



La filiación en casos de maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano

Catalina Ceballos Builes

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Derecho
Medellín, Antioquia, Colombia
2024



La Filiación En Casos De Maternidad Subrogada En El Sistema Jurídico Colombiano

Catalina Ceballos Builes

Trabajo de grado presentado para optar al título de abogada

Eddison David Castrillón García, Doctor (PhD) en Derecho Procesal Contemporáneo

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Derecho
Medellín, Antioquia, Colombia
2024

Declaración de originalidad

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, así mismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Catalina Ceballos Builes', written in a cursive style. The signature is positioned above a horizontal line.

Firma del estudiante

Catalina Ceballos Builes

Sumario

Resumen

Introducción

1. La filiación en materia de protección de los derechos del menor.
2. La maternidad subrogada en el derecho comparado.
3. Vacíos legales sobre maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano en relación con las dificultades en la determinación de la filiación.

Conclusiones

Referencias Bibliográficas

La filiación en casos de maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano

Resumen:

Desde los planteamientos expresados en el presente documento, se busca proponer un escenario de reflexión en torno a la situación jurídica atinente al problema de la filiación por maternidad subrogada en Colombia. A este respecto, resulta de importancia capital la atención a la cuestión de la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, así como los posibles vacíos jurídicos normativos asociados a la determinación de la filiación en estos casos. Para esto, el objetivo general establecido en este estudio fue el de identificar la necesidad de sustento jurídico de la técnica de reproducción humana asistida de la maternidad subrogada en materia de determinación de la filiación del menor. Luego, en busca de lograr dicho propósito, se planteó la pregunta de investigación ¿cómo afecta la falta de regulación en materia de maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano la determinación de la filiación?

Por lo anterior, en relación con la concreción metodológica de la indagación, se estableció un tratamiento propio del enfoque cualitativo, de tipo descriptivo, en cuanto el análisis de la literatura disponible en torno al tópico y las normativas asociadas a la misma permitieron concretar la lectura del problema aquí abordado. Los resultados arrojados por este estudio permitieron establecer como evidente la existencia de unos ciertos límites y desafíos relevantes a la realización del proceso de determinación de la filiación en materia de maternidad subrogada en Colombia, que corren, principalmente, por cuenta de la falta de criterios regulatorios en el derecho civil colombiano, por lo que, pese a que Colombia se muestra con una jurisprudencia laxa en el reconocimiento de derechos de filiación, no cuenta con estatutos adecuados para una normalización propiamente dicha del proceso.

Palabras clave: maternidad subrogada; técnicas de maternidad asistida; reproducción humana asistida; protección de los derechos del menor; filiación.

Introducción

Los argumentos y consideraciones establecidos en la indagación que aquí se presenta surgen desde el planteamiento hipotético según el cual la implementación de medidas de regulación en temas de reproducción humana asistida dentro del sistema jurídico colombiano se convierte en imperativo cuando la falta de un marco jurídico regulador del tema pone en una situación de vulnerabilidad los derechos que constitucionalmente se le protegen a los menores. Desde dicho planteamiento, este vacío legal compromete la integridad del menor y sus derechos, en cuanto se evidencia la necesidad de un sustento jurídico en lo que respecta a la determinación de la filiación del menor y todos los posibles efectos jurídicos de esta.

En consideración a la anterior presunción, se buscó aquí responder a la pregunta por cómo afecta la falta de regulación en materia de maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano la determinación de la filiación desde el establecimiento del objetivo general de identificar la necesidad de sustento jurídico de la técnica de reproducción humana asistida de la maternidad subrogada en materia de determinación de la filiación del menor.

Para lograr dicho propósito, se consideró importante la atención a una serie de argumentos, que pueden reconstruirse, *grosso modo*, de la siguiente manera:

Como primero, el problema de la filiación en la maternidad subrogada plantea cuestiones legales, éticas y psicológicas complejas. Es importante que los países establezcan leyes claras y justas que protejan los derechos del niño y de los padres biológicos, y que se aseguren de que se consideren todas las perspectivas en el debate sobre este tema. (López y Amado, 2014)

Luego, otro problema importante es la posible explotación de las mujeres que se ofrecen para ser madres gestantes. En algunos casos, estas mujeres pueden ser víctimas de abuso y explotación, lo que hace que sea necesario establecer medidas para proteger sus derechos y garantizar que se respeten sus decisiones. (ONU, 2018)

