el contrato de maternidad subrogada como nulo, es decir, ineficaz jurídicamente, por lo que no puede perseguirse su cumplimiento por la vía judicial.

Es de resaltar que, como se venía diciendo, el sistema español se aferra al Derecho Romano y Canónico, por tanto, se agarra para el desarrollo normativo ya evocado del principio legal Paulino “*mater Semper certa est*”, es decir, “*madre siempre es cierta*”, el cual establece que, en cuestión de filiación, la identidad de la madre es indiscutible, pues es quien da luz al hijo. Primando el componente gestacional y salvaguardándolo del sistema de filiación (Duplá, 2019).

En consecuencia, el ordenamiento jurídico español garantiza la protección de los derechos de la madre gestante al reconocerla como madre legal, fundamentando la filiación en el hecho del parto. Esto significa que el niño o la niña nacidos mediante técnicas de reproducción asistida como la gestación por sustitución serán inscritos en el Registro Civil como hijos de la mujer que dio a luz, y no de la madre genética que no intervino en el alumbramiento. No obstante, el padre biológico conserva la facultad de ejercer la acción de reclamación de la paternidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Estas disposiciones regulan las acciones dirigidas tanto a reclamar la paternidad o maternidad como a impugnar la filiación legalmente establecida, constituyendo una vía jurídica excepcional para que la madre genética pueda eventualmente ser reconocida como tal.

Cabe destacar, sin embargo, que, aunque la maternidad subrogada está prohibida de manera expresa en España, esta práctica no está tipificada como delito en el Código Penal español. Por lo tanto, el uso de estas técnicas no se considera delictivo en sí mismo. No obstante, el Código Penal sí contempla figuras penales relacionadas con la protección de las relaciones familiares, tales como *la suposición de parto y la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*, situaciones que podrían eventualmente ser aplicables en ciertos casos de gestación por sustitución, se lo describe así:

Artículo 220. 1. Cualquiera que finja un parto enfrentará una pena de prisión que puede variar entre seis meses y dos años. 2. La misma pena se aplicará a quien oculte o entregue

a un hijo a otras personas con la intención de alterar o modificar su filiación. 3. En los casos donde se sustituya a un niño por otro, la pena de prisión será de uno a cinco años (Ley O. 10 de 1995, pág. 29).

Por tanto, este artículo busca proteger la veracidad de la filiación y el derecho del niño o niña a conocer su identidad y sus padres biológicos, subrayándose en el presente artículo pues con ello nos indicaría que España no admitiría como fuente de filiación la maternidad subrogada, sino por el contrario sería un delito que se tiene en proyecciones de especificada tazar como delito.

Por su parte, la ley antes señalada en sus artículos siguiente, como:

Artículo 221. Se impondrá una pena de prisión de uno (1) a cinco (5) años, además de una inhabilitación especial para ejercer la patria potestad, la tutela, la curatela o la guarda por un periodo de cuatro (4) a diez (10) años, a cualquier persona que, a cambio de una compensación económica, entregue a un menor de edad —ya sea su hijo, descendiente o sin ningún vínculo de filiación o parentesco— a un tercero, con la intención de establecer una relación de hecho similar a la filiación, evadiendo así los procedimientos legales establecidos para la guarda, el acogimiento o la adopción.

(Ley O. 10 de 1995, pág. 30).

Se centran en proteger a los menores y garantizar que los procesos de acogida o de adopción sigan bajo los estándares legales, penalizando estas conductas relacionadas con la entrega de menores a cambio de compensación económicas, -considerando estas técnicas de reproducción asistida, como trata de blancas-, sin respetar los procedimientos legales como la adopción o la guarda legal.

En este sentido, es importante indicar que la normatividad española ha sido tajante, coercitiva y prohibitiva en relación con la maternidad subrogada, siendo un tema complejo, donde concurren límites legales, éticos y morales, dado que como bien se dijo el sistema jurídico español es restrictivo. Estas limitaciones han desencadenado una especie de turismo reproductivo, dado que esta negativa ha incitado a acudir a las

personas interesadas a desplazarse a otros países que admitan estos servicios, considerando que esta práctica es legal en otros países como: Ucrania, Tailandia, Grecia y Estado Unidos. La globalización se ha presentado como instrumento muy importante, de intercomunicación, facilitando desplazarse a los interesados con estas técnicas a concurrir a otros países a realizarse estas prácticas fuera de las fronteras españolas (Díaz, et al, 2018).

En consecuencia, de lo anterior se puede determinar que la prohibición ha generado que los nacionales españoles opten por estrategias jurídicas a fin de alcanzar su deseo de ser padres. Ya que, la práctica de celebrar contratos de gestación subrogada en países donde estén regulados se ha vuelto muy recurrente. Dado que, las personas que sueñan con ser padres están optando por caminos legales para lograrlo, especialmente a través de contratos de gestación subrogada en países donde esta práctica está regulada; esta opción resulta muy atractiva porque, al regresar a España, se puede legalizar tanto la filiación como la nacionalidad del niño. Lo que se ha mencionado anteriormente, es gracias a la Resolución 18/2009, emitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado de España. Esta resolución permite la inscripción en el registro de la filiación que surge de un contrato de gestación por sustitución, siempre y cuando se presente una certificación registral extranjera válida que confirme dicha filiación en relación con uno de los progenitores que tenga nacionalidad española. Así, la determinación de la filiación depende de la nacionalidad de uno de los progenitores involucrados. (Regalado, 2016).

En efecto, la resolución del 18 de febrero de 2009 ofrece una alternativa y una brecha a las normas restrictivas, pero deja en evidencia la necesidad de un debate profundo y actualizado en España sobre la gestación subrogada. El sistema jurídico español enfrenta el desafío de encontrar un equilibrio entre proteger los derechos del niño

o niña, mantener los principios éticos nacionales y adaptarse al contexto internacional cada vez más complejo.

2.1.1.1 Principios del ordenamiento jurídico español. En el ámbito del Derecho español, los principios que guían su ordenamiento jurídico están profundamente arraigados en los Derechos Fundamentales y en los postulados del orden público. Estos elementos son la base esencial del sistema normativo y aseguran tanto la protección de la persona como la cohesión social, así:

Dignidad humana. Este principio, se constituye como uno de los pilares fundamentales del marco jurídico español, especialmente cuando se trata de temas delicados como la gestación por sustitución. Esta práctica genera serias preocupaciones éticas y legales, ya que puede llevar a ver a la mujer gestante como un objeto y a utilizar su cuerpo de manera instrumental, tratándolo como si fuera un bien en transacción. La Constitución Española de 1978, en su artículo 10, establece que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás son la base del orden político y de la convivencia social. En este sentido, este principio obliga al Estado a asegurar el respeto a la dignidad humana, que es esencial para mantener el orden público y la paz social

En consecuencia, se puede extraer que son conceptos sumamente arraigados al *comon law*, en donde surge la necesidad del estado español de proteger a la madre gestante y el bienestar del menor conllevando con ello que orden público, intrínsecamente señalando que se debe evitar estas prácticas. En la gestación subrogada, la mujer se utiliza como un medio, ya que se gesta para otra persona basada en una relación contractual, es decir, ello se entiende como la maternidad, - comprada-, y la mujer, -un recipiente reproductivo-, estableciendo esta metáfora conceptual como la comparación

simbólica que el sistema jurídico español visualiza la maternidad subrogada, la cual se sobreentiende que va en contravía a la dignidad humana (Sarasol, 2021).

Ahora bien, en un inverosímil evento en el que el sistema jurídico español reconociera el contrato por gestación subrogada, sugeriría un debate profundo en torno a la dignidad humana y la hegemonía conceptual establecida por la constitución española. Esto incluirá interrogantes sobre la dignidad del niño o niña nacido mediante este método y los conflictos de valores que podrían derivarse, lo que conllevaría a un impacto directo sobre el orden jurídico constitucional.

Por esta razón, España mantiene un concepto claro respecto a la dignidad humana, pues su orientación no solo busca proteger los derechos individuales, sino también garantizar que sean esenciales para la estructura y estabilidad del sistema jurídico del estado. Por ende, la prohibición del reconocimiento de la maternidad subrogada como fuente de filiación parece responder a esta visión integral que hace improbable su modificación en la normatividad actual.

Limite jurisprudencial del principio de la autonomía de la voluntad del cuerpo humano. El principio de indisponibilidad del cuerpo humano establece que no se puede tratar este como un objeto de comercio, con el fin de proteger no solo la dignidad de la persona, sino también su integridad física y moral. En línea con este principio, los artículos 1271 y 1275 del Código Civil español indican que el objeto de cualquier contrato debe respetar la ley, la moral y el orden público. A partir de estas bases legales, se establece la inadmisibilidad jurídica de la gestación por sustitución en el marco español, ya que esta práctica podría llevar a la mercantilización del cuerpo de la mujer gestante, lo cual va en contra de los valores fundamentales consagrados en la Constitución y de las disposiciones del Código Civil (Art.1271 y 1275 Código Civil Español, págs. 127-129).

Dicho esto, la maternidad subrogada se enfrenta en el ordenamiento jurídico español a la incompatibilidad de esta práctica con los principios fundamentales del

Derecho Civil español, pues sí este tipo de contratos no solo tendría que garantizar plenamente los derechos del niño sino, también el hecho de argumentar la licitud del objeto contractual, viendo inviable estos dos aspectos, puesto que a los ojos de este ordenamiento esta técnica es una manera de transacción humana.

2.1.1.2 Primacía del interés del menor en ámbito jurídico. Este principio establece la prevalencia del bienestar del menor sobre todas las cosas. Tal como lo establece la legislación española y las interpretaciones jurídicas, es un pilar fundamental la protección de la infancia, teniendo como objetivo principal que, al momento de emitir decisiones judiciales, se deberá garantizar y priorizar el bienestar, la dignidad y respeto del menor por encima del demás interés.

De acuerdo con la Ley 1 de 1996 y su modificación en el 2015, la protección de este incluye no solo consideraciones materiales, sino también respeto pleno a la dignidad humana del menor. Así mismo aborda un punto crucial como la gestación subrogada, señalando que esta práctica podría transformar al menor en un objeto deseo comercializable, lo que menoscabaría su dignidad y humanidad (Garabo, 2017).

La discusión acerca del bienestar superior del niño en relación con la maternidad subrogada revela una notable tensión entre diferentes enfoques legales y éticos en su intento de equilibrar los derechos de los menores y los de los adultos implicados, sin dejar de lado la necesidad de honrar la dignidad humana. Por un lado, la Sala Primera del Tribunal Supremo de España considera que el concepto del interés superior del menor es debatible y susceptible de distintas interpretaciones, debido a la falta de un consenso social claro sobre su significado concreto (Abásolo Barandika, 2019). A pesar de que los padres deseosos frecuentemente argumentan que un contrato en jurisdicciones que permiten la subrogación y su deseo de ser padres legitiman la filiación, el Tribunal desestima esta noción, ya que la considera una forma de mercantilizar al niño y atentar contra su dignidad, puesto que no se pueden primar los deseos personales o las

capacidades económicas por encima de los derechos fundamentales del menor (Abásolo Barandika, 2019).

En contraste, un voto particular en esta misma decisión ofrece una postura más práctica, afirmando que, si el contrato de gestación subrogada ha sido reconocido legalmente en el país de origen, sus efectos legales deberían ser aceptados en el ámbito del derecho internacional privado, siempre que no exista coerción ni explotación involucradas. Esta visión sugiere que la mujer gestante, al dar su consentimiento de manera plena y consciente, no está vulnerando su dignidad, y que desestimar esos efectos podría dejar al niño en una situación jurídica de desamparo (Abásolo Barandika, 2019).

Desde una perspectiva más crítica, Zurriarán (2019) sostiene, que la maternidad subrogada, sobre todo en su expresión comercial, reduce al niño a un objeto de consumo sujeto a acuerdos contractuales, tal como es el reembolso en caso de malformación o enfermedad. Esto deshumaniza al menor y atenta contra su derecho a ser considerado un fin en sí mismo, en lugar de un simple medio para satisfacer los deseos de paternidad de los adultos.

Por lo tanto, el análisis comparado de estas posturas revela un conflicto entre una interpretación legal y garantista del interés superior del menor y una ética centrada en la dignidad humana y la protección frente a la mercantilización. Si bien ambas corrientes coinciden en la necesidad de regular la gestación subrogada, difieren profundamente en los criterios que deben prevalecer en su implementación, así como en la valoración del impacto que estos contratos tienen sobre los derechos del niño.

Principio de verdad biológica en la determinación de la filiación. Este fundamento, se cimenta en el ámbito de la filiación específicamente, pues busca garantizar que la inscripción de la maternidad y paternidad refleje la verdad biológica. Este principio refiere también a la congruencia, es decir, que debe concordar entre quienes

figuran como progenitores y la verdad biológica, siendo ello enfocado a la importancia de la autenticidad en las relaciones filiativas (Romero & Ruiz, 2014).

Jurisprudencia en materia de maternidad subrogada. Al respecto y con los nuevos desafíos anteriormente presentados. La jurisprudencia en España ha desempeñado un papel crucial al interpretar y aplicar sus normas, los Tribunales han desarrollado una línea jurisprudencial que combina el respeto al derecho internacional privado con su objetivo central que es la protección de los derechos del menor.

