



Estudios Socio-Jurídicos

ISSN: 0124-0579

ISSN: 2145-4531

Universidad del Rosario

Higüita Jaramillo, Simón; Gómez Rúa, Natalia Eugenia
Gestación subrogada: un análisis de la regulación en algunos países de América Latina
Estudios Socio-Jurídicos, vol. 25, núm. 2, e13, 2023, Julio-Diciembre
Universidad del Rosario

DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12781>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73378756013>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Gestación subrogada: un análisis de la regulación en algunos países de América Latina

Surrogacy: An Analysis of Regulation in some Latin American Countries

Barriga de aluguel: uma análise da regulamentação em alguns países da América Latina

SIMÓN HIGUITA JARAMILLO*
NATALIA EUGENIA GÓMEZ RÚA**

FECHA DE RECEPCIÓN: 20 DE DICIEMBRE DE 2022. FECHA DE APROBACIÓN: 25 DE ABRIL DE 2023

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12781>

Para citar este artículo: Higuita Jaramillo, S., & Gómez Rúa, N. E. (2023). Gestación subrogada: un análisis de la regulación en algunos países de América Latina. *Estudios Socio-Jurídicos*, 25(2), 1-28. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12781>

RESUMEN

Este artículo estudia la gestación subrogada como una de las técnicas de reproducción humana asistida más populares en el mundo y se enfoca en América Latina para revisar la regulación en algunos países de la región: México, Argentina, Chile, Brasil, Ecuador, Panamá y Perú. El enfoque metodológico a través del cual se realizó el artículo es hermenéutico, por medio de la técnica del análisis de contenido de normas y literatura sobre el tema objeto de estudio. Como principal hallazgo, se encuentra que en ninguna de estas naciones el cuerpo legislativo ha proferido una normativa integral y que las únicas luces existentes para ordenar esta práctica han sido dadas por la jurisprudencia y, en algunas ocasiones, por pronunciamientos de autoridades administrativas que atienden casos concretos y carecen del carácter general y obligatorio de la ley. Por otra parte, fue posible hallar diferencias en la conceptualización, las cuales terminaron obedeciendo al grado de discusión existente en el país. Para finalizar, se reflexiona

* Abogado de la Universidad CES (Medellín, Colombia). Correo electrónico: higuita.simon@uces.edu.co

** Doctora en Salud Pública de la Universidad CES (Medellín, Colombia); abogada; especialista en Derecho de la Seguridad Social; y magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: ngomez@ces.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7506-8443>

sobre la ausencia de regulación en la gestación subrogada y las posibles violaciones a los derechos de los actores involucrados.

Palabras clave: técnicas de reproducción humana asistida; maternidad; infertilidad; normativa; América Latina.

ABSTRACT

This article studies surrogacy as one of the most popular assisted human reproduction techniques in the world and focuses on Latin America to review its regulation in Mexico, Argentina, Chile, Brazil, Ecuador, Panama, and Peru. As a main finding, none of these nations' legislative bodies have issued comprehensive regulations and the only existing lights to order this practice have been given by jurisprudence and, on some occasions, pronouncements of administrative authorities that deal with specific cases and lack the general and binding nature of the law. On the other hand, it was possible to find differences in the conceptualization, which obeys the degree of discussion existing in each country. Finally, it reflects on the absence of regulation in surrogacy and possible violations of the rights of the actors involved.

Keywords: Surrogacy; assisted human reproduction techniques; regulation; Latin America.

RESUMO

Este artigo estuda a barriga de aluguel como uma das técnicas de reprodução humana assistida mais populares do mundo e se concentra na América Latina para revisar a regulamentação em alguns países da região: México, Argentina, Chile, Brasil, Equador, Panamá e Peru. A abordagem metodológica pela qual o artigo foi realizado é hermenêutica por meio da técnica de análise de conteúdo de normas e literatura sobre o assunto em estudo. Como principal constatação, verifica-se que em nenhuma dessas nações o corpo legislativo emitiu regulamentação abrangente e que as únicas luzes existentes para legislar essa prática foram dadas pela jurisprudência e, em algumas ocasiões, por pronunciamentos de autoridades administrativas que tratam de casos específicos e carecem do caráter geral e obrigatório da lei. Por outro lado, foi possível encontrar divergências na conceituação, que acabaram obedecendo ao grau de discussão existente no país. Por fim, o artigo reflete sobre a ausência de regulamentação da barriga de aluguel e possíveis violações dos direitos dos atores envolvidos.

Palavras-chave: técnicas de reprodução humana assistida; maternidade; infertilidade; regulamentação; América Latina.

Introducción

La familia, desde tiempos ancestrales, ha sido considerada como el núcleo central de la sociedad y su conceptualización en Colombia trascendió a través de la Constitución Política de 1991 (Quiroz & Jácome, 2020), sin embargo, la creación de esta puede verse afectada por varios motivos, como la infertilidad, evento que puede presentar una persona de la pareja o incluso ambas. Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta que Colombia es un Estado social de derecho y, por ende, garantista de esto, se debe contar con posibilidades o alternativas que conlleven la facilitación de la conformación de la familia (Vásquez & Llanos, 2019), entendida desde una concepción clásica como aquella que se forma con la existencia de los hijos, situación que implicaría la aplicación de las denominadas técnicas de reproducción humana asistida ante la imposibilidad de procrear y dentro de las cuales surge la gestación subrogada.

Frente a estas situaciones, en Colombia, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-968 de 2009, planteó que técnicas de reproducción asistida como la fecundación *in vitro* y la gestación subrogada permiten a las mujeres que no han podido llevar a término un embarazo tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su propio óvulo y semen de su marido, compañero o donante. Igualmente, cita que las parejas que recurren a este método prefieren generar el embarazo con sus propios óvulos y espermatozoides. Así mismo, que la ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios hijos, sobre cualquier otro, incluso la adopción, es que el infante que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el espermatozoides del padre (Sentencia T-968/2009).

De hecho, el artículo 42 de la Constitución Política, que define la familia, consagra lo siguiente: “[...] los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente *o con asistencia científica*, tienen iguales derechos y deberes [...]” (Constitución Política de Colombia, 1991, cursiva nuestra).

Así, desde la norma superior se expresa que los hijos pueden ser tenidos bajo la modalidad de asistencia científica, dando la posibilidad a

la gestación subrogada para conformar una familia. Pero, aunque exista tal viabilidad y el pronunciamiento de la Corte Constitucional citado, no se constituye como una garantía a la protección de todos los derechos fundamentales que se desprenden de la práctica de esta modalidad, ante la ausencia de regulatoria de aspectos como la conformación del contrato con el acuerdo de voluntades, su ejecución y el próximo desarrollo del menor de edad dentro de un núcleo familiar, lo cual es un bien jurídico altamente tutelado.