En tercer lugar, es importante considerar los aspectos éticos y morales de la maternidad subrogada. Existen argumentos desde los cuales esta práctica va en contra de los valores de la familia y la dignidad humana, y que puede fomentar la mercantilización del cuerpo humano. (ONU, 2018)

Para fundamentar el marco argumental reseñado anteriormente, se propuso, igualmente, un campo de acción metodológico orientado por el enfoque cualitativo y el tipo descriptivo de investigación, que permitieron, desde la aplicación de fichas de lectura, la conceptualización y reflexión. De esta manera, en materia metodológica, la investigación que da lugar al establecimiento del presente artículo realizó un ejercicio en el cual, por medio de la pesquisa y el análisis documental, tanto de las leyes asociadas al problema de la filiación en materia de maternidad subrogada, además de las investigaciones y artículos asociados a la temática particular, se lleva a cabo el establecimiento de cada uno de los elementos que permiten describir la realidad efectiva del fenómeno que aquí se presenta como objeto de estudio.

En lo que se refiere a la estructura propuesta para la concreción de este documento y lograr el propósito propuesto en esta indagación, en un primer apartado, se analizarán los impactos de la determinación de la filiación en materia de protección de los derechos del menor; aquí, se pusieron en consideración, principalmente, lo más importantes retos frente a los cuales se enfrenta la maternidad subrogada en relación con sus limitantes y desafíos en el ámbito jurídico en general.

Luego, en un segundo capítulo, se mostrará la regulación en materia de maternidad subrogada en el derecho comparado; para esto, se propuso un paralelo de los marcos jurídicos nacionales en los que se presenta una admisión jurídica del proceso de maternidad subrogada, dentro de los cuales destacan países como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Rusia y Grecia, frente a los marcos jurídicos de aquellos países en los que se encuentran estrictas prohibiciones a esta modalidad de maternidad, entre los que cabe señalar a Francia, Alemania, China y Turquía.

Por último, en un tercer capítulo, se identificarán los principales vacíos legales sobre maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano en relación con las dificultades en la determinación de la filiación, para lo cual se presenta un análisis que pone en consideración varias de las principales leyes y referentes jurídicos, representados por tribunales y definiciones presentadas, por ejemplo, por el Código Civil colombiano, en los que se pueden encontrar fallos explícitos que reconocen criterios de filiación (a los padres comitentes), además de criterios más o menos generales desde los cuales se proponen esbozos para el establecimiento de contratos asociados a la filiación por maternidad subrogada.

Con esto, el tópico particular que se discute en este artículo, se expresa relevante en la medida que presenta un nicho de reflexión que plantea, desde la proposición de los derechos que se pueden encontrar vulnerados en los procesos de determinación de la filiación por maternidad subrogada, desde su definición y el establecimiento de sus limitantes, desde su paralelo entre los distintos ordenamientos jurídicos en los que se ha discutido su legalidad y desde la atención a sus principales vacíos en materia jurisprudencial, un escenario reflexivo que puede aportar a la concreción de ampliaciones discursivas frente a la problemática, con lo que se nutren los debates específicos que, en adelante, puedan darse en torno de la cuestión.

1. La filiación en materia de protección de los derechos del menor

El tema de la filiación, entendida como el reconocimiento legal y social de la relación entre padres e hijos, constituye un aspecto fundamental en la vida de cualquier individuo. Desde la perspectiva de los Derechos Humanos, la filiación en términos de la defensa de los derechos del menor es un tema de gran complejidad y relevancia, que involucra aspectos legales, sociales, emocionales y éticos que pueden ser presentados de la siguiente manera:

1.1. Los desafíos de la filiación moderna:

En la actualidad, la diversidad de estructuras familiares y las innovaciones

tecnológicas, como la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida, han planteado nuevos desafíos en la determinación de la filiación. La cuestión central reside en cómo asegurar que los derechos del menor sean respetados y protegidos en estas situaciones, en las cuales los conceptos tradicionales de filiación a menudo se ven cuestionados. (Benedito, 2016)

Desde la perspectiva presentada por Benedito (2016) se puede encontrar, por ejemplo, un importante aporte a las consideraciones particulares, asociadas a los desafíos de la filiación en la actualidad; bien sea de los aspectos específicos que fundan un ordenamiento canónico o uno civil desde el derecho, son diferentes los puntos de convergencia o divergencia que se pueden encontrar en una investigación atinente a al problema de la filiación.