Sentencia No. 193 del 2010. La primera sentencia relevante en el ámbito del derecho civil español sobre gestación por sustitución surgió a partir del caso de una pareja española casada que, al no poder concebir, decidió recurrir a este procedimiento en Los Ángeles, California. Tras el nacimiento de sus dos hijos, se llevó a cabo su inscripción en el Registro Civil del condado de San Diego, un trámite que luego fue presentado ante el Consulado General de España en Los Ángeles para su reconocimiento consular. Con el registro en mano y ya en territorio español, los solicitantes se dirigieron a la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) para solicitar el reconocimiento de la filiación, el cual fue concedido, dado que ambos progenitores eran españoles. Sin embargo, el Ministerio Fiscal presentó una demanda impugnando dicha inscripción y la resolución administrativa que la autorizó, argumentando que se había vulnerado el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que prohíbe de manera explícita los contratos de gestación por sustitución en el marco legal español (Tribunal de Primera Instancia No. 15, 2010, Sentencia 193, pág. 98).

El 15 de septiembre de 2010, el Juzgado de Primera Instancia emitió una sentencia que aceptó la demanda presentada por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, anulando así la inscripción de nacimiento que había realizado el Consulado de Los Ángeles. En la segunda instancia, se confirmó esta decisión, argumentando que aceptar el reconocimiento del registro

extranjero podría vulnerar el orden público internacional español, el cual es fundamental para proteger la dignidad de la mujer y los derechos de los menores (Sala Primera del tribunal Supremo, 2014, Sentencia 247, pág. 19).

Sentencia No. 277 Del 2022. El caso comenzó con el nacimiento de un niño en México, resultado de un contrato de gestación por sustitución que involucró a una pareja española. La madre comitente, que no aportó ningún material genético en el proceso, solicitó ante la jurisdicción española que se reconociera su filiación materna. En una sentencia de primera instancia, emitida el 22 de marzo de 2022, el tribunal aceptó dicha filiación, a pesar de que la solicitante no era la madre biológica. Ante esta decisión, el Ministerio Fiscal presentó un recurso de casación, argumentando que el contrato de gestación subrogada violaba los principios fundamentales del orden público español, lo que significaría su nulidad absoluta según la legislación vigente (Tribunal Supremo, 2022, Sentencia 277, pág. 32).

En la segunda instancia, el Tribunal Supremo decidió no reconocer la filiación directa que surge del contrato de gestación por sustitución. Argumentaron que esta práctica, especialmente en su forma comercial, va en contra de derechos fundamentales, sobre todo la dignidad de la mujer y el interés superior del menor. Sin embargo, el Alto Tribunal indicó que la madre comitente podría obtener el reconocimiento legal de la filiación a través del proceso de adopción, tal como lo establece la legislación española. De esta manera, se establece este camino como el mecanismo legítimo y acorde con la ley para crear el vínculo materno-filial.

Sentencia del Tribunal Supremo 1141 del 2024. El caso gira en torno a un niño que nació en el extranjero a través de gestación subrogada. Su padre biológico es quien tiene la filiación paterna, mientras que la filiación materna se estableció mediante un proceso de adopción por parte de la pareja del padre. Los padres presentaron una solicitud ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) para inscribir

al niño en el Registro Civil español y también para modificar su lugar de nacimiento, de modo que se reflejara el domicilio familiar en España como su lugar de nacimiento.

En primera instancia, la demanda fue desestimada y en apelación, el Tribunal supremo estimo el recurso, en razón a los preceptos de adopción internacional. Destacando que no se tomaría como una gestación subrogada, pues ello implicaría la nulidad. Sin embargo, en atención al interés superior del menor debe prevalecer, y por analogía con los casos de adopción internacional, que el lugar de nacimiento del menor en el Registro Civil se modificara por el domicilio familiar, accediendo a ello argumentando la protección de la intimidad del menor y a fin de evitar discriminaciones relacionadas a su origen (Tribunal Supremo, 2024, Sentencia 4370, pág. 36).

Estudiando las sentencias antes expuestas, se hace evidente que la postura del ordenamiento jurídico español respecto a la maternidad subrogada es bastante clara, adoptando un enfoque restrictivo hacia esta práctica. Sin embargo, es importante tener en cuenta que, al ser parte del marco normativo de la Unión Europea, España no puede ignorar el debate que se está llevando a cabo en las instancias jurisdiccionales europeas, especialmente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En este contexto, surgen tensiones entre las leyes internas de los Estados y la protección de los derechos fundamentales, en un entorno jurídico que está influenciado por la globalización. De hecho, el TEDH ha tratado temas relacionados con la filiación y la gestación por sustitución a la luz del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950, que garantiza el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Aunque este Tribunal ha reconocido que los Estados tienen un margen de apreciación para prohibir esta figura, también ha dejado claro que tales restricciones no pueden afectar los derechos fundamentales de los menores, especialmente su derecho a la identidad y al respeto de su vida privada (European Court Of Human Rights, 2011).

En cuanto a la TJUE, ha tratado la maternidad subrogada desde la perspectiva del derecho comunitario, especialmente en la relación con la libertad de circulación y los derechos fundamentales de la unión europea. En varios pronunciamientos, el Tribunal busca equilibrar los derechos individuales con la soberanía legislativa, sin embargo, ha indicado que la creciente practica transfronteriza de la gestación subrogada ha configurado vacíos legales que requieren coordinación y armonización entre las legislaciones nacionales y los estándares europeos (Godoy, 2018).

El debate en las Cortes Europeas refleja que España debe encaminarse hacia una regulación más precisa que combine su resto por los valores éticos nacionales con enfoque pragmáticos y humanitarios, como lo ha venido desarrollando, pero, sin dejar de lado el nuevo reto que se le avecina en cuanto al difícil balance entre justicia y coherencia en un mundo globalizado.

2.2 Maternidad subrogada en Uruguay

2.2.1 *Sistema jurídico y normatividad vigente*

La normativa sobre la gestación por subrogación en los países de América Latina evidencia significativas variaciones entre las naciones que la componen. En el caso de Uruguay, se ha implementado un conjunto de normas específicas que pretende equilibrar los progresos en las técnicas de reproducción asistida con la salvaguarda de los derechos esenciales de todos los participantes, en especial de aquellos que son concebidos a través de este método. Este subcapítulo se dedica a examinar el marco legal uruguayo en relación con la gestación por subrogación, considerando tanto la normativa vigente específicamente, por la ley No. 19167 de 2013, sobre Reproducción Humana Asistida, prohíbe tácitamente cualquier forma de comercio de gametos (óvulos o espermatozoides). Su objetivo principal es garantizar que esta técnica, acreditadas científicamente, se realice solo bajo estándares éticos, legales y claros (Zaldivar, 2022).

La ley 19167 de 2013 de 2013, abarca puntos cuatro puntos claves en los cuales se debe regir esta técnica de reproducción asistida como:

El artículo 2 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida establece que estas técnicas pueden ser utilizadas como el principal método terapéutico para tratar la infertilidad, siempre que sean el procedimiento médico adecuado para facilitar la concepción en aquellos casos en que, por razones biológicas, las parejas no puedan lograrlo de manera natural. Además, la norma garantiza el acceso a estas técnicas para todas las mujeres, sin importar su estado civil, según lo estipulado en la propia ley (Ley 19167 de 2013, pág. 3).

Este artículo explica que las técnicas de reproducción asistida son exclusivamente accesibles para quienes enfrentan infertilidad, destacando procedimientos específicos y permitiendo solo este procedimiento bajo fines altruistas. Así mismo, esta norma en su artículo 23 de la mencionada normatividad, indica quienes están legitimados para prestar el vientre, señalando que solo puede ser prestado por familiares de hasta segundo grado de consanguineidad, lo que incluye: madres, hermanas o hijas de la persona que solicita el procedimiento. Sin embargo, existe un proyecto actualmente que propone extender este límite conseguido, ampliando hasta el cuarto grado de consanguinidad, lo que incluiría primas, sobrinas o tías (Abracinskas, 2023).

Ahora bien, el artículo 25 de la ley 19167 de 2013 que habla sobre Nulidad, indica: Los contratos, ya sean onerosos o gratuitos, que se celebren entre una pareja o una mujer —que aporte gametos o embriones propios o ajenos— y otra mujer que se comprometa a llevar a cabo la gestación en su útero, con el objetivo de entregar al recién nacido, una vez que haya dado a luz, a los comitentes o a un tercero, serán considerados nulos de pleno derecho. Esta nulidad se basa en la violación del orden público y en la transgresión de principios fundamentales del ordenamiento jurídico español [...] (Ley 19167 de 2013, pág. 31).

Previendo que los contratos que sen onerosos o gratuitos, en el cual indique la obligación de entregar al recién nacido, serán nulos de pleno derecho. Sin embargo, la ley plantea una excepción y es la exigencia que la madre tenga un impedimento médico para gestar como ya menciono anteriormente, pero esta excepción deberá ser acreditada por prueba sumaria.

Cuando una mujer se encuentra imposibilitada de llevar a cabo la gestación de su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, debidamente diagnosticadas por el equipo médico tratante, podrá acordar con una familiar consanguínea —dentro del grado permitido por la normativa— la implantación y gestación de un embrión propio. Este acuerdo deberá tener carácter gratuito.

En los casos considerados de baja complejidad, los procedimientos serán financiados por el Sistema Nacional Integrado de Salud de Uruguay, siempre que la gestante no supere los cuarenta (40) años de edad. Para los casos de alta complejidad, el Fondo Nacional de Recursos podrá asumir total o parcialmente los costos, hasta un máximo de tres (3) intentos, conforme a lo previsto en la reglamentación interna del sistema de salud uruguayo. En este sentido, el Estado uruguayo, a través de su sistema de salud, financia la gestación subrogada bajo condiciones específicas (Briozzo, 2014).

En lo que respecta a la determinación de la filiación, el artículo 28 de la normativa vigente establece que esta se asignará a la mujer que haya dado a luz al menor, ya sea a través de un parto natural o por cesárea, lo que incluye —en los casos pertinentes— a la gestante subrogada. Esta disposición es especialmente importante, ya que implica un reconocimiento claro de la gestación por sustitución como una fuente legítima de filiación. Además, la legislación uruguaya garantiza el derecho de los niños nacidos mediante técnicas de reproducción asistida a conocer el proceso por el cual fueron concebidos, un derecho que puede ejercerse a través de una resolución judicial que lo autorice (Espejo, et al, 2023).

Por otro lado, el marco legal actual no incluye una norma que obligue a informar a los hijos sobre las circunstancias de su concepción a través de técnicas de reproducción asistida. Esto limita su capacidad para solicitar, si así lo desean, la revelación de la identidad de sus padres biológicos. Además, la manipulación fraudulenta de los datos relacionados con la filiación se considera un delito penal, tipificado como la supresión del estado civil, y puede conllevar una pena de prisión que varía entre dieciocho meses y ocho años (Ley 9155 de 1967, pág. 112).

El debate en torno a la maternidad subrogada en Uruguay, pone en evidencia las tensiones entre el avance social y los límites éticos y legales. Es de destacar que la normatividad uruguaya abre brechas inclusivas, pues da la posibilidad de aplicación. Sin embargo, también plantea riesgos, como la posible comercialización de estas prácticas o el desdibujamiento del principio de excepcionalidad basado en razones médicas. Por tanto, es fundamental que estas decisiones legislativas estén acompañadas de un análisis profundo y equilibrado entre los derechos individuales y la protección de los principios éticos.

2.2.2. Principios jurídicos del derecho uruguayo, referente a la materia

2.2.1.1 El interés superior del menor como principio rector. Este principio es un pilar fundamental en el marco normativo de Uruguay. Está reconocido en el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 17.823 de 2004) y se alinea con la Convención sobre los Derechos del Niño. Su objetivo es garantizar y priorizar el bienestar, el desarrollo integral y los derechos básicos de los menores, quienes son considerados plenos titulares de derechos. Además, la legislación uruguaya se esfuerza por asegurar que, en cada caso, los niños tengan un acceso real a la justicia, la educación, la salud y la protección social (Vera, Urquieta, & Montes, 2018).

2.2.1.2 Principio de dignidad e integridad de las mujeres gestantes. Los niños y niñas que nacen a través de la gestación por sustitución tienen los mismos derechos que cualquier otro niño, niña o adolescente, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de las Naciones Unidas. Sin embargo, aquellos que provienen de acuerdos internacionales de subrogación (AIS) pueden enfrentarse a situaciones que vulneran sus derechos fundamentales. Esto incluye el derecho a la identidad, que abarca su nombre, nacionalidad, lazos familiares y el acceso a sus orígenes biológicos; el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud; y el derecho a no ser tratados como objetos o mercancías. En este sentido, el principio del interés superior del menor se vuelve crucial en el marco normativo, obligando al Estado a asegurar la protección integral de estos menores, incluso en contextos donde el reconocimiento legal de la gestación subrogada esté limitado por normativas (UNICEF, 2022).

2.2.1.3 Principio de dignidad e integridad de las mujeres gestantes. Como bien se indica estos pilares son conjugados por el estado uruguayo, a fin de buscar un equilibrio entre el avance de las técnicas reproductivas y el respeto a la dignidad humana, tal como lo señala la ONU.

Este sistema considera que al limitar la práctica a familiares de hasta el segundo grado de consanguinidad y asegurarse de que se altruista y voluntario, se prioriza la protección de la mujer gestante, previendo la explotación o la presión externa.

Fundamento contrario a la visión del sistema legal español. Este marco refleja una postura ética más sólida, pero a su vez más maleable. Pues en su visión intenta evitar la comercialización del cuerpo humano mientras permite soluciones para casos excepcionales (caso que por demás son el principal motivo de acudir a la maternidad subrogada). Empero, el debate sobre las cuestiones éticas y morales persiste (Higüita & Gómez, 2023).