Algunas investigaciones acerca del tema han demostrado que la gestación subrogada en Colombia es una realidad (Caballero et al., 2022; Cuéllar-Garzón, 2022; Mantilla & Alvarado, 2022). En el último informe de la International Federation of Fertility Societies (IFFS), existen aproximadamente 25 centros especializados en el país dedicados a ofrecer tratamientos a parejas con problemas de salud reproductiva, entre ellos la aplicación de la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida (TRHA) (Beetar, 2019). Ante esta realidad, el alcance y contenido de la figura en los temas de derecho civil, seguridad social, implicaciones éticas, entre otros, son los que requieren concretamente soporte jurídico. Se considera que el análisis se debe realizar desde una perspectiva jurídica y global. El primer paso para lograrlo es la revisión del derecho comparado, especialmente a nivel de América Latina, por la afinidad cultural, social y política.

El tema es relevante para la investigación actual desde el derecho porque no existe una regulación legal expresa acerca de este en la mayoría de los países de América Latina, razón por la cual, consecuentemente, el contenido informativo, académico o investigativo disponible permite evidenciar controversias que comienzan incluso desde la misma conceptualización y el término adecuado por utilizar para referirse a la gestación subrogada.

En ese orden de ideas, pueden existir personas que actualmente están considerando la gestación subrogada como una alternativa de procreación y esperan ser usuarios de este procedimiento para convertirse en padres. También hay mujeres que ofrecen su vientre para concebir un hijo 'ajeno', entidades de los diferentes sistemas de seguridad social que están discutiendo cuál es la forma de abordar la situación, autoridades administrativas, como los ministerios o secretarías de salud, que

revisan cuál es la mejor forma de adoptar, reglamentar o prohibir esta práctica. Por otra parte, los congresos, parlamentos o asambleas que han debatido proyectos para regular esta iniciativa; y, finalmente, los operadores judiciales, que ya han tenido que decidir casos relacionados con la gestación subrogada basados en principios y algunos antecedentes jurisprudenciales.

El enfoque metodológico a través del cual se hizo el artículo es hermenéutico, por medio de la técnica del análisis de contenido de literatura sobre el tema objeto de estudio. La revisión incluyó la consulta bibliográfica de artículos, libros electrónicos y documentos institucionales publicados en bases de datos como PubMed, EBSCO, Scielo, Scopus, Science Direct y el motor de búsqueda Google Académico. Los descriptores utilizados fueron gestación subrogada, maternidad subrogada, gestación por sustitución, América Latina, Latinoamérica, y su rastreo se efectuó en español, inglés y portugués. El proceso de síntesis documental se llevó a cabo a partir del análisis de los datos objeto de la revisión. Las conclusiones resultaron de un proceso analítico y crítico de la información extraída y sintetizada de las fuentes como se presenta a continuación.

Marco referencial de la gestación subrogada en algunos países de Latinoamérica

Las experiencias jurídicas, doctrinales y prácticas de cada país permiten enriquecer la discusión interna y sentar las bases para una posible regulación adecuada en el ámbito nacional de la práctica que compete a este tema de la gestación subrogada.

Para el análisis del panorama actual de la gestación subrogada en América Latina, un país de referencia es sin duda México, ya que, conforme con la literatura, a finales de la década de los setenta, diversos sectores comenzaron a notar la práctica de este método de reproducción, no obstante, pocas fueron las voces políticas, académicas y jurídicas que se pronunciaron al respecto (Álvarez et al., 2017), y solo hasta entrado el siglo XXI, las autoridades empezaron a tomar cartas en el asunto.

En México, un Estado contribuyó a los antecedentes de la gestación subrogada, el Estado Federal de Tabasco, con la legalidad de la denominada “gestación comercial internacional” entre los años 1997 y 2016 (Pérez, 2018), figura jurídica que autorizaba la “gestación por sustitución” remunerada a toda persona sin sesgo. Paralelamente ocurría que, para el año 2012, India y Tailandia eran los destinos predilectos a nivel mundial para adquirir los servicios de una madre subrogada, no obstante, los gobiernos locales implementaron una serie de medidas que frenó casi de tope la práctica, y obligaron a los interesados a trasladarse a legislaciones más amigables, momento en el cual Tabasco entró en la escena, así pues, México se convirtió en el “destino natural” de los padres/madres de intención (Pérez, 2018). Como se puede observar, no se utilizaba el término subrogada, sino por sustitución, y versaba como un asunto comercial en consideración al negocio que se pretendía con otros países, para que, de este modo, pudieran operar libremente los interesados en el citado Estado de México.

Algunos autores señalan como hito relevante que este auge generó que el Comité de los Derechos del Niño recomendara a México que el Estado de Tabasco hiciera una revisión legal sobre la “gestación por sustitución” en su territorio y pudiera garantizar que la práctica no fuera usada como un medio para la venta de menores. Esta revisión se realizó en el Congreso de Tabasco en 2015 y se aprobó una reforma para adicionar un apartado al Código Civil, denominado “De la gestación asistida y subrogada”, en el cual permitieron la maternidad subrogada únicamente para personas mexicanas con un problema de imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero mediante certificado médico, eliminaron la participación de agencias o intermediarios y facultaron a la secretaría de salud de la entidad federativa para autorizar clínicas que llevaran a cabo registros y seguimientos de estas prácticas (Vázquez, 2021). En esta medida se ajusta el concepto y su práctica en aras del interés superior del menor.

No obstante los esfuerzos por establecer límites, en junio de 2021, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció que la determinación de participar en un contrato de gestación subrogada corresponde a la mujer gestante, dejando sin valor normas que perpetuaban el estereotipo de que las mujeres no pueden ejercer su capacidad reproductiva

de manera autónoma. Además, la Suprema Corte declaró la validez del artículo 380 bis del Código Civil local de Tabasco, al resultar infundado que exista una obligación de las legislaturas locales de prever la gratuidad del contrato de gestación (Vázquez, 2021). Por lo tanto, la gratuidad se pone nuevamente en discusión y abrió puertas al negocio de los denominados vientres de alquiler.

Otros Estados de la unión mexicana se han pronunciado acerca de la gestación subrogada, tal es el caso de Querétaro y San Luis Potosí, que se sometieron a la antigua premisa de que la maternidad siempre corresponde a la mujer que da a luz y no reconocen ningún acuerdo que diga lo contrario. Por su parte, la Ciudad de México, Sonora y Colima reconocen el uso de técnicas de reproducción humana asistida, sin hacer mayor claridad al respecto; y federaciones como Coahuila presentan contradicciones legales, teniendo normas que, por un lado, decretan la inexistencia del contrato de maternidad subrogada, pero, por el otro, permiten las TRHA para favorecer la procreación por fuera del proceso natural (Vázquez, 2021).

México es uno de tantos países que ha omitido un pronunciamiento de fondo a nivel nacional sobre este tema en concreto, no obstante, han existido algunas iniciativas legislativas federales para poner orden a la gestación subrogada en el país (aunque ninguna ha nacido a la vida jurídica hasta la fecha); estas han ido desde reformas a las leyes laborales que incluyan el uso de TRHA para licencias de maternidad, reformas a la Ley General de Salud para regular los procedimientos sanitarios y las prestaciones de seguridad social derivadas de la gestación subrogada, e, incluso, la reforma constitucional para la expedición de una Ley General de Técnicas de Reproducción Asistida (Vázquez, 2021).

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que la problemática en México se centra en la ausencia de una regulación de carácter federal y las controversias propias de la posibilidad de remuneración por parte de la mujer gestante frente a realidades como el ánimo de lucro por condiciones de vulnerabilidad, pobreza, entre otras.

Otro país que ha abordado el tema es Argentina. Se caracteriza porque existe un mayor desarrollo a nivel de pronunciamientos de las autoridades, pero sigue careciendo de una regulación legal completa, situación en la cual se asemeja al resto de otros países latinoamericanos.

Así, otros autores insisten en que el artículo 19 de la Constitución Nacional, que contiene el principio de legalidad según el cual “ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, ya es razón suficiente para entender que la gestación subrogada en el país está permitida, toda vez que no existe una norma que expresamente la prohíba (Galera, 2019).

En Argentina, el vacío legal existente ha creado un escenario favorable en el que se practica la gestación por sustitución, nombre asignado en su práctica, sin regulación clara alguna, en virtud de lo cual hay una proliferación de intermediarios que ofrecen sus servicios al público en general a través de las redes sociales, contactando con nacionales y extranjeros para ello (Cutuli, 2021; Daud, 2022; Mariel, 2018). En el país se garantiza la implementación de las prácticas de procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción, así como la posibilidad de acceder a dichos procedimientos y técnicas, cualquiera sea la cobertura médica que posea el titular del derecho, de conformidad con la Ley 26862, sancionada el 5 de junio de 2013, su Decreto Reglamentario 956 de 2013 y una serie de resoluciones que regulan diversos aspectos relacionados con estas técnicas (Mariel, 2018).

Sobre el asunto, algunos autores indican que un referente en Argentina es el proyecto de ley para la creación de un nuevo Código Civil y Comercial que se presentó ante el Congreso de la Nación, en el que se pretendía regular expresamente la denominada gestación por sustitución, a través de un proceso judicial con verificación de varios requisitos mediante las autoridades sanitarias; así, al momento de discutir el tema, participaron tanto juristas como representantes de la Iglesia y grupos feministas, sin embargo, terminó siendo eliminado con la excusa de requerir el instituto un debate más profundo atento a los dilemas éticos y jurídicos que conlleva este (Graiewski, 2015, citado en Mariel, 2018).

También ha contado con otras iniciativas legislativas presentadas desde el año 2011 con miras a regular la práctica en cuestión, que van desde la creación de una Agencia Pública de Maternidad Subrogada hasta proyectos más recientes que han tocado el tema de la seguridad social, proponiendo una cobertura de salud integral e interdisciplinaria para esta técnica dentro del marco de la Ley 26862, garantizando su inclusión en el Plan Médico Obligatorio (PMO) (Mariel, 2018); no

obstante, ninguno de los proyectos expuestos ha logrado su aprobación, razón por la cual se continúa actualmente en el limbo jurídico.

En la práctica, en Argentina la gestación subrogada se fundamenta en el otorgamiento del consentimiento informado de la persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la Ley 26529 y concordantes y en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. Para tal fin nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho. También se requiere una autorización judicial respecto a la cual la jurisprudencia ha venido declarando la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación y ha permitido la inscripción definitiva del menor a nombre de los padres intencionales sin que medie tal autorización. Igualmente, establece que la partida de nacimiento emitida por el Registro Civil y de capacidad de las personas de cada jurisdicción no mencionará a la gestante, pero sí quedará ese consentimiento junto a la sentencia debidamente archivado (Daud, 2022).

Sobre aspectos jurisprudenciales, en 2022 se profirió una sentencia relevante por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en la cual se revocó la decisión del juez de conocimiento y se ordenó brindar la cobertura integral del tratamiento de reproducción asistida de alta complejidad FIV, con óvulos aportados por la mujer de la pareja o, en su caso, provenientes de banco, y gametos masculinos proporcionados por el actor para ser implantados en el cuerpo de la mujer gestante solidaria (Sentencia STS-1153/2022). Lo interesante de este fallo judicial son las consideraciones realizadas de la gestación por sustitución como un asunto de derechos humanos.

Por otra parte, en la República de Chile, se puede evidenciar que el procedimiento de gestación por sustitución no se encuentra legislado en ese país, por lo cual, ante la ausencia de una ley de reproducción humana, se aplica el artículo 182 del Código Civil, cuyo objetivo es regular la filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida y en el que se define quién es el padre y madre en caso de que haya ocurrido un sometimiento a alguna de estas técnicas de reproducción, pero no desarrolla una regulación sobre este procedimiento.

La legislación chilena solo se ha preocupado hasta la fecha de dar una solución al problema filiativo respecto de los hijos nacidos a partir

de técnicas de reproducción asistida, sin referirse al problema de los acuerdos de subrogación (Cifuentes & Guerra, 2019); y a nivel reglamentario, se encuentra una resolución exenta del Ministerio de Salud del año 1985, que dicta “normas aplicables a la fertilización *in vitro* y la transferencia embrionaria”, y una Norma General Técnica 159 sobre Orientaciones Técnicas para el Manejo de la Infertilidad de Baja Complejidad de 2013, del mismo ministerio. Conforme con lo señalado por las comisiones del Congreso de Chile desde el año 1993, han existido algunos proyectos de ley orientados a regular el tema, estos han estado enfocados en plantear los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y en el establecimiento de sanciones para los infractores de sus normas (Boletín 1026-0710); la legislación sobre reproducción humana asistida y sus técnicas de aplicación (Boletines 4346-1111 y 4573-1112); y la regulación directa de la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida (Boletín 11576-1114) (Cifuentes & Guerra, 2019).

Es importante resaltar que Chile, si bien no tiene regulación expresa, posee un relevante referente legal que debe ser tenido en cuenta, el cual es, como se insinuó previamente, el artículo 182 del Código Civil, modificado a través de la Ley 19585 de 1998; dice la norma: “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta” (Ley 19585/1998).

Es fundamental la premisa de que la mujer y el hombre que se sometieron a estas técnicas son los padres del menor, dando así primacía a lo que se ha denominado como “voluntad procreacional”, que no es otra cosa que determinar que la maternidad no solo es biológica, sino también de voluntad, y que el interés superior del menor permite llegar a esta determinación, rompiendo así el viejo apotema de que “es siempre cierto quién es la madre”. También, es crucial mencionar que esta norma impide impugnar la filiación en los casos en que haya tenido lugar una TRHA; del mismo modo, es claro que la amplitud de la norma permite incluso pensar acerca de los acuerdos contractuales de gestación subrogada, puesto que reconoce la existencia de una multiplicidad de técnicas de reproducción asistida que son hábiles para producir filiación

(Cifuentes & Guerra, 2019). En Chile, si bien no se consagra expresamente la gestación subrogada ni se ha reglado, el legislador chileno sí lo ha hecho respecto a la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la donación de óvulos.