2.2.1.4 Principio de acceso a servicio de salud reproductiva. El sistema jurídico de Uruguay se ha destacado por su enfoque integral en la garantía y protección de los derechos sexuales y reproductivos, reconociéndolos como derechos fundamentales. En este contexto, la Ley N.º 18.426 de 2005 se erige como un pilar normativo al establecer el acceso universal, igualitario y sin discriminación a los servicios de salud sexual y reproductiva. Más adelante, la Ley N.º 19.167 de 2013 reforzó este avance al incluir las técnicas de reproducción humana asistida en el Sistema Nacional Integrado de Salud, garantizando así un acceso equitativo, solidario y digno. Este marco normativo refleja el compromiso del Estado uruguayo con el bienestar de su población, alineándose con las demandas de una sociedad diversa y los estándares actuales en derechos humanos (Ministerio de Salud Pública- Comisión Nacional Asesora en salud Sexual y Reproductiva, 2019).

2.2.1.5 Derecho a la identidad. El Decreto 84/015 (artículo 11) asegura que los niños concebidos a través de técnicas de reproducción asistida puedan acceder a detalles sobre el proceso, sin embargo, no proporciona un procedimiento claro para la subrogación ni requiere que esta circunstancia se registre en el certificado de nacimiento. La identificación de los donantes solo puede ser divulgada mediante una orden judicial (artículo 21), y esto no genera consecuencias legales en cuanto a la filiación (Espejo et al., 2023. pp. 384–385).

2.2.2 *Jurisprudencia de Uruguay sobre la maternidad subrogada*

Las sentencias divergentes en Uruguay están dirigidas a solucionar conflictos de filiación originados por técnicas de reproducción humana asistida en relación con la autorizada para parejas homosexuales y su aplicabilidad a la Ley 19167 de 2013, sobre Reproducción Humana Asistida.

2.2.2.1 Sentencia No. 180 del 2019. El presente caso se centra en una pareja homosexual femenina que se sometió a la técnica de reproducción asistida en la que una de las mujeres aportó los óvulos y la otra gestaría el útero, luego que naciera sus hijos se presentaron ambas a la Oficina de Registro Civil, a inscribir y reconocer ambas a sus hijos. No obstante, los funcionarios les manifestaron que solo podía hacerlo la gestante y que la madre no gestante podía recurrir a la adopción.

El tribunal en mérito del recurso de apelación interpuesto contra sentencia del Juzgado de Familia 27° Turno, concedió el amparo, considerando que existió ilegitimidad manifiesta a la Administración al no acceder a la inscripción de hijo matrimonial nacido dentro de este vínculo. Toda vez, que la adopción no siempre asegura la protección efectiva de los derechos de los niños nacidos a través de la gestación subrogada, quienes se encuentran en una situación vulnerable ante un Estado que aún no reconoce completamente su estructura familiar, se procede a lo solicitado basándose en el artículo 2228 del Código Civil uruguayo. Esta norma permite la legitimación de los hijos a través

del matrimonio válido de sus padres, sin hacer distinción entre uniones heterosexuales y homosexuales. Por lo tanto, se resuelve a favor de la solicitud y se ordena la inscripción correspondiente en el Registro del Estado Civil del Ministerio de Educación y Cultura, reconociendo así la legitimación por matrimonio posterior de los comparecientes respecto a sus hijos (Tribunal Apelaciones de Familia, 2019, SEF1 180, págs. 29-39).

2.2.2.2 Sentencia 55 Del 2022. La sentencia se presenta con ocasión a una serie de demandas y apelaciones interpuestas por personas transexuales, en donde se reclamaban sobre los derechos de las personas transa, entorno la accesibilidad de tener un hijo genéticamente vinculado con él, solicitando cualquier técnica de reproducción asistida incluida la gestación subrogada.

El tribunal no concede el amparo, toda vez que se comprueba que no se trata de un supuesto de infertilidad, dado que la personas pueden gestar, pero no se aconseja que la persona trans interesada lo realiza, dado que puede desarrollar disforia de genero por el aumento de hormonas femeninas en su cuerpo, exponiéndose a riesgos en la gestación, así como al producto de la gestación (Tribunal de Apelación Penal 1°, 2022, Sentencia 55).

2.3 Maternidad subrogada en california (Estados Unidos de América)

2.3.1 Sistema Jurídico Y Normatividad Vigente

En España y Uruguay, la maternidad subrogada es un tema controvertido y está prohibida como, reconocida, pero con ciertas restricciones. Sin embargo, en Estados Unidos la situación es diferente, en razón a que su sistema de gobierno se basa en la república federal constitucional compuesto por 50 estados y un distrito federal. Ello quiere decir, que cada estado posee un sistema de gobierno y leyes, pero están unidos bajo un gobierno federal. Para el escenario que hoy se nos plantea. La maternidad subrogada se encuentra enmarcada en un panorama legal complejo, donde su concepto de

regularización está dividido entre los mismos estados que componen el país (Rodriguez & Martinez, 2012).

El ordenamiento jurídico en Estados Unidos se caracteriza por ser una combinación de leyes federales y estatales, junto con decisiones judiciales y normativas administrativas, ello indicaría que Estados Unidos, además de estar bajo el sistema inglés (comon law), con una fuente consuetudinaria, misma que juega un papel importante en las interpretaciones de las leyes (Chandler, 2018)

Un ejemplo claro, es el estado de California en donde nos centraremos para el presente trabajo. La maternidad subrogada es legal y está regulada por este Estado, mismo que proporciona un marco legal claro para los acuerdos de subrogación, lo que convierte este destino como el más buscado por padres deseoso de engendrar. las leyes de california permiten expresamente los acuerdos de gestación subrogada. A diferencia de otros estados que han reconocido su regularización, California cuenta con más leyes estatutarias y jurisprudencia publicada sobre acuerdos de gestación subrogada que cualquier otro estado (Legal Professional Group, 2024).

En cuanto a su normatividad, California es pionero en tener un estatuto en la cual se hable tácitamente de la maternidad subrogada, como lo es *La Ley de Familia de California*, en sus secciones 7960 a762, los cuales aborda los aspectos relacionados con los acuerdos de reproducción asistida.

Por su parte, la sección 7661 aborda los acuerdos de reproducción asistida para los portadores del acuerdo, indicando la potestad de renuncia consiente a su tutela del niño que gesta. Indica igualmente que este acuerdo debe ser claro y expreso en donde verte la voluntad tacita de las partes. En mismo sentido, la sección 7662, instaure los requisitos legales, manifestando para ello que este acuerdo debe ser pre- contractual, es decir, antes de realizarse cualquier procedimiento. Indicando que la madre sustituta y los padres de intención deben estar representados legalmente, así como ser autenticado ante

notario. Esencial en misma sección es el procedimiento que se ejerce antes, durante y después de la técnica de reproducción, dado que velan por el bienestar de la madre gestante no solo físico, sino también mental. Así mismo, la claridad de la cesión de patria potestad y custodia al momento del parto (Tribunal Superior de California, 2013).

Este aspecto diferencial a comparación de los otros ordenamientos ya analizados, podemos indicar que California toma un papel contrapuesto al de España, siendo permitida y regulada la maternidad subrogada. Así mismo, es de resaltar que, en cuanto a sus fuentes de filiación, California reconoce tanto la gestacional como la tradicional, abriendo la brecha al ámbito de la bioética moderna, la cual no podemos desconocer. Este marco legal es inclusivo no solo para las mujeres que por imposibilidad es medicas puede concebir su propio hijo sino, también rompe barreras de las parejas homosexuales con imposibilidades físicas a concebir, es decir, los procesos de subrogación sin restricciones asentadas a un estado civil o una orientación sexual.

En mismo sentido, es de examinar que el estado de California en un enfoque jurídico proyecto los contratos de subrogación basados en la voluntad de las partes y la libertad de elección, cimientos de los cuales se apoya en las ciencias sociales y humanas, a fin de proteger el bienestar y derechos fundamentales de las partes.

2.3.2 Principios jurídicos aplicables al derecho comparado en el Estado de California (EE. UU).

Los estados que permiten la subrogación consideran que los acuerdos respetan la autonomía y la voluntad de las partes, su libertad contractual, siempre y cuando el objetivo sea la protección e interés del menos, contrario sensu a las vistas anteriormente, dado que sus principios se basan en la protección y la dignidad humana.

2.3.2.1 Buena fe contractual. La buena fe es un principio fundamental en la aplicación de los contratos, por tanto, no sería diferente en este contexto. La maternidad subrogada en California este constituye un principio general derecho aplicado a lo humano. Pues es el modo sincero y razonable con que se procede, razón por la cual está íntimamente relacionada con la idea de rectitud, de intención y lealtad, con que se consagra por el acuerdo. Es de resalta que si bien, California opta por una visión más positivista, no menos cierto que al consagrar la buena fe como primer principio fundante de los seres humanos, el deber de comportarse correctamente y elemento en sus relaciones mutuas, traduce en un comportamiento humano honesto, leal y veraz (**Schopf, 2018**).

2.3.2.2 Libertad contractual. Este principio permite que las partes celebren contratos de manera voluntaria, guiados por un deseo y una necesidad, siempre que se represente la buena fe. Para el estado de California, esto significa que para la materia en concreto los padres intencionales y madre gestante pueden llegar un acuerdo de manera voluntaria y expresa, asegurándose cada parte de transmitir un acuerdo justo. Sin embargo, esta libertad está limitada a el cumplimiento de la normatividad estatal y federal (**Cevilla, 2018**).

2.3.2.3 solidaridad social. Cuando hablamos de acuerdos en materia de maternidad subrogada, ello implica que sea hay un beneficio para las partes, pero también para la sociedad en general. Es deber y principio que cada acuerdo responda a los fines comunes del estado, así como un bienestar colectivo. Entiéndose por solidaridad social, la protección de los derechos humanos, así como la preponderancia por el cuidado de las partes intervinientes como: el niño o niña, la madre gestante y los padres de intención, velando por el compromiso del cuidado mutuo y el respeto a la vida, siendo este principio el más delgado pues con este se busca la dignidad del niño o niña, evitando que sea tratado como mecánica (**Zurriarán R. G., 2019**).

2.3.2.4 Intencionalidad y/o Voluntad. La intencionalidad y/o voluntad refiera al designio claro de las partes, además de un principio es un derecho que tiene las partes a decidir libremente sobre si misma y sus condiciones de vida. De un parte de los padres de intencionalidad al tener y criar al niño o niña, con respeto y dignidad, y, de otra parte, la de madre, gestante que de manera voluntario otorgue su custodia y patria potestad. La sección 25.8 del Código Civil de California manifiesta que, en cuanto a la formación de los contratos, la declaración de la voluntad constituye que el documento sea válido (Código Civil de la Baja California de 1974, págs. 32-33).

2.3.3 *Análisis jurisprudencial de California en materia de maternidad subrogada.*

Revisada la normatividad y los principios que regulan la maternidad subrogada en el estado de California, es menester considerar su aplicación en casos judiciales en este mismo estado. Estas decisiones judiciales han configurado un papel importante en la interpretación de las normas antes expuestas, estableciendo precedentes jurídicos que han permitido moderar las leyes a un panorama legal globalizado entorno a la maternidad subrogada.

2.3.3.1 Caso Jonhson vs Calvet, 1993. Es una sentencia hito, en el cual, declara la validez del contrato y se permite la determinación de la filiación a favor de los padres de intención. Tuvo como sustento jurídico la teoría de la intención, donde expone la voluntad de la madre gestante.

En este sentido la corte suprema del estado de California le correspondió dirimir el conflicto que se ocasiono entre la madre gestante y los padres de intención. En la cual la madre gestante buscaba ser declarada la madre, sin embargo, tras el debate, la Corte concluyo que el contrato no se vio evidencia en el cual fue obligada a aceptar por necesidades económicas, y que no carecía de alguna incapacidad la cual viciara el consentimiento. Así mismo señaló que las pruebas allegadas al caso en la cual el niño o

niña gestado fuera considerado mercancía sino por el contrario, la remuneración se debía a los servicios prestados (Justic Us Law- California Lw, 1993).

2.3.3.2 Caso Buzzanza vs Buzzanca, 1998. En el presente caso, se dio a conocer con ocasión a que los esposos Buzzanca tuvieron un embrión genéticamente no relacionado con ellos, es decir, que fue creado con el pecunio de ellos, pero el espermatozoide era de un donante anónimo y su gestación se llevó a cabo c a través de técnica de maternidad subrogada. Tras la separación de la pareja el problema inicio, pues el esposo (John) renuncio a cualquier responsabilidad parental del niño aludiendo que no compartían ningún vínculo bilógico el cual debía obligarlo. La corte para este caso concluyo que los padres eran legalmente responsables de la niña y, que si bien no compartía ningún vínculo genético que lo obligara, no menos cierto era que dio su consentimiento previo para llevar a cabo la fertilización in vitro y la implantación en la madre subrogada, concluyendo con ello su intencionalidad de ser padre, por ende, su padre con deberes y obligaciones (Surrogate Legal Parents of Child, 1998)

2.3.3.3 Caso “In Re Marriage Od Moschetta”, 1994. Este caso trata de una pareja, llamados Roberth y Cinthya Moschetta, quienes, tras sus deseos de concebir, decidieron recurrir a la técnica de maternidad subrogada utilizando el espermato del señor Robert. Cuando la pareja se divorció, surgió el debate de quien debía tener la custodia del niño. El tribunal en primera instancia determinó que Robert era tanto el padre legal como el biológico, por tanto, debía poseer la custodia y patria potestad del menor. Sin embargo, en segunda instancia se revocó la sentencia argumentando que ni Roberth ni Cinthya eran padres legales del niño, sino la madre gestante. **(Marriage, Moschetta, 1994).**

Este caso sentó un precedente muy alejado a la línea que llevaba pues, en este caso de tecnología de reproducción asistida como la inseminación artificial no basto para decretar la paternidad, pues no se basó únicamente en esos vínculos jurídicos sino en la intención de los padres.

2.4 Un análisis jurídico comparado de los criterios legales

Tabla 1

Cuadro comparativo el sistema jurídico, permisión de la maternidad subrogada.