Ahora, en lo referente a la jurisprudencia, Chile ha tenido un importante desarrollo judicial de esta problemática en el que la rama judicial ha cedido y permitido la filiación de los menores concebidos bajo las técnicas de reproducción humana asistida, en especial de la gestación subrogada; así, se debe mencionar que el antecedente esencial se dio en 2018, en el cual un tribunal de familia declaró que dos mellizas nacidas de un madre subrogada que había sido fertilizada con gametos *in vitro* pertenecientes a una pareja heterosexual que había tenido múltiples embarazos fallidos eran hijas de estas últimas personas. En esta oportunidad el tribunal partió de principios como el interés superior del niño y el llamado “derecho de procrear” para reconocer que en este caso se acreditó que genética, social y afectivamente las niñas son hijas de la demandante, no siendo así nulo el contrato de maternidad subrogada, en razón, además, de la gratuidad de este (Maturana, 2020).

Por lo tanto, en Chile es claro que la preocupación realmente no se centra en el método o el procedimiento, sino en las situaciones que pueden surgir con posterioridad al nacimiento de los menores de edad, lo cual se encuentra muy vinculado a la Convención sobre los Derechos del Niño y a las garantías que deben brindarse independientemente de la legislación, pero un marco legal podría evitar que las instancias judiciales tengan que resolver estos conflictos.

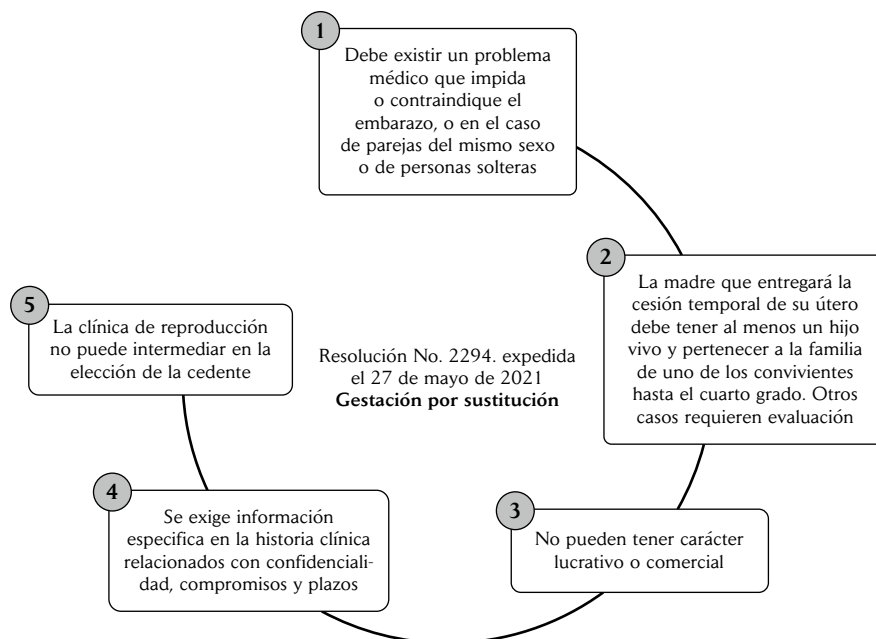
Sin duda alguna, también es importante en el marco de América Latina detenerse en la República Federativa de Brasil, un país enorme en todo sentido, tanto a nivel geográfico como en el tamaño de su población y de su economía; así, la problemática de la gestación subrogada igualmente ha estado presente en las discusiones políticas, religiosas, éticas, médicas y académicas del país, y grandes aportes han surgido de ellas.

Preciso es aclarar que, en Brasil, a pesar de no existir una ley que regule específicamente el procedimiento, sí hay un pronunciamiento administrativo reciente expedido por el Consejo Federal de Medicina en el año 2021, el cual, en uno de sus apartes, regula la práctica de

la gestación por sustitución y presenta una serie de requisitos para la aplicación de este procedimiento.

Así, la Resolución 2294, expedida el 27 de mayo de 2021 por el Consejo Federal de Medicina de Brasil, contiene en el capítulo VII de su anexo técnico una serie de indicaciones denominadas “Sobre la gestación por sustitución (cesión temporal de útero)”, indicando, básicamente, lo que se observa en la figura 1.

Figura 1. Normativa sobre gestación por sustitución en Brasil



Fuente: elaboración de los autores a partir de la Resolución 2294 del 27 de mayo de 2021.

En Brasil, la doctrina ha dicho que una vez demarcada la admisibilidad de la gestación subrogada a la luz de la dignidad y derechos de la personalidad, cabe señalar que se trata de un contrato atípico, de carácter no patrimonial, cuyo objeto radica en la gestación de un hijo en beneficio de la realización del proyecto familiar del otro (Souza, 2021).

Por lo tanto, en estos términos (cuando se pueda asegurar la gratuidad y la finalidad altruista), la gestación subrogada debe ser considerada una práctica lícita, toda vez que se asoma como el producto del ejercicio

de la autodeterminación corporal, que dista teleológicamente de la instrumentalización del ser humano. Dicho lo anterior, este procedimiento resulta afín al principio de la dignidad humana, no atenta contra el orden público y las buenas costumbres, sino que, por el contrario, se evidencia como un ejercicio legítimo del denominado “derecho general a la personalidad” de todos los implicados.

En Latinoamérica, también en la República del Ecuador, se encuentra que no existe ningún tipo de ley, antecedente judicial, reglamento o resolución que se refiera directamente a este tema, por lo cual se crea, según algunos autores, un auténtico vacío legal allí, que está generando clandestinidad y violación de derechos a una escala importante (Barahona-Cobos & Guerra-Coronel, 2021).

El artículo 66 de la Constitución Política de Ecuador establece la libertad sexual y reproductiva como derecho, y en su numeral 10 reconoce “el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener”; luego, el artículo 25 de la Carta Magna determina el derecho de las personas a gozar de los beneficios y avances del progreso científico, por lo tanto, es dable entender que una interpretación conjunta de estos dos artículos significa la permisión del aprovechamiento de la ciencia médica en favor de la familia y derecho a la reproducción (Barahona-Cobos & Guerra-Coronel, 2021).

En temas de salud, la doctrina propone una interpretación conjunta del artículo 363 de la Constitución Política y el artículo 6° de la Ley Orgánica de Salud, normas que contienen el mandato constitucional al Estado de regular la política pública en salud, incluyendo asegurar acciones y servicios de salud sexual y reproductiva, y la obligación del Ministerio de Salud Pública de formular e implementar políticas de salud sexual y salud reproductiva que permitan la vigencia, respeto y goce de los derechos, tanto sexuales como reproductivos (Barahona-Cobos & Guerra-Coronel, 2021), lo cual permite concluir que la política pública de salud tampoco es un impedimento para llevar a cabo la gestación subrogada en el país.

A pesar de este panorama, en el año 2000, se discutió en la Asamblea Nacional de Ecuador el Proyecto de Ley del Código de la Familia, boletín que incluía un aparte relacionado con la maternidad subrogada,

y que trataba de regularla en el sentido de que, de generarse un alquiler de útero, la madre portadora no estará obligada a entregar al niño, y deja al arbitrio de esta si cumple o no con el pacto promisorio, no obstante, esta iniciativa nunca se consolidó. También, se encuentra un debate en el proyecto de Código Orgánico de la Salud, que en materia de reproducción humana asistida pretende regular la gestación subrogada, prohibiendo la contraprestación económica o compensación de cualquier tipo, con excepción del pago de los gastos de atención durante la gestación y el parto, y determinando que los establecimientos de salud que presten estos servicios deberán contar con protocolos explícitos de consentimiento informado (Villalba, 2021).

Por su parte, no se evidencian en Ecuador sentencias judiciales publicadas vinculantes que otorguen un marco de acción para los operadores jurídicos del Estado en temas de gestación subrogada (Barahona-Cobos & Guerra-Coronel, 2021), lo cual solo aumenta la inseguridad jurídica derivada de la falta absoluta de regulación; de cualquier forma, el tema no es extraño en el país, y es de esperar la llegada del álgido debate a él, por lo que será necesario observar cómo procede, debido a la necesidad de incluir este tipo de realidades biológicas, filiales y genéticas en su legislación (Villalba, 2021).

Por otro lado, en la República de Panamá, que obra como representante de América Central, se advierte que la realidad de su sistema jurídico y regulación en temas polémicos como la gestación subrogada se encuentra en relativa desventaja y posee una escasa jurisprudencia relacionada con sus supuestos fácticos.

La única disposición del Código de la Familia que hace referencia a esta, y de manera indirecta, es el artículo 286, que prevé un supuesto de impugnación de paternidad cuando un hombre que consintió previamente el uso de una TRHA compruebe que era estéril al momento de hacerlo (Guevara, 2020), lo cual dista enormemente a nivel fáctico de una regulación de la gestación subrogada.

Claro está, el hecho de que la norma haga mención a este proceso quiere decir que el legislador panameño sí previó el uso de métodos asistidos de reproducción, sin embargo, el tema no ha sido objeto de desarrollo normativo, razón por la cual se trae a colación el antecedente judicial relevante del que dispone la nación del istmo, el cual es

la resolución judicial del 7 de febrero de 2014 de la Corte Suprema de Justicia, en la que la Sala en pleno resolvió, en grado de apelación, una acción de amparo de derechos fundamentales; en este caso, dos mujeres que mantenían una relación de pareja concertaron un acuerdo en virtud del cual una aportaría su óvulo y la otra llevaría a cabo la gestación. Producto de ello, nació una niña, en cuyo certificado de nacimiento aparece que es hija de la mujer que, en realidad, no llevó a cabo la gestación ni aportó su óvulo, pero en el parte clínico y al momento de la inscripción en el Registro Civil se hizo constar que era quien había alumbrado a la menor (Guevara, 2020).

En el caso expuesto, la Corte tomó en cuenta principios como el interés superior del niño y los tratados internacionales de derechos humanos para determinar la naturaleza real de la maternidad de la menor, no obstante, este antecedente ni siquiera está relacionado en su totalidad con la gestación subrogada *stricto sensu*, sino que se orienta más hacia un tema de irregularidades en el registro; sin embargo, los hechos descritos podrían dar lugar a que la gestación por subrogación sea una práctica que se lleve en Panamá en la clandestinidad, en vista del enorme vacío legal que viene representando.

Otro país de interés es Perú, una nación que se plantea diversos retos a nivel jurídico, razón por la cual se pudo observar un desarrollo mayor del asunto de la gestación subrogada en ese país. Respecto de la realidad jurídica de la gestación subrogada en la república, tampoco existe una ley que expresamente regule esta práctica, como es común en Latinoamérica; no obstante, la Ley 26842–Ley General de Salud ha sido expuesta como la única norma vigente que podría ser utilizada en los casos referentes a la gestación subrogada y análogos hoy en día en Perú: así, el artículo 7° de dicha ley señala:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos

humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos (Ley 26842/1997).

Se observa que la norma contempla los casos de las TRHA en el país, no obstante, impone una limitante al requerir que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona; además, al no profundizar en la gestación subrogada en sí, sigue existiendo un vacío normativo que genera inseguridad jurídica para las partes del contrato (Valdivia, 2020).

Respecto a los tribunales de justicia de esta nación, desde hace varios años los jueces se han tenido que enfrentar con casos que tienen como fondo litigios entre personas que han acudido tanto al procedimiento de subrogación de útero como al de ovodonación (que está vinculada a la primera), y respecto de los cuales se han debido pronunciar sin poseer una norma idónea que los oriente, razón por la cual la jurisprudencia nuevamente se ha convertido en fuente creadora de derecho, además, teniendo en cuenta la necesidad de velar por el interés superior de los niños en estos casos (Valdivia, 2020).

Un caso relevante ocurrió en el año 2011, cuando la Corte Suprema estimó infundada la casación y confirmó las decisiones de primera y segunda instancia que declaran fundada la demanda de adopción por excepción incoada de la pareja D. F. P. Q. y G. S., en la que una mujer con imposibilidad reproductiva pactó con otra (los señores I. Z. C. M. y P. F. P. C.) la realización de una gestación sustituta mediante un procedimiento de inseminación artificial con los gametos de su esposo, teniendo como resultado el nacimiento de la niña V. P. C., a la cual acogerían como hija por medio de la figura de la adopción por excepción; sin embargo, la segunda pareja después se retractó del proceso argumentando que dicha figura no existiría y que los preadoptantes no gozan de solvencia moral. Los jueces comprobaron que la primera pareja resguardaba con cariño a la niña, proveyéndole un adecuado ambiente familiar, mientras que la segunda exhibió un interés de lucro que los motivó a engendrarla, extorsionando a los señores D. F. P. Q. y G. S. y amenazándolos con abortarla (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Perú, 2011, citada en Valdivia, 2020).

Por dichos motivos, la Corte, pese a no contar con la necesaria autorización de los padres para entregar en adopción incoada a la menor, optó por realizar una ponderación de derechos entre la oposición de la ‘madre’ en prestar su asentimiento versus el derecho de la niña a contar con una familia y continuar siendo parte de ella, prefiriendo, con base en el principio del interés superior del niño, el derecho de la menor a tener una familia (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Perú, 2011, citada en Valdivia, 2020).

Ahora, con respecto a las iniciativas legislativas, Perú es un país pionero, toda vez que ha contemplado ante su Congreso más de once proyectos de ley que proponen la regulación del procedimiento de gestación por sustitución. Las propuestas han estado en su mayoría orientadas a una regulación clara, privilegiando el proceder altruista-gratuito y restringiendo la práctica solo a los ciudadanos peruanos; no obstante, estas iniciativas no han podido nacer jurídicamente, debido a diferencias irreconciliables en el legislativo y a profundas crisis institucionales que han marcado el devenir de la nación andina (Cabrera, 2021).

Polisemia del concepto “gestación subrogada”

Uno de los aspectos transversales que ha surgido con el desarrollo de esta investigación es, precisamente, el término que cada Estado ha adoptado para referirse a la práctica que acá se denomina gestación subrogada. Así, es preciso señalar que este indicador varía de forma relativa en el contexto latinoamericano, y depende en gran medida del nivel de regulación que haya tenido el procedimiento en el país, del desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

Después del rastreo documental efectuado para el caso de México, se encuentra que existe un uso de dos términos de forma general para referirse a esta práctica, el primero de ellos es, precisamente, el de “gestación subrogada”, que se define como “un acuerdo en virtud del cual una persona acepta gestar para una persona o pareja que tiene la intención de fungir como padre(s) o madre(s) de la niña o niño nacidos de dicho embarazo” (Vázquez, 2021); ahora, el segundo de los términos es “gestación para otros”, orientado a la modalidad altruista, importante

indicador de la teleología del procedimiento que se quiere implementar; y, en menor medida, se le ha llamado también “maternidad sustituta”, “gestación por sustitución”, “sustitución uterina”, “vientre de alquiler” y “maternidad subrogada” (Vázquez, 2021). Sin lugar a dudas, el término que se utilizó más al inicio de la discusión fue gestación por sustitución.