CRITERIO	ESPAÑA	URUGUAY	ESTADO DE CALIFORNIA (EE. UU)
	Monarquía Parlamentaria	República democrática y Unitaria	Republicano Federal
Sistema de gobierno	Jefe de Estado: rey Poder Legislativo: cortes generales	Jefe de Estado: presidente Tiene sistema legislativo que es bicameral conformado por Cámara de Representante y el Senado	Jefe de Estado: presidente, pero, tiene propio gobierno estatal con una constitución propia, legislativo bicameral y una división clara con gobierno federal, es decir, cada estado maneja una normatividad diferente con una única constitución.
Sistema jurídico	Derecho Continental O Civil Law Enfoque: tradicional, con raíces en el derecho romano ius naturalista.	Derecho Romano Germanico. - Civil Law Enfoque: influenciado con el derecho francés, especialmente el Código Napoleónico.	Derecho Anglosajon Common Law Enfoque: derecho Consuetudinario, importante papel en la interpretación de las leyes.
Permite tácitamente o niega	Prohibición Absoluta Se concibe como explotación (art. 10 de la ley 14 de 2006 española) Prohíbe tácitamente la maternidad subrogada.	Permisión Parcial Se permite la maternidad subrogada solo fines altruistas. (ley19.167 de 2013)	Permisión Absoluta Permite la filiación comercial. "La Ley de Familia de California"

Nota: Elaboración propia (2025).

Tabla 2

Cuadro comparativo principios sobre la maternidad subrogada.

CRITERIO	ESPAÑA	URUGUAY	ESTADO DE CALIFORNIA (EE. UU.)
Legalidad del contrato	Nulo de pleno derecho (Ley 14/2006, art. 10)	Permitido solo en casos excepcionales, con criterios muy estrictos (Ley 19.167, art. 25)	Legal y permitido si se realiza con consentimiento informado, ya sea altruista o comercial
Carácter del contrato	Considerado contrario al orden público y a la dignidad humana	Solo altruista, prohibido el pago o compensación económica	Puede ser altruista o comercial, según las partes; contrato vinculante si aprobado judicialmente
Filiación legal	Determinada por el parto: la madre es quien da a luz (art. 10.2 Ley 14/2006)	Determinada por el acuerdo autorizado y la aprobación previa por la Comisión correspondiente	Determinada por la intención y consentimiento previo de los padres comitentes (In re Marriage of Buzzanca, 1998)
Requisitos para la gestante	No aplicable (prohibido)	Mujer familiar hasta segundo grado de consanguinidad; debe ser un acto altruista y con diagnóstico médico del comitente	No se exige vínculo de parentesco; debe contar con asesoría legal y médica antes de firmar el contrato
Reconocimiento de acuerdos extranjeros	No reconocidos si se consideran contrarios al orden público internacional español	Reconocidos si cumplen con la normativa del país de origen; se inscriben en el Registro Civil (Ley 19.920, art. 28)	Automáticamente válidos dentro del estado si cumplen los requisitos legales locales
Derecho a la identidad del niño	Reforzado, aunque sin mecanismo claro en casos de subrogación en el extranjero	Reconocido en la ley, pero sin mecanismos obligatorios para que el niño conozca su origen si no lo informa la familia	Requiere consentimiento o procedimiento judicial para revelar identidad genética o de la gestante

Nota: Elaboración propia (2025).

3 Capítulo III. Una fisura uterina en el Estado colombiano

En Colombia, la gestación subrogada se sitúa en un escenario legal indefinido, sin una normativa específica que la autorice o prohíba de manera nítida. Este capítulo se dedicará a revisar los estudios existentes sobre la maternidad subrogada en el país, abordando en primer lugar su marco conceptual en el contexto colombiano y, seguidamente, examinando los desafíos y las oportunidades que esta práctica plantea en Colombia.

3.1 Filiación en Colombia

La determinación de la filiación es un aspecto clave en el ámbito de la gestación por sustitución, ya que define los derechos y responsabilidades legales tanto de los padres intencionales como de la mujer gestante, tal como hemos visto a lo largo de este análisis. En el marco legal colombiano, la filiación se rige principalmente por las normas del Código Civil; sin embargo, ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia la que ha proporcionado una guía interpretativa frente a las disputas que han surgido en torno a este tema, dado que no existe una regulación específica al respecto.

La Corte Constitucional define la filiación, como:

...La relación que se establece entre padres e hijos, ya sea a través de un vínculo biológico o adoptivo, es fundamental para la personalidad jurídica y forma parte esencial del estado civil de las personas. Esta filiación se considera un derecho implícito, que permite a los titulares ejercer otros derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad, el acceso a la justicia y la protección de la dignidad humana (Corte Constitucional, 1999, Sentencia T-488).

Por su parte, el Código Civil Colombiano establece las bases para la filiación, definiendo los derechos y deberes de los padres y los hijos. Según los artículos 51-52 y 213 del Código Civil, la filiación puede ser matrimonial o extramatrimonial, y se establece

a través del reconocimiento voluntario, la presunción de paternidad en el matrimonio, o mediante sentencia judicial, como en el caso de la filiación por adopción.

3.1.1 Filiación bajo matrimonio

Se presume la filiación cuando el nacimiento ocurre durante la vigencia del matrimonio. En tal caso, se atribuye al esposo de la madre la calidad de padre legal del menor, salvo que se aporte prueba en contrario. Esta presunción busca proteger la cohesión familiar y garantizar que los hijos nacidos en el seno del matrimonio obtengan de forma clara y automática su reconocimiento jurídico (Serrano, 2020).

3.1.2 Filiación extramatrimonial

3.1.3 La filiación extramatrimonial se refiere a la situación de los hijos que nacen fuera del matrimonio. En estos casos, la filiación puede establecerse de varias maneras:

Reconocimiento voluntario. Los padres pueden hacer una declaración formal para reconocer a su hijo ante la autoridad correspondiente, como un notario o un juez.

Sentencia judicial. Si no hay un reconocimiento voluntario, la filiación puede ser establecida mediante una sentencia judicial. Esto puede ocurrir en casos donde se presenta una demanda de filiación y se aportan pruebas suficientes para demostrar la relación de parentesco (Camargo, 2005).

Filiación por adopción. De conformidad con el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico la adopción se define como el acto legal que establece una conexión de parentesco entre dos individuos, uno que adopta y otro que es adoptado, creando así una relación de paternidad y/o maternidad que está regulada por la Ley 140 de 1960 y la Ley 1098 de 2006. En el artículo 61 de esta última, se define la filiación adoptiva como una forma de protección que, bajo la estricta supervisión del Estado, establece de manera irrevocable el vínculo entre padres e hijos, incluso cuando no existe de forma natural. Es fundamental mencionar que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) es la entidad central responsable de gestionar los procesos de adopción.

Como consecuencia de la adopción, se producen los efectos que se detallan a continuación:

- La adopción establece que tanto el adoptante como el adoptado obtienen, a través de este proceso, los derechos y responsabilidades que caracterizan la relación entre padres e hijos.
- Este acto crea un lazo de parentesco civil entre el adoptante y el adoptado, que se extiende a todos los grados y líneas de consanguinidad, adopción o afinidad de ambas partes.
- El adoptado llevará los apellidos de sus nuevos padres adoptivos.
- Con la adopción, el adoptado deja de ser parte de su familia biológica, y se extinguen todos los lazos de consanguinidad, excepto lo que se menciona en el impedimento matrimonial del ordinal 9 del artículo 140 del Código Civil.
- Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre biológicos del adoptado, estos efectos no se aplican a ese progenitor, lo que significa que el adoptado conserva sus vínculos con su familia biológica.

3.1.4 Derechos y deberes

La filiación, ya sea matrimonial, extramatrimonial o adoptiva, conlleva una serie de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos. Estos incluyen el derecho del hijo a recibir alimentos, educación, y cuidado, así como el derecho a heredar de sus padres. Por otro lado, los padres tienen el deber de proporcionar estos cuidados y de asumir la responsabilidad legal y moral de sus hijos (Miralles, et al, 2020).

Por lo tanto, la filiación otorga a cada persona su identidad y establece derechos y responsabilidades recíprocas entre padres e hijos. En el contexto colombiano, esta relación entre padres e hijos está influenciada por factores que no dependen de los menores, como la manera en que nacen o el estado civil de sus padres. Aunque en muchas legislaciones se han eliminado estas diferencias, reconociendo hoy en día a

todos los hijos con los mismos derechos sin importar su origen, en Colombia todavía existen distinciones basadas en el nacimiento o la situación civil de los progenitores. Estas desigualdades reflejan las particularidades de cada tipo de filiación, a pesar de que los derechos de todos los hijos ya se han equiparado (Abello, 2007).

3.2 Maternidad subrogada

En el mundo de la gestación subrogada, la cuestión de la filiación se vuelve bastante complicada. Este método de reproducción asistida implica que una mujer, conocida como la gestante, lleva a cabo el embarazo para beneficiar a otra persona o pareja, a quienes se les llama comitentes. En Colombia, la falta de una regulación específica en este tema crea un ambiente de incertidumbre y desafíos legales. Sin una norma clara, las personas involucradas se encuentran en una situación vulnerable, dependiendo de las interpretaciones de los tribunales y de los acuerdos privados que puedan establecer (Perez, 2020).

3.2.1 Marco legal y jurisprudencial colombiano

En Colombia, la maternidad subrogada no está específicamente regulada por la ley, lo que genera incertidumbre y desafíos legales. La falta de una normativa clara deja a las partes involucradas en una situación vulnerable, ya que deben depender de interpretaciones judiciales y acuerdos privados.

El marco legal y jurisprudencial colombiano en relación con la maternidad subrogada y la filiación es complejo y está en evolución. En Colombia, la filiación se rige por el Código Civil, que establece los derechos y obligaciones entre padres e hijos. Sin embargo, la maternidad subrogada no cuenta con una regulación específica, lo que genera incertidumbre legal.

La jurisprudencia por su parte, ha sido una de las fuentes del derecho en el cual se ha podido subsumir esta temática. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia

ha abordado casos relacionados con la maternidad subrogada, buscando proteger los derechos fundamentales de todas las partes involucradas y garantizar el bienestar del niño.

En el contexto de sus declaraciones sobre la gestación por sustitución y la filiación, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-968 de 2009, indicó que la legislación colombiana no establece una prohibición clara en relación con los acuerdos o contratos de maternidad subrogada. Sin embargo, el tribunal enfatizó la importancia de asegurar la protección integral de los derechos de los niños que nacen mediante técnicas de reproducción asistida, incluida la subrogación. Se hizo hincapié en la aplicación prioritaria del principio del interés superior del menor en cuestiones de custodia y cuidado personal. Esta decisión surgió a raíz de una acción de tutela presentada por una madre que argumentaba que se estaban vulnerando los derechos fundamentales de sus hijos menores tras la suspensión temporal de su custodia (Corte Constitucional, 2009, T- 968).

Por su parte, La Corte Suprema de Justicia, en su papel de unificadora de la jurisprudencia, ha emitido fallos importantes sobre la gestación por sustitución, siendo la Sentencia SC-140 de 2015 una de las más destacadas. En esta decisión, el tribunal subrayó que los acuerdos de subrogación deben elaborarse con un firme respeto por los derechos fundamentales de todas las partes involucradas, y, sobre todo, garantizando el bienestar del menor. El caso en cuestión se centró en un desacuerdo entre los padres comitentes y la mujer gestante, quienes habían firmado un acuerdo en el que ella se comprometía a llevar el embarazo y entregar al recién nacido a los comitentes. Ante las disputas sobre la filiación y los derechos del menor, la Corte falló a favor de los padres comitentes, enfatizando que estos acuerdos deben basarse en principios de ética, justicia y respeto por la dignidad humana. Además, reafirmó que el interés superior del menor debe ser la guía principal, exigiendo que se garantice una filiación clara, estable y

jurídicamente protegida, sin ignorar los derechos de la mujer gestante (Corte Suprema de Justicia, 2015, SC - 140).

Recientemente, el Juzgado 38 de Familia de Bogotá tomó una decisión importante al reconocer el derecho de la mujer gestante a ser registrada como madre en el registro civil de nacimiento del niño que nació a través de un acuerdo de gestación subrogada. En este caso particular, el ciudadano danés Jonás Hedegaard Ydemann presentó una acción para impugnar la maternidad de Kelly Yohana Jaimes, una ciudadana colombiana que actuó como gestante. A pesar de que una prueba genética demostró que no había un vínculo biológico entre la gestante y el menor, la jueza concluyó que no se podía ignorar el papel crucial de la señora Jaimes en la gestación, ya que su cuerpo fue fundamental para el desarrollo y la culminación del embarazo. Por lo tanto, se le reconoció el derecho a aparecer como madre en el registro civil del recién nacido, en línea con el principio de realidad biológica y corporal del proceso gestacional (Villamil, Imfobae, 2024).

La autoridad judicial destacó que los avances en ciencia y tecnología en el ámbito de la reproducción asistida han permitido dividir el proceso reproductivo en dos etapas distintas: la fecundación y la gestación. Esto, desde un punto de vista biológico, abre la puerta a la posible existencia de dos tipos de madres: la madre genética, que aporta el material genético, y la madre gestante, que es quien lleva a cabo el embarazo. Este pronunciamiento subraya la urgente necesidad de crear un marco normativo claro y específico en Colombia sobre la gestación por sustitución, con el objetivo de asegurar la protección integral de los derechos del recién nacido y evitar posibles conflictos legales entre las partes involucradas en estos acuerdos (Ortiz, 2024).