Respecto al caso de Argentina, se pudo evidenciar que el término predilecto allí es “gestación por sustitución”, definida como “una técnica de producción médicamente asistida en la que se requiere el servicio de una mujer que geste un hijo a favor de un tercero, persona o pareja comitente, debiendo entregar al bebé al nacer, sin que se produzca el vínculo filial legal con quien gestó sino con los comitentes, quienes detentan la voluntad procreacional” (Cutuli, 2021; Daud, 2022; Mariel, 2018): no obstante, en los pronunciamientos a nivel gubernamental y de otros sectores, se ha optado también por denominarla “gestación solidaria” y con este término se han presentado propuestas legislativas (Cuéllar-Garzón, 2022), por lo que se visualiza nuevamente el componente altruista, uno de los puntos más difíciles abordados en esta problemática, ya que apunta a la gratuidad de la técnica frente a quienes no pueden concebir por diferentes razones biológicas.

Tras el estudio de esta realidad en la República de Chile, fue posible determinar que en ese lugar al procedimiento estudiado se le ha dado el nombre de “gestación por sustitución” a nivel general en la doctrina; no obstante, un importante pronunciamiento judicial relativo al caso optó por llamarlo “maternidad gestacional subrogada”, lo cual se asoma relevante, toda vez que ofrece una definición de maternidad amplia, comprendiendo, pues, el embarazo, el parto y la crianza (Maturana, 2020), lo cual es, de hecho, un aspecto especialmente problemático en temas de gestación subrogada, dado que para algunos no es claro cuál es alcance de la maternidad, situación que naturalmente genera conflictos.

Para el análisis del caso en la República Federativa de Brasil, es realmente importante acotar que en este país existe un consenso relativo con respecto al término por el cual se refieren a esta práctica, el cual es “gestação de substituição”, que traducido literalmente del portugués al español significa “gestación por sustitución”, siguiendo la misma línea de países como Chile o Argentina; este término se define como “la gestación de un ser por parte de una mujer no autora del proyecto

parental, o sea, que contribuye con un proyecto parental ajeno, cediendo temporalmente su útero para que el ser, concebido en laboratorio, venga a ser generado y se desarrolle hasta su nacimiento”. Igualmente, considera el carácter gratuito y altruista (Souza, 2021).

En revisión de otras legislaciones con menor desarrollo del tema, el estudio del caso de Ecuador permitió evidenciar que el término favorecido en aquella república es el de “maternidad subrogada”, el cual ha sido definido como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca” (Barahona-Cobos & Guerra-Coronel, 2021). Es preciso aclarar que este vocablo no resulta del todo apropiado, teniendo en cuenta el estado actual de la discusión, toda vez que el término “maternidad” se asoma amplio en extremo, y comprende una etapa mucho más larga de la vida, en cambio, en el caso que compete a este estudio, lo que se subroga no es la maternidad como un todo, sino únicamente la gestación de un ser humano.

Por otra parte, en el caso de Panamá, se torna necesario determinar que, al no existir regulación oficial en aquel país, se tuvo en cuenta lo dicho por la doctrina y el mencionado caso judicial; así, se tiene que a esta práctica se le denomina “gestación por sustitución”, como en otros países de Latinoamérica, y se define como

una alternativa que tienen las parejas que, enfrentadas a problemas de esterilidad e infertilidad, y queriendo ejercer sus derechos a procrear y a formar una familia, recurren a una mujer apta, para que geste el embrión, resultado de la fertilización *in vitro* de material genético proveniente de dicha pareja, o de uno de sus integrantes y un donante y luego del nacimiento de su hijo o hija, puedan asumir el correspondiente vínculo materno y paterno filial, protegiendo su vida y proporcionándole los cuidados y la orientación que sean necesarios (Guevara, 2020).

Por último, el análisis del caso en Perú permitió encontrar que una parte importante de la doctrina y la jurisprudencia se ha decantado por el término “gestación subrogada”, hallándolo más apropiado para englobar todas las dimensiones del asunto (Valdivia, 2020); este es

definido como “aquel procedimiento médico autorizado por la entidad competente a fin de que en un establecimiento de salud se efectúe la transferencia embrionaria de una mujer distinta a la solicitante” (Cieza, 2017, citado en Valdivia, 2020).

Expuesto lo anterior, es posible comprender la trascendencia de la conceptualización de la gestación subrogada, toda vez que este elemento es esencial para suscitar la discusión acerca de esta práctica, puesto que, como quedó expuesto, depende en gran medida del desarrollo doctrinario y normativo que haya tenido en el país, y legislaciones más avanzadas se decantan por términos restrictivos, que dejan atrás las discusiones de, por ejemplo, hasta dónde llega la maternidad y jurídicamente cómo se define la madre.

Con todo, revisados los anteriores aspectos, se hace notorio que la gestación subrogada representa una problemática real que cada día preocupa más a gobiernos, gremios médicos, académicos y juristas, pero todavía no tiene normas claras que la regulen, en vista de su ambigüedad y las tensiones que representa, por lo tanto, es pertinente preguntarse ¿es necesaria una regulación normativa para la aplicación de la gestación subrogada?

¿Es necesaria una regulación normativa para la aplicación de la gestación subrogada?

De acuerdo con lo abordado, no cabe duda de que esta es una realidad que debe ser comprendida y pensada desde su arista superior, la cual no es otra que el interés legítimo de una o más personas de querer formar una familia, buscando alternativas para vencer la desventurada condición de la infertilidad. A su vez se debe velar por los derechos de los niños y niñas desde la óptica de que no son objetos, sino personas garantes de derechos humanos.

La formación de una familia —y su consecutiva protección— como núcleo fundamental de toda sociedad está reconocida como uno de los derechos esenciales de todo ser humano (Valdivia, 2020); de hecho, en Colombia esta salvaguarda proviene desde la Constitución Política y trasciende hasta los múltiples cuerpos normativos que deben ser de

observancia obligatoria para las diferentes naciones, en virtud de la teoría del Estado democrático de derecho, encontrándose allí los tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos a los que los Estados voluntariamente se adhieren y ratifican.

En ese orden de ideas, se ha dicho en repetidas ocasiones que el problema de la infertilidad debería ser tratado por el Estado como un tema de salud pública, ya que de la forma como se viene manifestando la situación de la gestación subrogada en muchos países del mundo, en especial de América Latina, ocurre que, a pesar de carecer de regulación legal expresa, este procedimiento se viene realizando en clínicas e institutos de los distritos pudientes de las grandes urbes (Cieza, 2017, citado en Valdivia, 2020), situación que, además de acarrear los dilemas éticos, médicos y jurídicos que se han denunciado previamente, genera una brecha de clase al restringir su ejecución a aquellas personas que gozan de un amplio poder adquisitivo, dejando así a un lado a las familias que se encuentran en una posición económicamente desventajosa.