En resumen, la filiación y la maternidad subrogada son temas interrelacionados que presentan desafíos significativos en el contexto legal colombiano. La filiación, que establece los derechos y responsabilidades entre padres e hijos, se vuelve más compleja con la subrogación, ya que no hay una norma específica que la regule. Aunque el Código

Civil y la jurisprudencia ofrecen algunas orientaciones, la falta de una regulación clara deja a los involucrados en una situación vulnerable y genera incertidumbres legales.

En Colombia, la jurisprudencia, a través de decisiones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, ha abordado casos de maternidad subrogada con el objetivo de proteger los derechos fundamentales de todas las partes y garantizar el interés y bienestar del menor. Sin embargo, es evidente la necesidad urgente de un marco legal integral que aborde las particularidades de la subrogación y brinde seguridad jurídica.

A continuación, se presentan tablas comparativas que muestran las diferencias y similitudes en la regulación de la maternidad subrogada en Colombia en comparación con otros países, así como los principios contractuales aplicables y la jurisprudencia relevante.

Tabla 3

Cuadro comparativo marco jurídico de la maternidad subrogada

ASPECTOS	DESCRIPCIÓN
Sistema de gobierno	Estado unitario, con división de poderes y sistema presidencialista
Sistema jurídico	Civil Law, basado en el derecho romano y desarrollado a través de Códigos y Leyes escritas
Permisión expresa o tacita	Ni se permite ni se prohíbe, al no estar regulada específicamente, genera un vacío legal
Maternidad subrogada	No regulada, deja a las partes en una situación vulnerable.
Principios jurídicos contractuales	Los principios contractuales que podrían ser aplicados en caso de un problema contencioso son: principio de buena fe y libertad contractual, estos fueron aplicados en la jurisprudencia Colombia mas no están tácitamente en la ley.
Solidaridad social	Aplicable en contratos, sin embargo, no se ha evaluado el tema en la normatividad Colombia
Intencionalidad y voluntad	Son aplicables a los contratos, pero falta de regulación específica en materia de maternidad subrogada

Derecho comparado jurisprudencial	Jurisprudencia internacional abordada en caso de maternidad pueden ser aplicables
Bloque de constitucionalidad	La jurisprudencia internacional como ya se dijo es aplicable para regular el tema, así como los tratados internacionales ratificado por Colombia, forman parte del bloque de constitucionalidad y ello implica

Nota: Elaboración propia (2025).

Este cuadro resalta, la situación actual resalta la falta de una regulación específica sobre la maternidad subrogada en el sistema legal colombiano, lo que trae consigo una serie de problemas y desafíos legales que afectan directamente los derechos e intereses de todos los involucrados: la mujer gestante, los padres comitentes y, sobre todo, el niño o la niña que nace a través de este proceso. Sin una normativa clara que regule este fenómeno, nos encontramos en un entorno de inseguridad jurídica, donde los acuerdos de subrogación dependen únicamente de la voluntad de las partes. Esta ausencia de regulación fomenta la aparición de conflictos y disputas que podrían evitarse con la implementación de un marco legal que asegure la protección de los derechos fundamentales de todos los implicados.

Por otro lado, en cuanto a la madre gestante se puede identificar que tampoco hay regulación que la pueda proteger, llevándola a un estado de vulnerabilidad. Sin una regulación específica, es difícil garantizar que la madre gestante reciba un trato justo y que su bienestar físico y psicológico sea velado durante el término del embarazo. Es de resaltar que con la poca jurisprudencia encontrada, pudo identificarse que, el interés superior del niño o niña debe ser prioridad en cualquier acuerdo de maternidad, y es de resaltar que han sido los pequeños pino que se han divisado en la jurisprudencia colombiana, pues ello implica que la futura regulación que haya incluirá el derecho a conocer su origen y evaluar el bienestar e interés del niño o niña a fin de recibir los cuidados y protección necesarias para su desarrollo integral, en seguimiento de lo establecido en la Constitución Política.

Tabla 4

Cuadro comparativo marco jurídico de la maternidad subrogada entre: España, Uruguay, california (Estados Unidos) y Colombia.

ASPECTO	ESPAÑA	URUGUAY	CALIFORNIA	COLOMBIA
Sistema gobierno	Monarquía Parlamentaria <i>Jefe de estado:</i> Rey. <i>Poder Legislativo:</i> Cortes generales.	República Democrática y Unitaria <i>Jefe de estado:</i> presidente. <i>Tiene sistema legislativo que es bicameral</i> conformado por: Cámara de Representante y el Senado	Republicano Federal <i>Jefe de estado:</i> Presidente, pero, tiene propio gobierno estatal con una constitución propia, legislativo bicameral y una división clara con gobierno federal, es decir, cada estado maneja una normatividad diferente con una única constitución.	República Democrática y Unitaria <i>Jefe de estado:</i> Presidente. <i>Tiene sistema legislativo que es bicameral,</i> conformado por Cámara de Representante y el Senado.
Sistema jurídico	Common Law, derecho consuetudinario- juega importante papel en la validación contractual.	Civil law, basado en el derecho romano- códigos y leyes escritas-.	Civil Law, basado en el derecho romano- germánico y el Código Napoleónico.	Civil Law, basado en el derecho romano y desarrollado a través de códigos y leyes escritas.
Permisi3n expresa o tacita	Derecho Continental O Civil Law	Derecho Romano Germanico. - Civil Law	Derecho Anglosaj3n Common Law	No regulada específicamente, dejando a las partes en una situaci3n vulnerable.

	<i>Enfoque:</i> Tradicional, con raíces en el derecho romano ius naturalista.	<i>Enfoque:</i> Influenciado con el derecho francés, especialmente el Código Napoleónico.	<i>Enfoque:</i> Derecho Consuetudinario, importante papel en la interpretación de las leyes.	
Principios jurídicos contractuales	Buena fe, libertad contractual, solidaridad social, voluntad.	Principios similares, salvo que en el contexto de la maternidad subrogada esta no se aplica por estar prohibido.	Esencial en la interpretación de los contratos, garantizando cumplimiento leal de obligaciones.	Aplicable en contratos, pero falta de regulación específica en maternidad subrogada.
Buena fe	Clausula general que permite al juez definir deberes de comportamiento o efecto jurídicos implícitos en un contrato.	Principio fundamental en los contratos, asegurando la honestada y transparencia. Sin embargo, para la maternidad subrogada no aplica.	Permite a las partes establecer términos del contrato, respetando leyes y principios de buena fe.	Aplicable en contratos, pero falta de regulación específica en maternidad subrogada.
Libertad contractual	las partes son libres para celebrar un contrato.	Las partes son libres salvo en los contratos permitidos por la ley.	Asegura que los contratos contribuyan al bienestar de la sociedad en general.	Aplicable en contratos, pero falta de regulación específica en maternidad subrogada.
Solidaridad social	Los contratos deben ser beneficiosos a la colectiva y responder a los fines comunes.	No se considera en la maternidad subrogada una solidaridad social, puesto que es considerado explotación sexual.	Fundamentales para la validez de los contratos, garantizando actuación libre y consciente de las partes.	Aplicable en contratos, pero falta de regulación específica en maternidad subrogada.

Derecho comparado	Sentencia ito Johnson v. Calvert (1993) y Buzzanca v. Buzzanca (1998).	Jurisprudencia enfocada en regular la inscripción de filiaciones derivadas de procedimientos de gestación por sustitución realizada en el extranjero.	Sentencias dirigidas a solucionar conflictos de filiación originados por técnicas de reproducción humana asistida.	Jurisprudencia aborda casos relacionados con la maternidad subrogada, pero falta de regulación específica genera VACIO JURIDICO
Bloque de constitucionalidad	No Aplicable.	No Aplicable.	No Aplicable.	<i>Aplicable:</i> Las decisiones de los tribunales y los tratados internacionales que Colombia ha ratificado forman parte del bloque de constitucionalidad. Esto influye en cómo se interpretan y aplican las normas relacionadas con la maternidad subrogada.

Nota: Elaboración propia (2025).

El cuadro comparativo que se presenta aquí resalta las principales diferencias y similitudes en la regulación de la maternidad subrogada en diversas jurisdicciones, especialmente en Estados Unidos (Estado de California), España, Uruguay y Colombia. Además, subraya la urgente necesidad de que el legislador colombiano establezca un marco normativo específico que aborde las particularidades de esta técnica de reproducción asistida. Esto es fundamental para garantizar la seguridad jurídica y proteger efectivamente los derechos fundamentales de todas las personas involucradas en este proceso, especialmente del niño o niña que está por nacer.

En Estados Unidos, especialmente en California, la gestación subrogada es legal y está bien regulada. La legislación californiana permite tanto la subrogación tradicional como la gestacional, asegurando que se respeten los derechos de todas las partes involucradas. Casos como *Johnson v. Calvert* (1993) e *In re Marriage of Buzzanca* (1998) han establecido precedentes claros que brindan seguridad jurídica. Los contratos de subrogación en California son vinculantes, y se pueden obtener órdenes de filiación antes del nacimiento, lo que garantiza que los padres comitentes sean reconocidos legalmente desde el momento del parto.

Por otro lado, en España, la maternidad subrogada está prohibida por la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que anula de pleno derecho los contratos de subrogación, ya sea que incluyan o no compensación económica. Esta prohibición se basa en consideraciones éticas y sociales, con el objetivo de evitar la mercantilización del cuerpo femenino. Además, la jurisprudencia española refuerza esta postura al impedir que se inscriban en el Registro Civil los niños nacidos por subrogación en el extranjero.

En cuanto a Uruguay, el país adopta una posición intermedia: la Ley 19.167 de Reproducción Humana Asistida permite la subrogación solo con fines altruistas, cuando la comitente no puede gestar debido a enfermedades genéticas o adquiridas. Esta ley exige que la gestante sea familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y prohíbe cualquier tipo de compensación económica. Aunque proporciona un marco normativo claro, la práctica es limitada y desde su promulgación se han presentado pocas solicitudes.

Pero, está Colombia quien es un país que es latente a la espera de una posición, dado que no está específicamente regulada, lo que genera incertidumbre legal y deja a las partes involucradas en una situación vulnerable. La jurisprudencia ha abordado algunos casos, como la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional, que

reconoce la necesidad de proteger los derechos de los niños nacidos a través de técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, la falta de una normativa clara deja a las partes dependientes de acuerdos privados y decisiones judiciales, lo que puede llevar a conflictos y a la falta de protección adecuada.

Por ende, la comparación de las diferentes posiciones jurídicas en Estados Unidos (California), España, Uruguay y Colombia revela la necesidad urgente de una regulación específica en Colombia. Mientras que California ofrece un marco legal claro y protector, España adopta una postura prohibitiva basada en consideraciones éticas. Uruguay permite la subrogación altruista bajo estrictas condiciones, pero con una práctica limitada. En contraste, Colombia carece de una regulación específica, lo que genera incertidumbre y vulnerabilidad para todas las partes involucradas. Es imperativo que el legislador colombiano desarrolle un marco jurídico claro y comprensivo que aborde las complejidades de la maternidad subrogada y proteja los derechos de todas las partes.

4 Capítulo IV Desafíos jurídicos

4.1 Principales dificultades

Como se ha mencionado a lo largo de esta investigación, la filiación —que se entiende como el vínculo legal entre los hijos y sus padres— ha tenido históricamente un fundamento biológico. Sin embargo, también puede surgir a través de figuras como la adopción o las técnicas de reproducción asistida. En el contexto colombiano, la maternidad subrogada, o gestación por sustitución, no cuenta con una regulación específica que la reconozca formalmente como una fuente de filiación dentro del marco legal del país.

A pesar de la falta de normativas claras, la gestación subrogada es una práctica que se observa con frecuencia en Colombia. Solo hay que echar un vistazo a la cantidad de sitios web que ofrecen servicios de asesoría y conexión para acceder a esta técnica, incluyendo la intermediación con mujeres dispuestas a ser madres gestantes. En este escenario, los acuerdos entre las partes —la madre gestante y los padres comitentes— se fundamentan en el principio de autonomía de la voluntad privada.

La ausencia de una regulación clara ha dado lugar a vacíos legales y conflictos, ya que no existe un marco que aborde de manera integral los aspectos éticos, legales y sociales de esta práctica. En este contexto, la jurisprudencia ha jugado un papel fundamental, especialmente la Corte Constitucional, que ha establecido directrices para determinar la filiación y proteger los derechos de los niños nacidos a través de técnicas de reproducción asistida, reafirmando el principio del interés superior del menor, sobre todo en lo que respecta a la custodia y el cuidado personal.

Así mismo, la falta de legislación no solo impacta a los menores que nacen a través de la gestación subrogada, sino que también deja a los padres intencionales y a las mujeres que eligen gestar en una situación vulnerable. Sin un marco legal claro, estas mujeres corren el riesgo de ser víctimas de abusos por parte de agencias intermediarias o

de los padres que buscan ser padres. Por eso, es crucial que el sistema legal colombiano incluya mecanismos que ofrezcan una protección justa y efectiva para todas las partes involucradas.

Es importante de reconocer que en nuestro país hay lugares en donde se presentan situaciones de violencia y pobreza extrema, por lo que mujeres humildes y de escasos recursos optan por ser madres subrogadas por necesidad económica, lo que podría llevarlas a ser víctimas de explotación y abuso; en esta medida, es importante regular la maternidad subrogada así como el cumplimiento de requisitos y condiciones y de esta manera asegurar que las mujeres involucradas en este proceso sean tratadas con dignidad y respeto y que sus derechos estén debidamente protegidos.

Sin embargo, uno de los mayores desafíos para implementar una regulación sobre la maternidad subrogada en Colombia radica en los dilemas éticos y morales que esta práctica genera, lo que ha provocado un amplio debate en la sociedad. Uno de los argumentos más comunes en contra es que esta modalidad puede llevar a la cosificación y mercantilización del cuerpo femenino. Al utilizar el cuerpo de la mujer como un medio para alcanzar un fin, existe el riesgo de reducir su valor a un simple instrumento reproductivo.