Es claro que la preocupación por la infertilidad es una problemática que afecta varios derechos fundamentales, pero con mayor intensidad aquel relacionado con el derecho a la salud; para el caso, el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia ha dispuesto:

La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control [...] (Constitución Política de Colombia, 1991, cursivas nuestras).

De esta manera, se encuentra en la Carta Política el fundamento superior para exigir del Estado una regulación de estos procedimientos; de hecho, amparándose en estos mismos principios constitucionales, es que Colombia ha logrado importantes hitos en materia de salud pública, tales como la despenalización de la eutanasia desde 1997, la

despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo y la reciente despenalización del suicidio asistido, ambas en el año 2022; cabe destacar que todas estas garantías fueron obtenidas gracias a la acción de la Corte Constitucional, que ha marcado la pauta, incluso a nivel regional, en este tipo de regulaciones.

De hecho, esta misma Corte fue la que profirió la referida Sentencia T-968 de 2009, antecedente jurisprudencial de la gestación subrogada en Colombia; por esta razón, no se haría extraño que el camino de una regulación más sólida proviniera de esta corporación. Sin embargo, atendiendo a la estructura del Estado —que en general es similar en los demás países de la región—, la jurisprudencia únicamente tiene un valor auxiliar, y bien podrían los demás jueces desligarse, con una suficiente argumentación, de lo dicho por esta, motivo por el cual la institución realmente llamada a expedir una normativa que reglamente de forma adecuada esta práctica no es otra que el Congreso de la República, cabeza de la rama legislativa.

Esto es así porque, como se ha insistido, la práctica de la gestación subrogada sin ningún tipo de control de orden legal ha puesto en entredicho los derechos de diversas personas, en especial de grupos socialmente vulnerables y de protección constitucional, tales como las mujeres gestantes y los niños; del mismo modo, esa ausencia de regulación ha generado riesgos incluso de índole jurídico, al carecer el ordenamiento de herramientas para gestionar eficazmente esta situación, sin incurrir en vulneración de los derechos de los implicados.

En este sentido, durante el año 2022, la Corte Constitucional reconoció derechos en el marco de la seguridad social en salud, ya que la falta de regulación sobre la maternidad subrogada redundó en la vulneración de los derechos fundamentales (Sentencia T-275/2022).

En línea con lo anterior, es también relevante señalar que la gestación subrogada plantea un relevante desafío para todo régimen legal, sobre todo en los que, como el colombiano, vienen de la tradición jurídica romana, toda vez que este tipo de alternativas de reproducción desbordan las estructuras jurídicas existentes al lograr separar la reproducción humana de la sexualidad, lo cual sin duda ha desencadenado una “revolución reproductiva” en materia de filiación (Beetar, 2019).

Así, mientras que en la reproducción biológica es la fecundación que procede de la relación sexual la que determina la filiación, sin importar que el padre o la madre o ambos manifestaran su voluntad de querer procrear, en la adopción lo que determina la filiación, además del cumplimiento de los requisitos legales, es la voluntad de unas personas que no han procreado al niño pero que quieren ser padres; no obstante, en el caso de la gestación subrogada, no es clara la determinación de la filiación de los nacidos mediante estas técnicas, con especial atención a las que suponen la intervención de terceros como donantes de gametos o madres subrogadas (Bernal, 2009).

Sobre el contexto regulatorio actual de América Latina en lo referente a la gestación subrogada, lo cual constituyó el propósito principal de este escrito, se pudo encontrar que en la gran mayoría de países revisados existe un interés de diversos sectores porque el gobierno profiera una regulación, situación que se vio, por ejemplo, en el caso de Brasil con las regulaciones prácticas dispuestas por el Consejo Federal de Medicina (Souza, 2021), las interpretaciones extensivas de postulados constitucionales y de leyes marco del sector salud en países como Perú, (Valdivia, 2020), Ecuador (Villalba, 2021) y Chile (Maturana, 2020), y los múltiples proyectos de ley conocidos por la rama legislativa, como ocurrió en Argentina (Mariel, 2018).

Estas evidencias permiten acreditar que, efectivamente, la población está acudiendo a este procedimiento y, por lo tanto, requiere de una regulación que expresamente se atreva a sentar las bases sobre las cuales debe sustentarse la práctica, que tenga en cuenta todas las implicaciones éticas, médicas, jurídicas y de la seguridad social en salud que de ella puedan derivarse, para que así, de una vez y para todas, aquellas personas que presenten un estado de infertilidad puedan acceder a una solución práctica, legal y segura, sin tener que pagar sumas exorbitantes de dinero, realizar extensos y duros viajes, y, mucho menos, acudir a servicios ilegales que rocen peligrosamente con la trata de personas.

La ejecución de la gestación subrogada en América Latina se ha venido desarrollando bajo el antiquísimo principio de que “aquello que no está expresamente prohibido se encuentra tácitamente permitido”; sin embargo, esto sencillamente no es suficiente, porque, como se itera, el vacío que deja la ausencia de regulación es la excusa para

la vulneración de derechos de los directamente implicados, situación que va profundamente en contra de una serie de intereses y principios que propenderían implícitamente por la celebración de acuerdos de gestación subrogada.

Esto es así porque, al menos en el caso colombiano, el Estado mismo se encuentra fundado sobre el principio de la solidaridad, el principio de responsabilidad y el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, representado para este caso en la libertad con que cuenta la mujer de ofrecer su fuerza y capacidad reproductiva con una finalidad altruista o no, y con el objetivo de ayudar en el proyecto de vida familiar a una pareja con problemas de gestación o fertilidad que desee descendencia en el marco de respeto del derecho de los demás (Beetar, 2019). En este sentido, los acuerdos de esta clase no pueden ser considerados ilícitos y, por el contrario, deberían tener toda la aceptación y regulación posible, respaldada además por la normativa administrativa, que regule, como le corresponde según la Constitución, el acceso oportuno al procedimiento, en aras de garantizar también el derecho fundamental a la salud.

En mérito de lo anterior, es posible afirmar que la gestación subrogada es una realidad que merece la atención de todos los actores implicados en ella, comenzando, claramente, por los Estados. Igualmente, a raíz de las problemáticas que ha suscitado en América Latina y el mundo, es dable entender que la única forma de garantizar que esta se lleve a cabo de forma segura y legal es a través de la expedición de una regulación normativa que se apersona por primera vez de esta causa, y permita presentar ante la población un marco jurídico integral, incluyente y responsable con aquellos que resulten involucrados en este tipo de procedimientos, cumpliendo así su fin de garantizar los derechos de todas las personas.

Conclusiones

En el transcurso de la historia, el ser humano se ha enfrentado a la infertilidad como una obstrucción al deseo de muchos de dejar descendencia en el mundo y formar una familia, situación que configura

incluso un derecho humano; así, para intentar resolver esta problemática o al menos ayudar a enfrentarla y modular sus efectos nocivos, aparecen las técnicas de reproducción humana asistida, entre ellas la gestación subrogada.