Además, la maternidad subrogada plantea preguntas importantes sobre los derechos de la mujer gestante. Por ejemplo, ¿puede ella arrepentirse y decidir quedarse con el niño? ¿Qué sucede si surgen complicaciones de salud durante el embarazo que la afecten directamente? Asimismo, otro tema ético relevante es el respeto por el bienestar y los derechos del niño que nace bajo este tipo de acuerdos. Es fundamental asegurar que tenga acceso a su origen genético y que sus derechos sean protegidos desde el momento de su nacimiento.

También surge la preocupación sobre si el contrato de subrogación tendría, desde un punto de vista legal, un objeto lícito. ¿Puede considerarse legal un contrato que

implique el uso de las funciones del cuerpo de otra persona? Este aspecto genera una preocupación válida, ya que, bajo el marco legal colombiano actual, un contrato de este tipo podría ser considerado inválido por tener un objeto contrario a la ley.

Los dilemas éticos y legales que surgen de la maternidad subrogada ponen de manifiesto la urgente necesidad de establecer una regulación clara, coherente e integral. Esto es fundamental para abordar adecuadamente esta práctica y, al mismo tiempo, asegurar la protección efectiva de los derechos y el bienestar de todas las personas involucradas, con un enfoque especial en el interés superior del niño o niña que nace a través de esta técnica de reproducción asistida.

4.1.1 Viabilidad de la factibilidad normativa de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano

Regular la maternidad subrogada en Colombia es un desafío, implica abordar temas éticos, legales y sociales, pero es factible. Actualmente, no existe una regulación específica que prohíba o permita explícitamente esta práctica. Sin embargo, hay varios factores que indican que una regulación adecuada es posible y necesaria para proteger a todas las partes involucradas.

Es interesante cómo la falta de regulación sobre la maternidad subrogada en Colombia ha llevado a múltiples intentos de legislar sobre el tema, pero todos han fracasado hasta ahora. Desde 1998 se han presentado al menos 18 proyectos de ley, el último de ellos en 2023 por parte del Ministerio de Justicia, pero ninguno ha prosperado.

A pesar de los fracasos anteriores, hay expectativas de que un nuevo proyecto de ley se presente pronto. El Ministerio de Justicia ha sido una de las instituciones más activas en promover estas iniciativas. Sin embargo, aún no hay un anuncio oficial sobre cuándo se presentará el próximo proyecto.

La maternidad subrogada es un tema polarizante en Colombia. Algunos colombianos ven esta práctica como una opción viable y necesaria para muchas familias, mientras que otros la consideran problemática desde un punto de vista ético y moral.

Este debate es reflejo de los diferentes valores y creencias en la ha generado controversia, ya que hay opiniones divididas sobre si la prohibición es la mejor solución. Algunos creen que una regulación estricta es mejor que una prohibición total, mientras que otros piensan que la práctica debería ser prohibida debido a preocupaciones éticas.

Regular la maternidad subrogada implica abordar cuestiones éticas, como los derechos de las madres subrogadas y los futuros padres, así como consideraciones legales relacionadas con la filiación y la protección de los menores.

Es importante considerar que prohibir la maternidad subrogada puede ser visto como una limitación a los derechos y libertades individuales de las personas que desean recurrir a esta opción para tener hijos, en consecuencia, podría llevar a que esta práctica se realice de manera clandestina, sin ninguna protección legal para las partes involucradas, lo que podría aumentar el riesgo de abusos y situaciones injustas; por lo que en cualquier caso la regulación que emplee el Estado colombiano debe encontrar un equilibrio y garantizar los derechos y la protección de todas las partes involucradas. En consecuencia, cualquier regulación debe incluir requisitos estrictos para los contratos de maternidad subrogada, supervisión adecuada y mecanismos de protección para la madre gestante y el niño.

4.1.2 ¿Puede la maternidad subrogada constituir una fuente legítima de filiación en Colombia?

En el ámbito de la filiación, la técnica de reproducción asistida conocida como maternidad subrogada ha presentado un desafío importante para el marco legal colombiano, que tradicionalmente ha reconocido solo dos tipos de filiación: la natural y la civil. La filiación natural se refiere al vínculo biológico que se establece desde la

concepción hasta el nacimiento, y su existencia puede ser comprobada a través del certificado de nacido vivo que emite el profesional de salud que atendió el parto, o mediante la declaración juramentada de dos testigos (Decreto 1260 de 1970, artículo 49).

Por otro lado, la filiación civil se relaciona con la adopción, que se entiende como una medida de protección en la que, bajo la supervisión del Estado, se crea de manera irrevocable una relación jurídica entre personas que no tienen un vínculo biológico (Ley 1098 de 2006, artículo 61).

Sin embargo, se argumenta que, si se regula de manera adecuada, la maternidad subrogada podría convertirse en una forma válida de filiación en Colombia, especialmente considerando que actualmente no existe una prohibición legal clara sobre esta práctica. Esto significa que, aunque no esté autorizada de forma explícita, tampoco está prohibida por la legislación vigente.

Es importante destacar que la Constitución Política de Colombia, en su artículo 42, reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y acepta diversas formas de filiación, ya sea a través de la procreación natural o mediante asistencia científica. Esto abre la puerta a considerar nuevas estructuras familiares.

En este contexto, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-968 de 2009, ha indicado que:

...El sistema jurídico colombiano no establece una prohibición clara sobre los acuerdos relacionados con la gestación por subrogación. De hecho, se ha argumentado que esta práctica podría estar respaldada por las normativas que regulan las técnicas de reproducción asistida. Esto se apoya especialmente en lo que dice el artículo 42, inciso 6º, de la Constitución Política, que afirma que todos los hijos, ya sean nacidos dentro o fuera del matrimonio, adoptados o concebidos de manera natural o a través de asistencia científica, tienen los mismos derechos y deberes. Así, este artículo constitucional valida las formas no tradicionales de concepción, incluyendo la gestación subrogada.

En virtud de lo expuesto por la Corte Constitucional, se puede inferir que la maternidad subrogada está legitimada expresamente en la Constitución y que los hijos procreados con este tipo de técnicas tienen iguales derechos que los hijos procreados naturalmente, así las cosas, en nuestro país la Maternidad Subrogada puede ser una fuente de filiación efectiva considerándose la intención procreacional como fuente de filiación.

En consecuencia, el marco jurídico que debería ser aplicado en Colombia debe estar dirigido a una permisión regulada de manera estricta como la que se ha abordado en países como Uruguay o bien comercial como en el caso de California, siempre que se garantice en qué casos puede acceder a este tipo de técnicas de reproducción asistida, velando por los derechos y la protección de todas las partes involucradas.

Lo anterior incluiría instaurar requisitos estrictos para los contratos de maternidad subrogada, supervisión adecuada y mecanismos de protección para la madre gestante y el niño, y prohibiendo el comercio de vientres para prevenir así, la explotación de las mujeres de escasos recursos quienes serían las más vulnerables.

4.2 Principales obstáculos

La falta de una regulación clara sobre la maternidad subrogada en Colombia se debe a varios obstáculos legales y éticos. Esta técnica de reproducción asistida conlleva una interacción compleja de derechos e intereses, tanto de las personas que firman el acuerdo con la mujer gestante, como del niño que está por nacer y de la madre genética. Además, esta práctica genera tensiones en relación con principios fundamentales del orden público, especialmente en lo que respecta a la inadmisibilidad de tratar el cuerpo humano como un objeto de disposición o transacción legal (Morales, Reyes, & Pulido, 2014).

Adicionalmente, la falta de una regulación sobre la maternidad subrogada se ve afectada por la falta de acuerdo en el ámbito político. Los legisladores colombianos tienen opiniones muy diferentes sobre los aspectos éticos, sociales y legales que conlleva esta práctica. Mientras que algunos advierten que podría abrir la puerta a la explotación de mujeres en situaciones vulnerables, otros la ven como una opción válida para asegurar los derechos reproductivos de personas o parejas que no pueden concebir de forma natural.

En consecuencia, el Congreso no ha dado prioridad a legislar sobre el tema, pese a los llamados realizados por la Corte Constitucional para que adelante un marco legal que regule el tema y proteja los derechos de las partes más vulnerables en este tipo de contratos. Los contratos de Maternidad subrogada son una realidad razón por la cual la corte ha tenido que pronunciarse recientemente en las sentencias T-127 de 2024 y T-232 de 2024, en donde se presentaron casos similares en los cuales extranjeros adelantan en Colombia procesos de maternidad subrogada sin ningún tipo de control.

Esto hace que hace que nuestro país se convierta en un lugar predilecto para alquilar vientres sin ningún tipo de restricción, poniendo en riesgo los derechos de los niños y niñas nacidos como fruto de esta práctica y de las madres gestantes, que como ya se han mencionado son mujeres de escasos recursos víctimas de explotación quienes se ven presionadas por dinero, al igual que se puede llegar a comerciarse con las niñas y niños poniendo en riesgos sus derechos a la nacionalidad y a conocer sus orígenes.

Así las cosas, nuestro país está siendo visto como un destino propicio para el turismo reproductivo a través de la técnica de maternidad subrogada, en donde pueden presentarse no únicamente casos explotación sexual a mujeres vulnerables y trata de personas, también en una vulneración latente a los derechos de los niños y niñas.

4.3 Casos

En Colombia, se han dado a conocer varios casos importantes relacionados con la maternidad subrogada, especialmente aquellos que involucran a extranjeros que, ante la falta de una regulación clara, deciden llevar a cabo estos procedimientos en el país. Uno de los casos más recientes es el que se resolvió en la Sentencia T-127 de 2024, donde la Corte Constitucional se pronunció sobre la emisión de documentos para una menor nacida a través de esta modalidad.

En este caso, un ciudadano estadounidense de origen cubano firmó un contrato de gestación subrogada con una mujer colombiana a través del Centro Latinoamericano de Diagnóstico Genético Molecular (CELAGEM), una institución que tiene sedes en Argentina y Colombia. Esta entidad promueve la gestación subrogada, destacando que uno de sus principales atractivos es la posibilidad de transmitir la carga genética a un nuevo miembro de la familia.

La niña nacida de este acuerdo llegó al mundo en 2020 en Bogotá y fue registrada ante notaría, donde se identificó como padres biológicos al hombre estadounidense y a la mujer gestante colombiana, con el objetivo de facilitar los trámites necesarios para obtener el pasaporte de la pequeña. Más tarde, el padre intencional inició un proceso para impugnar la maternidad, buscando que se reconociera que la gestante no era legalmente la madre de la menor, dado que esta había sido concebida mediante un proceso de subrogación. Por lo tanto, solicitó que se eliminara su nombre del registro civil.

El Juzgado Décimo de Familia de Bogotá decidió a favor del demandante, declarando que la mujer gestante no era la madre legal de la menor. Además, ordenó la emisión de un nuevo registro civil que eliminara su nombre, dejando ese espacio como "sin información". Con este nuevo documento en mano, el padre se dirigió al Consulado de Colombia en Orlando, Florida, para solicitar el pasaporte de la niña con su nuevo nombre, pero su solicitud fue rechazada.

Ante esta situación, el padre presentó una acción de tutela en nombre de su hija, buscando proteger sus derechos fundamentales al nombre, la nacionalidad, la igualdad y el interés superior del menor. Sin embargo, el juzgado que revisó la tutela determinó que la niña no cumplía con los requisitos para obtener la nacionalidad colombiana por nacimiento, ya que el padre no era colombiano y no había información registrada sobre la madre. Además, concluyó que la impugnación de la maternidad tenía efectos retroactivos sobre el estado civil de la niña, y al eliminarse el vínculo legal con la mujer colombiana, también se perdía el derecho a la nacionalidad.

Este caso pone de manifiesto que en Colombia existen, de manera abierta y frecuente, centros de reproducción asistida que manejan contratos de gestación subrogada sin ningún tipo de supervisión estatal. De hecho, en el sitio web de CELAGEM se promociona al país como un destino atractivo para este tipo de procedimientos, resaltando sus bajos costos y el acceso a servicios médicos de calidad. En uno de sus artículos se menciona que:

La subrogación en muchos países puede ser bastante costosa y llena de incertidumbres, por eso CELAGEM ha decidido enfocarse en Colombia, donde ofrece un servicio en instalaciones médicas de primer nivel y a precios accesibles. Para una madre soltera, un hombre sin pareja o una pareja homosexual, Colombia se presenta como la mejor opción para concebir un bebé a través de la subrogación.

Este fenómeno ha sido posible gracias a la falta de una regulación específica, lo que ha llevado a una interpretación que se alinea con el principio de legalidad: lo que no está prohibido se considera permitido. Como resultado, el Estado colombiano y las entidades responsables no cuentan con herramientas legales efectivas para garantizar un control adecuado que proteja los derechos, especialmente de los niños nacidos bajo este sistema. En muchos casos, estos menores se encuentran en riesgo de apatridia y total

indefensión, e incluso pueden ser víctimas de trata de personas o tráfico infantil, como ha señalado la Corte Constitucional.

A esta situación se suma la preocupación por la explotación económica de las mujeres gestantes. Un artículo de *El Tiempo* de 2017, titulado "*En Colombia se alquilan vientres desde los \$5 millones*", menciona que:

"Colombia se ha convertido en un mercado atractivo tanto para extranjeros como para nacionales. Los precios de los úteros oscilan entre 5 millones y 40 millones de pesos, mientras que en otros países el costo de un vientre puede alcanzar los 100 millones de pesos."

Esta diferencia de precios pone de manifiesto cómo los bajos costos de la gestación subrogada en Colombia pueden estar relacionados con la precarización y vulneración de los derechos de las mujeres que participan en estos contratos, muchas veces desde situaciones de necesidad o vulnerabilidad económica. (Rojas, 2017).

En cuanto a acuerdos de maternidad subrogada celebrados en Colombia no se han hecho públicos, toda vez que se suscriben de manera privada debido a la falta de legislación clara. No obstante, algunas figuras públicas han adelantado este tipo de contratos como el caso del futbolista James Rodríguez, quien acudió a la Gestación Subrogada, para ser padre de su hijo samuel, por algunos medios de comunicación se conoce que el futbolista colombiano habría pagado cerca de 40 millones de pesos por el proceso para tener a su hijo, para el procedimiento de maternidad subrogada acudió a una mujer en Medellín.

El Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia ha indicado que, de acuerdo con la doctrina presentada en el Proyecto de Ley 263 de 2020, entre marzo y septiembre de ese año, el Ministerio de Relaciones Exteriores recibió un total de 16 solicitudes de ciudadanos extranjeros que estaban interesados en recoger a recién nacidos concebidos a través de acuerdos de gestación subrogada con

clínicas especializadas en fertilidad. Además, el Centro reportó que, durante el año 2019, se realizaron aproximadamente 830 procedimientos de gestación subrogada en el país, de los cuales el 74 % correspondieron a solicitantes nacionales, mientras que el 26 % fueron impulsados por extranjeros (Sentencia de Revisión , 2024).

5 CONCLUSIONES

En el presente trabajo de investigación se ha analizado la legislación referente a la gestación subrogada. Estudiando y conceptualizando dentro de los diferentes sistemas jurídicos de países como: España, Uruguay y el estado de California (Estados Unidos), la postura adoptada por ellos, así como comparando su sistema político, principios del derecho y marcos normativos adoptados, evaluando de esta manera los pros y contras de sus posiciones y evaluar las posibles consecuencias que tendría Colombia al pronunciarse y regular la maternidad subrogada como fuente de filiación, dado que actualmente existe un vacío jurídico- normativo.

En primer lugar, es de destacar que la postura estricta y prohibitiva que ha distinguido a España, refleja una fuerte protección de los derechos de las mujeres, propendiendo por prevenir cualquier forma de explotación reproductiva. Sin embargo, esta posición jurídica ha desencadenado un turismo reproductivo, dado que esta negativa ha incitado a que las personas interesadas se desplacen a otros países en donde la maternidad subrogada es permitida o existen vacíos legales como Colombia, a fin de realizar este tipo de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

Esta práctica se realiza en muchas ocasiones de manera clandestina y sin ninguna protección legal para las partes involucradas; lo que aumenta el riesgo de abusos, vulnerando derechos fundamentales, así como las condiciones de salubridad y explotación económica, lo que configura situaciones injustas tanto para los padres de tensión como para la madre gestante. Ahora bien, los niños y niñas gestados por estas

técnicas reproductivas también son proclives a la vulneración de sus derechos fundamentales tales como: la identidad, la nacionalidad, la filiación legal entre otros.

En segundo lugar, Uruguay optó por una posición más altruista, reguladora y ética. Enfoque que ha permitido a este estado ver la maternidad desde otras esferas, es decir, para Uruguay es permitida la maternidad subrogada sólo con el fin de proteger el derecho a la familia. Sin embargo, bajo dos reglas muy estrictas. La primera consiste en que esta técnica de reproducción asistida solo se permita en los casos en que las madres de intención posean problemas de fertilidad, brindándoles la oportunidad de formar su hogar exclusivamente con la ayuda de sus familiares siendo así que la madre gestante solo puede ser una mujer de su familia hasta el segundo de consanguinidad, como segunda regla, el altruismo resultando ser este procedimiento totalmente gratuito, es decir, sin que se pacte dinero de por el procedimiento ni la gestación, prohibiendo cualquier forma de comercio de gametos. Por ende, la maternidad subrogada si bien es permitida es bastante restrictiva, muestra de ello es que las parejas del mismo sexo no podrían optar por este modo de reproducción.

Ahora bien, es de resaltar que el estado uruguayo con el fin de cumplir lo establecido en la norma, se ha encargado que entidades como el Sistema Nacional Integrado de Salud y el Fondo Nacional de recursos, sean las encargadas de cumplir con el objeto de gratuidad a este tipo de reproducción asistida, destacando que para su cumplimiento eleva un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida a fin de controlar, verificar y cumplir el cometido de la norma en comento.

Por lo anterior, observando y analizando para este estudio es de resalta que si bien existen normas que regulan la maternidad subrogada, estas tienen limitaciones en las cuales no todos pueden acceder a ella al igual que en el caso de España, también eligen viajar a otros países con el propósito de llevar a cabo este tipo de técnicas, sin

importar el dinero que tengan que pagar ni las consecuencias que ello implique, para las partes que intervienen en este proceso.

En tercer lugar y a comparación de los estados precedentes, California (EE. UU) ofrece un entorno legal flexible para la maternidad subrogada con una regulación que protege los derechos de todas las partes involucradas. Es de destacar que este estado cuenta con más leyes y jurisprudencia publicadas sobre la gestación subrogada en comparación de otros estados estadounidenses. Este estado ha resaltado en este análisis comparativo por poseer una doctrina contractualista, dado que además de reconocer esta práctica también la regular de una manera que es clara, expresa y exigible mediante contratos, haciendo que se genere una responsabilidad por las partes a partir de expresar su voluntad.

Es de destacar que al aceptar su regulación y construir un marco legal, se ha tenido en cuenta la inclusión en esta técnica de reproducción asistida, así como las garantías de los padres de intención dado que la ley les da la potestad de ser reconocidos como padres legalmente, y este aspecto tan controversial en otros países ha ido un gran beneficio, dado que se ha convertido en un destino popular para las familias de todo el mundo que buscan conformar sus familias, es de resaltar que ello siguiendo los parámetros y las normas establecidas por la ley, así como un claro acompañamiento por parte de empresas legalmente constituidas para tal fin.

Este estudio pone de relieve el reconocimiento legal de la filiación en el contexto de la reproducción asistida en el Estado de California, Estados Unidos. La legislación californiana acepta estas técnicas como formas legítimas de tener hijos, lo que permite establecer la paternidad legal basada en el deseo y consentimiento de los padres intencionales, quienes obtienen tanto derechos como deberes en relación con el niño. Sin embargo, los costos elevados y la clara comercialización de estos tratamientos pueden

crear obstáculos financieros que restringen el acceso, limitando este derecho a aquellos que disponen de los recursos suficientes para cubrirlo.

Por lo anterior, también es un enfoque para tener en cuenta dado que es un modelo robusto y accesible, peor enfrenta también desafíos relacionados con los costos, así como las implicaciones éticas de su enfoque comercial, equilibrio entre seguridad legal y accesibilidad económica que padece este estado.

En esta investigación determinamos que, una vez esquematizados los diferentes estados e identificado cada enfoque y pronunciamiento. Colombia existe un vacío normativo respecto de la temática desarrollada. Sin embargo, en el presente trabajo y con el análisis compara realizado, se pudo determinar que:

En primera medida es menester que Colombia regularice esta técnica de gestación, dado que la globalización al mundo y Colombia no es la excepción. Como bien se pronunció en capítulos anteriores, el regularlo es necesario pues este vacío genera es un tráfico ilegal de maternidad subrogada, enfermedades y esclavismo pues acá el hecho de no tener claro si está prohibido o regulado hace que se convierta en un puerto de comercio ilegal.

En segunda media Se deben tomar medidas para prevenir riesgos de apatridia y asegurar su filiación legal, protegiendo siempre su derecho a una nacionalidad. Esto incluye reconocer la relación jurídica entre el niño o niña y los padres intencionales, así como regular los casos en que los padres sean extranjeros, brindando soluciones claras y efectivas en escenarios de riesgo. Esto requiere la implementación de sistemas de control y vigilancia por parte del ICBF, además de establecer protocolos estrictos para los casos de gestación subrogada internacional, asegurando así el bienestar de los niños y niñas en todo momento.

Por tanto, la legislación debe reconocer y respetar la autonomía de las mujeres, asegurando que su participación sea voluntaria, con consentimiento libre e informado.

Asimismo, es crucial evitar escenarios de explotación reproductiva mediante la regulación estricta de los centros de reproducción asistida y el acompañamiento constante a las mujeres que participan en estos acuerdos. siendo el objetivo principal de esta propuesta es armonizar los derechos de todas las partes involucradas, especialmente los niños y niñas nacidos bajo estos acuerdos y las mujeres gestantes. Solo mediante un enfoque integral, ético y humanitario, se podrá garantizar que la gestación subrogada se lleve a cabo de manera justa y respetuosa en el marco jurídico colombiano.

Referencias

- Abásolo Barandika, I. (2019). La gestación por sustitución y las mujeres gestantes. Aspectos jurídicos y éticos. *Revista de Relaciones Laborales*, (41).
doi:<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20825>
- Abello, J. (2007). Filiación en el Derecho de Familia . En E. J. Bonilla, *Filiación en el Derecho de Familia* (págs. 24-25). Bogota: Gradfi.Impacto- Ltda.
- Abracinskas, L. (2023). *Gestacion Subrogada: proyecto de ley que propone extender grado de consanguineidad*. Montevideo: Montevideo Porta. Obtenido de <https://www.montevideo.com.uy/En-Perspectiva/Gestacion-subrogada-proyecto-de-ley-propone-extender-el-grado-de-consanguinidad-uc851749>
- Abracinskas, L., Dabbadie, M., & Lilian, M. (2023). Derechos sexuales y reproductivos: Una Mirada al Siatema de Justicia uruguayo. *MYSU*, 9.
- ACNUR, A. C. (2008). *DIRECTRICES DEL ACNUR PARA LA DETERMINACIÓN DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO*. Obtenido de <https://corteidh.or.cr/sitios/observaciones/complementarias/ACNUR/DirectricesACNURparaladeterminaciondelinteressuperiordelni%C3%B1o.pdf>
- Barandika, I. A. (2019). La gestación por sustitución y las mujeres gestantes.Aspectos jurídicos y éticos. *LAN HARREMANAK – REVISTA DE RELACIONES LABORALES*, nº 41, 5.
- Bolton, R. (2020). *ENCICLOPEDIA DE BIOETICA*. Obtenido de UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUYO: <https://enciclopediadebioetica.com/mod/page/view.php?id=3359>
- Briozzo, L. (18 de Septiembre de 2014). *Acceso gratuito a reproducción asistida es un derecho que completa paquete de prestaciones*. Obtenido de GUB.UY - Presidencia Uruguay:

<https://www.gub.uy/presidencia/comunicacion/noticias/acceso-gratuito-reproduccion-asistida-es-derecho-completa-paquete>

- Britos, N. V. (2012). Maternidad Subrogada y Problemas de filiación. *Universidad Empresarial Siglo XXI*, 25.
- Camacho, J. M. (2009). ternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores. *Bioethics*, 1-18.
- Camargo, J. E. (2005). Filiacion Extramatrimonial en Colombbia, Evolución Historica, normativa y jurisprudencial. *Universidad de bogota, Jorge Tadeo Lozano*, 16-17.
- Cevilla, G. M. (2018). Subrogate gestation and dignity of women. *Actualidad Juridica Iberoamecana No 9*, 23-24.
- Chandler, M. (2018). A booming baby business: internacional surrogacy arrangements and the need for regulation. *Nyuing*. Obtenido de https://www.nyuilp.org/wp-content/uploads/2022/04/Michaels_Online_Note_Booming_Baby_Business.pdf
- Cindy, A. A. (2010). MATERNIDAD SUBROGADA. *REVISTA CIENCIAS BIOMÉDICAS* ARTÍCULO DE REVISIÓN, 92-94.
- Código Penal Uruguayo. (197, del 26 de octubre). *Ley 9155 de 1967 Art.258*. Montevideo: Normativa y Avisos Legales del Uruguay. Obtenido de <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>
- Cortes Generales- Rey Juan Carlos I. (1978). *Constitución Política Española*. Boletín oficial del estado español. Obtenido de [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)
- Cortes Generales-Jefatura del estado. (1889, 25 de julio). *Código Civil Español - Sección Segunda : Objeto de los Contratos Art. 1271 y Sección Tercera: De la causa de los contratos, Art. 1275*. España: Boletín Oficial del Estado. Obtenido de https://noticias.juridicas.com/base_datos/Vacatio/v0-cc.l4t2.html

- Díaz, A. A. (2023). La maternidad subrogada como técnica de vulneración a la dignidad, el derecho a la identidad y el interés superior del niño. *Universidad Tecnológica de Perú*, 13-14.
- Díaz, J., Trollice, M., Vaquero, P., & Salvador, Z. (2018). Turismo Reproductivo para conseguir el embarazo. *Reproduccion asistida ORG*, 12.
- Duplá, T. (2019). El presente del pasado: el principio mater semper certa est y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida. *Universidad Ramon Llull, ESADE - Barcelona*, 299-300.
- Espejo, N., Fenton-Glynn, C., Lathrop, F., & Scherpe, J. (2023). La gestación por subrogación en Uruguay. En C. S. Justicia, *La gestación subrogada en América Latina* (págs. 440-445). Ciudad de México: tirant lo blanch.
- European Court Of Human Rights. (2011). *Mennesson C. Francia* (No. 65192 del 2011) y *Labassee c. Francia* (No. 65941 de 2011). Press Unit -CEDH. Obtenido de <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/09685332221096210>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (2022). *Consideraciones Claves: derechos de los niños, niñas nacidos mediante gestación subrogada*. Child Identity Protection. Obtenido de <https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf>
- Garabo, A. P. (2017). El interés Superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética XXVIII*, 250-257.
- Godoy, O. (2018). La gestación subrogada en jurisprudencia del TEGH, TJUE y Tribunal Supremo. *Anuario de Facultad de derecho. Universidad de Extremadura*, 125-129. Obtenido de <https://vlex.es/vid/gestacion-subrogada-jurisprudencia-tedh-861561972>