Sin embargo, esta práctica ha generado una multiplicidad de problemas de índole ético, jurídico, de la seguridad social, de la prestación del servicio, de la filiación, e incluso riesgos que se podrían materializar en realidades tan graves como la trata de personas; todo esto se ha generado debido a la ausencia de regulación y a la falta de interés en las agendas legislativas a nivel global para dar respuesta a las diversas aristas que se presentan en los diferentes contextos, especialmente los de orden legal, médico y ético.

A partir de los ordenamientos jurídicos de algunos países representativos de la región Latinoamérica, concretamente de la revisión de normas, jurisprudencia, actos administrativos y doctrina, se concluye que en la región, a pesar de que la gestación subrogada se practica día tras día, no se evidencia, en los países referidos, que a través de una ley se haya regulado este procedimiento, razón por la cual todos se refugian en el principio de legalidad y en la ausencia de prohibición, situación que genera importantes vacíos normativos, con sus consecuentes riesgos; en el mejor de los casos, existen pronunciamientos básicos de autoridades administrativas que han proferido algunas reglas prácticas para su aplicación.

La falta de regulación es tan evidente que entre los Estados no hay acuerdo para la conceptualización de la técnica referenciada, encontrando así que en algunos países se denomina “maternidad subrogada”, en otros “gestación subrogada” e incluso “gestación por sustitución”, y en la mayoría de casos, estos nombres provienen de la doctrina, la literatura académica y, eventualmente, de la jurisprudencia, porque el legislador no ha llegado a un consenso que permita establecer un orden jurídico para una situación fáctica que activamente lo demanda.

Es hora, por lo tanto, de que los gobiernos y legisladores de la región observen con detenimiento las necesidades de su población y cumplan su función constitucional de regular los mecanismos de acceso a la salud, permitiendo así que quienes deseen acudir a la gestación subrogada puedan hacerlo desde un marco jurídico integral, seguro,

incluyente y garantista de derechos humanos y obligaciones de todos los actores implicados.

Referencias

- Álvarez, C., Olavarria, M. E., & Parisi, R. (2017). Repensando el feminismo: el debate de la gestación subrogada en México, España e Italia. *Dada Rivista di Antropologia Post-Globale*, (2), 7-42. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/47823/>
- Constitución Política de Colombia. (1991). http://normograma.sena.edu.co/docs/pdf/constitucion_politica_1991.pdf
- Barahona-Cobos, D., & Guerra-Coronel, M. A. (2021). La maternidad subrogada en el Ecuador. *Revista Científica FIPCAEC*, 6(1), 191-214. <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v6i1.337>
- Beetar, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(2). <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>
- Bernal, D. R. (2009). Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia. *Revista Republicana*, 6.
- Caballero, S. A., Lozano, J. S., Cruz, K. Y., & Parra, A. (2022). Aplicación del fuero materno en los contratos de maternidad subrogada: retos y desafíos en el ordenamiento jurídico colombiano. *Pensamiento Americano*, 15(29). <https://doi.org/10.21803/penamer.15.29.511>
- Cifuentes, P., & Guerra, P. (2019). *Gestación por sustitución o maternidad subrogada: Chile y la legislación comparada*. Congreso Nacional de Chile. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27928/1/BCN_gestacio__n_por_sustitucion_o_maternidad_subrogada_DEFINIT.pdf
- Cuéllar-Garzón, S. D. (2022). *La dignidad humana de la mujer y la maternidad subrogada en Colombia* [trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia]. <https://repository.ucatolica.edu.co/items/77a4e295-fd2c-4f9c-b106-025ebb30147a>
- Cutuli, R. (2021). Representaciones mediáticas de la gestación subrogada en Argentina: entre la espectacularización y la invisibilización. *Aiken, Revista de Ciencias Sociales y de la Salud*, 1(1).
- Daud, F. M. (2022). La gestación subrogada de Argentina con respecto a la Ley de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo. *Prensa Médica Argentina*, 108(7), 339-343.

- Galera, M. E. (2019). *Gestación subrogada en la República Argentina: problemas de filiación* [trabajo de grado, Universidad Siglo 21]. <https://repositorio.ue-siglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/18001/GALERA%20LOPEZ%20MARIA%20EUGENIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Guevara, G. H. (2020). Gestación por sustitución y la necesidad de su regulación en Panamá. *Sapientia*, 11(4), 10-34. <https://doi.org/10.54138/27107566.100>
- Ley 19585 de 1998, por medio de la cual se modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1958_191998_ch.htm
- Mantilla, M. C., & Alvarado, A. R. (2022). *Contrato de gestación subrogada en Colombia: un análisis de los requisitos de validez y ejecución desde los principios generales del derecho contractual* [trabajo de grado, Universidad Santo Tomás]. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/47496>
- Mariel, A. (2018). *Las técnicas de ovodonación y gestación subrogada y sus alcances en la Argentina y el derecho comparado* [tesis Doctorado en Derecho Privado, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales]. <https://catalogo.uces.edu.ar/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=50214>
- Maturana, P. (2020). Análisis de la primera sentencia sobre maternidad gestacional subrogada en Chile. *Revista de Estudios Judiciales*, 6, 173-193.
- Pérez, Y. (2018). Gestación subrogada: una revisión etnográfica para contribuir al debate en México. *Debate Feminista*, 56. <https://doi.org/10.22201/cieg.2594066xe.2018.56.05>
- Quiroz, A., & Jácome, J. (2020). *Hacia una postura intermedia de la maternidad subrogada en Colombia como medio para la garantía de derechos fundamentales* [trabajo de grado, Universidad Santo Tomás]. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/24041/2020JorgeJacomeAndresQuiroz1.pdf?sequence=1>
- Resolución 2294 de 2021 (27 de mayo). <https://consejo-federal-de-medicina-en-brasil>
- Sentencia T-968 de 2009. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>
- Sentencia STS-1153 de 2022. <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/100/223/000100223.pdf>
- Sentencia T-275 de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-275-22.htm>
- Souza, A. (2021). A licitude da gestação de substituição no Brasil: atualizações a partir da Resolução CFM 2294/202. *Revista Conversas Civilísticas*,

- 1(2). <https://periodicos.ufba.br/index.php/conversascivilisticas/article/view/47532>
- Valdivia, T. F. (2020). *La necesidad de regulación de la gestación subrogada en el Perú: un enfoque jurídico, social y biético para una propuesta normativa integral* [tesis de grado, Universidad de San Martín de Porres]. https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/6444/valdivia_ftf.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Vásquez, M., & Llanos, A. (2019). *El contrato de maternidad subrogada en Colombia: la licitud del objeto como protección a los derechos del niño* [monografía, Universidad Libre de Colombia]. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/19377/maternidad%20subrogada%20subrayada%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Vázquez, L. (2021). *Debates jurídicos y legislativos sobre la gestación subrogada en México*. Instituto Belisario Domínguez. http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/5293/CI_76.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Villalba, L. (2021). *Análisis de la familia frente a la problemática jurídica acerca de la gestación subrogada en el Ecuador* [trabajo de titulación, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil]. <http://201.159.223.180/bitstream/3317/16538/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-MD-348.pdf>