- Gomez, D. S. (2022). MOVIMIENTO DE FRONTERAS EN EL DERECHO DE FAMILIA: LOS DESAFÍOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 11.
- Guerra, P. C. (2019). Gestación por sustitución o maternidad subrogada Chile y la legislación comparada. *Biblioteca Congreso Nacional de Chile / BCN*, 8.
- Guevara, M. T. (2018). Protección de los derechos a la identidad en los casos de maternidad subrogada en la ciudad de Chilayo. *Revista Universidad señor de Sipán, Perú -Facultad de Derecho*, 22-24.
- H. Congreso del Estado de Baja California. (1974, 31 de enero). *Código Civil de la Baja California*. PERIÓDICO OFICIAL n.º 3. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.oas.org/ext/Portals/33/Files/Member-States/sp_dom-int-text-cc.pdf
- Henández, A. C. (2017). La maternidad subrogada en el derecho Comparado. *Cadernos de derecho actual*, 318.
- Henández, F. R. (1997). ¿MATER SEMPER CERTA EST? PROBLEMAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. *Anuario Derecho*, 7.
- Hernández, C. J. (2017). La maternidad subrogada en el Derecho Comparado. *CADERNOS DEREITO ACTUAL*, 318.
- Higüita, S., & Gómez, N. (2023). Gestación subrogada: un análisis de la regulación en algunos países de América Latina. *Revista Universidad del Rosario- Estudios Socio-jurídicos*, 9-12. Obtenido de <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12781>
- Itxasne Abásolo, B. (2019). *La gestación por sustitución y las mujeres gestantes. Aspectos jurídicos y éticos*. España: Revista de relaciones laborales LAN harremank. doi:https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan_Harremanak/article/view/20825

- Juan, B., Manuel, M., & Isabella, T. (2020). LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA. *Repository Javeriana*. Obtenido de https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/57715/6._Pacheco_y_otros_139-158%5B1%5D.pdf?sequence=1
- Justic Us Law- California Lw. (1993). *S023721*. Obtenido de <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html>
- Karchmer, Y. B. (2019). Gestación subrogada: Conceptos actuales. *Gestación subrogada: Conceptos actuales*, 1-3. Obtenido de <https://www.medigraphic.com/pdfs/actmed/am-2019/ams191k.pdf>
- Lamm, E. (2012). *Gestación por sustitucion, Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. barcelona: Universidad de barcelona.
- Legal Professional Group. (Julio de 2024). *Surrogacy Laws By States*. Obtenido de LPG- A professional Group of the American Society for Reproducti Medicine: <https://connect.asrm.org/lpg/resources/surrogacy-by-state?ssopc=1>
- Mahmoud, Z. (12 de Noviembre de 2024). *Comparing surrogacy regulation in the UK an California*. Obtenido de EE elgaronline: <https://doi.org/10.4337/9781035324163.00021>
- Marriage, Moschetta, 25 Cal. App. 4.º 1218 (1994) (Tribunal Superior del Condado de Orange, No. D324349, Nancy Weiben Stock, Jueza 10 de junio de 1994).
- Martín, N. g. (2020). Adopción Internacional, gestación por sustitución e interes superior del menor en el derecho Mexicano. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10.
- Martinez, S., & Henry, J. (2018). Maternidad subrogada. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N.10*, pág. 3.
- Meinke, S. (2001). hical and legal issues. National Reference Center for Bioethics Literature. Kennedy Institute of Ethics. *Scope Note 6. Georgetown University*, 1-17.

Ministerio de Salud Pública- Comisión Nacional Asesora en salud Sexual y Reproductiva.

(2019). A 10 años de la Ley de Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva Avances y desafíos 2008-2018. En *A la vanguardia en América en derechos sexuales y derechos reproductivos* (págs. 9-16). Ministerio de Salud.

Obtenido de chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcgicfindmkaj/https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/sites/ministerio-salud-publica/files/documentos/publicaciones/SSySR_2019.pdf

Mir, C. L. (2010). Maternidad intevenida. reflexiones en torno a la maternidad subrogada. *Universidad Buenos Aires*, 1 - 15.

Miralles, G. I., Roca, T. E., & Blandino, G. A. (2020). Filiacion. *Universitat Oberta de Catalunya*, 9-10.

Morales, M. D., Reyes, O. A., & Pulido, N. J. (2014). La maternidad subrogada en Colombia. *Universidad Nacional de Colombia*, 26.

Olavarría, M. E. (2023). Cuerpos en disputa, Discurso y ficcion entre mujeres que gestan para otros en Mexico. *Alteridades*, 50.

Ortiz, D. (12 de 12 de 2024). *La W Radio*. Obtenido de https://www.wradio.com.co/2024/12/13/fallo-historico-madre-de-nacido-por-vientre-de-alquiler-debe-aparecer-en-registro-civil/?fbclid=IwY2xjawHJNHZleHRuA2FlbQIxMQABHdKZggVEDTKQzAFGvmkA0uT4oWIUH3x77UoIFzUdeKpGbjzwh2EPoA9Gg_aem_dqckztLBJg5ip4Nemg9xKQ&sfnsn=

Pacheco, M., Monsalve, M., & Torregrosa, I. (2020). Los elementos del contrato de maternidad subrogada. *Pontificia universitaria javeriana*, 145-146.

Parlamento Uruguayo. (2013, 27 de febrero). *Ley 19167 de 2013*. Uruguay: gaceta. Obtenido de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19167-2013>

- Perez, C. M. (2020). Sin hijos y paternidad en Colombia. *Discovery University of London*, 35.
- Peyró, A. P. (2017). EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS SUPUESTOS DE MATERNIDAD SUBROGADA. *Cuadernos de Bioetica*, 13.
- Piña, C. (2018). Implicaciones jurídicas de la maternidad subrogada: propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista. *Universidad nacional Pedro Ruiz Gallo, Perú*, 58.
- Regalado, T. M. (2016). Efectos, consecuencias y regulacion de la maternidad subrogada. *Femeris*, 30-31. doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756>
- REY CARLOS I- Congreso de los Diputados. (1995, 23 de noviembre). *Ley Organica del 10 de 1995*. Boletin DiarioOficial. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0250.pdf>
- Rey Carlos I -Parlamento Español. (2006, 14 de Julio). *Ley 14 de 2006*. Boletin Oficial del estado. Obtenido de <https://www.iberley.es/legislacion/ley-14-2006-26-may-tecnicas-reproduccion-humana-asistida-3719306>
- Reyes, A. A. (2008). Metrñidad Subrogada. *Direccion de investigacion , información y analisis - subrireción de Política Exterior Mexico*, 18-21.
- Rodriguez, k. M. (2021). La maternidad dubrogada: tendencias de regulacion en Latinoamerica. *Revista juridica*, 18, 77.
- Rodriguez, Y. C., & Martinez, K. (2012). *Surrogate motherhood contract. The US American experience*. Revista de derecho Valdivia. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003>
- Rodriguez, Y. C., & Martinez, M. K. (2012). El contrato de maternidad subrogada:La experiencia Estadounidense. *Revista de derecho Vol. XXV -*, 5-6.

Romero, M., & Ruiz, J. M. (2014). El principio de veracidad biológica en la filiación natural.

Universidad Pontificia ICAI- Madrid, 11-16. Obtenido de

<https://1library.co/document/zk3p031y-principio-veracidad-biologica-filiacion-naturaleza.html>

Sala Primera del Tribunal Supremo, Madrid-Magistrado Excmo: Rafael Sraza. (STS 2014, 6 de febrero). *Sentencia No. 247 de 2014*. Madrid: Gaceta. Obtenido de

<https://vlex.es/vid/513417722>

Sambrizzi, E. A. (2012). *La maternidad subrogada (gestación por sustitución). en Analisis del proyecto nuevo Código Civil y Comercial .* Buenos aires: Pontificia Universitaria Católica de Argentina, facultad de derecho. .

Sarasol, C. R. (2021). La gestación Subrogada: Aspectos ético y jurídicos en el Derecho Español. *Juridica CUC*, 323-366. Obtenido de

<https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/3412>

SC - 140, SC-140 (Corte Suprema de Justicia- M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez - Maternidad Subrogada 7 de abril de 2015).

Schopf Olea, A. (2018). La buena fe contractual como norma jurídica. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (31), 59–98. Obtenido de <https://doi.org/10.4067/S0718-80722018000200109>

Schopf, A. (2018). *Scielo*. Obtenido de Revista Chilena de Derecho privado:

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722018000200109>

Sentencia de Revisión , T-127 DE 2024 (Corte Constitucional 18 de Abril de 2024).

SENTENCIA T-488/99, T-488/99 (CORTE CONSTITUCIONAL 1999).

Sentencia T-719/17, T-6.283.079 (CORTE CONSTITUCIONAL 11 de DICIEMBRE de 2017).

Sergio Cabellero, j. L. (2021). Aplicación del fuero materno en los contratos de maternidad subrogada. *Aplicación del fuero materno en los contratos de maternidad*, 1.

Serrano, L. A. (16 de 06 de 2020). Segunda Parte: Derecho Familia, 3. filiacion.

repository. usta.edu.co, 114-116. Obtenido de pag. 114:

<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/26788?show=full>

Sesma, I. B. (s.f.). *Enclipedia Bioderecho y bioetica* . Obtenido de erecho a la Procreación,

Filiación y reproducción asistida, Limitaciones a la procreación, Medicina

reproductiva, Nasciturus, Reproducción asistida.: [https://enciclopedia-](https://enciclopedia-bioderecho.com/autores/Login)

[bioderecho.com/autores/Login](https://enciclopedia-bioderecho.com/autores/Login)

Solis, L. S. (2000). tecnicas de reproducccion asistida- Aspectos Bioeticos. *Cuadernos*

bioeticos, 37-41.

Surrogate Legal Parents of Child, 72 Cal. Rptr.2d 280 (California Court of Appeals for the

Fourth District, Division 3 10 de marzo de 1998). Obtenido de

<https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/61/1410.html>

T- 968 , DERECHOS DEL NIÑO-Fundamentales y prevalentes (Corte Constitucional 18

de 12 de 2009).

Tribunal Apelaciones Familia 1°. (2019, 16 de Septiembre). *SEF 180 de 2019*.

Montevideo: Gaceta Oficial. Obtenido de <https://uy.vlex.com/vid/812867421>

Tribunal de Apelación Penal 1°. (2022). *SD 55 de 2022*. monetevideo: Gaceta Oficial.

Tribunal de Primera Instancia No 15 de Valencia- España. (2010, 15 de septiembre).

Sentencia No. 193 de 2010. Valencia. Obtenido de chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcgicfindmkaj/[https://repositorio.comillas.edu/rest/](https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/421464/retrieve)

[bitstreams/421464/retrieve](https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/421464/retrieve)

Tribunal Superior de California. (2013). *La Ley de familia*. Countr of Sierra-. Obtenido de

[https://law.justia.com/codes/california/code-fam/division-12/part-3/chapter-](https://law.justia.com/codes/california/code-fam/division-12/part-3/chapter-5/section-7663/)

[5/section-7663/](https://law.justia.com/codes/california/code-fam/division-12/part-3/chapter-5/section-7663/)

Tribunal Supremo- Sala Civil. (2022, 31 de marzo de 2022). *STS 277 de 2022*. España:

Gaceta. Obtenido de <http://vlex.es/vid/899711887>

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. (2024, 17 de Septiembre). *STS 4370 del 2024*. Madrid:

Consejo General Del Poder Judicial- Gaceta. Obtenido de

<https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/0509c2db3824cc74a0a8778d75e36f0d>

Vera, W., Urquieta, C., & Montes, C. (2018). El enfoque institucional del cuidado en infancia: Chile y Uruguay. *Scielo.org.mx*, 165-171.

Villamil, M. (13 de Diciembre de 2024). Fallo histórico en Colombia: madre gestante tiene derecho a aparecer en registro civil de bebé por vientre de alquiler. *Infobae*.

Obtenido de <https://www.infobae.com/colombia/2024/12/13/fallo-historico-en-colombia-madre-gestante-tiene-derecho-a-aparecer-en-registro-civil-de-bebe-por-ventre-de-alquiler>

Villamil, M. (13 de 12 de 2024). *Infobae*. Obtenido de

<https://www.infobae.com/colombia/2024/12/13/fallo-historico-en-colombia-madre-gestante-tiene-derecho-a-aparecer-en-registro-civil-de-bebe-por-ventre-de-alquiler/>

Villar, A. (3 de 12 de 2023). *ElEspañol*. Obtenido de ElEspañol:

https://www.elespanol.com/vivir/20231203/analisis-situacion-legal-maternidad-subrogada-espana-matices-desafios/813669057_0.html

Zaldivar, S. (2022). Análisis teórico jurídico de las técnicas de reproducción asistida: especial referencia al contexto latinoamericano. *Revista Latinoamericana de Bioética Vol. 22*, 160-161. doi:<https://doi.org/10.18359/rlbi.5940>

Zurriarán, R. (2019). La maternidad subrogada: ¿«solidaridad» o «explotación»?

Medicina y Ética, 30(4), 1235–1245. Obtenido de

<https://revistas.anahuac.mx/index.php/bioetica/article/view/121/65>

Zurriarán, R. G. (2019). La maternidad subrogada: ¿solidaridad o explotación?

uNIVERSIDAD DE L rIOJA- eSPAÑA, 13-16.

doi:<https://doi.org/10.36105/mye.2019v30n4.02>