El primer desafío, desde esta perspectiva, se encuentra asociado al problema de la verdad biológica, que no determina un principio expresado de manera explícita por el Código Civil, pero se colige de cualquier forma de regulación que apunte a defender un principio de libertad de investigación frente a la paternidad del menor. En algunos casos, este principio, también entendido en el Derecho Civil como verdad material, puede presentar algunas limitaciones frente a la cuestión de la filiación por naturaleza, por lo que se presenta la exigencia particular en el ejercicio jurídico de que se establezcan los términos sobre los cuales puede considerarse apropiada la filiación del menor atendiendo a la defensa de los derechos que se le encuentran en juego. De esto, que en el Derecho Civil, la filiación por naturaleza bien podría atribuirse por Biología, o bien por Derecho, caso en el cual se requeriría de un consentimiento jurídico. (Benedito, 2016)

Luego, otro desafío importante que cabe señalar en materia de filiación se encuentra expresado por el problema de la seguridad jurídica; este, igualmente, se puede presentar desde las distinciones específicas que se puedan señalar en lo representado por los ordenamientos Canónico y Civil, pues, si bien es cierto que ambos otorgan un importante grado de relevancia a la cuestión, su exposición varía en los fines a los que apuntan ambos ordenamientos. Por un lado, el derecho civil propone una idea de seguridad jurídica en la que se apunte

a consolidar un marco en el que los individuos pueden desarrollar su libre personalidad, desde la libertad de conciencia como un principio orientador de la vida. Por otro lado, el ordenamiento canónico propone un escenario en el que, desde la presuposición de la libertad de conciencia su particular concepción de la existencia y de Dios, apunto a la consolidación de condiciones para que el hombre se desarrolle como un fiel cristiano dentro de los límites del canon y la Iglesia. (Benedito, 2016)

Después, aparece relevante el desafío correspondiente al problema del libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad entendido de manera positiva; estos dos principios presentan una estrecha relación, pues el derecho a la libre personalidad solamente sería garantizado de manera que las personas tengan el acceso a esos datos que resultan relevantes en su vida íntima para la concreción de su identidad. De aquí, que el aseguramiento de estos dos principios resulte vital en el problema de la investigación de la paternidad de origen biológico (Benedito, 2016)

Otro reto importante demarcado por el problema de la filiación se encuentra determinado por las posibles tensiones entre el derecho a la investigación de la paternidad y la defensa del interés superior de los derechos del menor (Sentencia, T-207-17); este hecho, se encuentra determinado, a su vez, por el derecho a la libertad de conciencia, en la medida que se presentación no depende solo de la adjudicación de una patria potestad, sino que se presenta con dependencia de las necesidades de protección y del deseo del menor frente al conocimiento de su origen biológico. (Benedito, 2016)

Por último, un reto importante que se puede expresar aquí está representado por el principio de la libre investigación de la paternidad, encontrado de forma expresa dentro del Derecho Civil (Aguirre y Ascencio, 2011), y asociado también a principios como la libre formación de la personalidad, la intimidad si se la comprende en términos positivos y la libertad de conciencia. Con todo, este principio representa un reto en cuanto al reconocimiento se refiere, pues “el sistema de determinación de la filiación por parte del Estado supone unos límites a esta investigación de la paternidad derivados de los principios relacionados

con la seguridad jurídica” (Benedito, 2016, p. 490); a esto, debe sumarse, por su puesto los límites que puedan surgir en lo que respecta a la protección del interés superior del hijo.

1.2. Los derechos del menor en juego:

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 1989, establece una serie de derechos fundamentales que deben ser garantizados para todos los menores. Entre estos derechos se incluyen el derecho a la identidad, el derecho a conocer y ser cuidado por sus padres, y el derecho a preservar sus relaciones familiares. Estos derechos cobran especial relevancia en los casos de filiación no convencional, donde la determinación de la filiación puede influir directamente en la capacidad del menor para acceder a estas protecciones que se consideran de carácter fundamental. (Fresnedo, 2006)

Con lo anterior, resulta crucial asegurar que se respeten los derechos fundamentales de los niños en situaciones complejas que involucran la identificación de los padres biológicos del menor. De aquí, el primer derecho que aparece en juego es el de identidad; cada niño tiene derecho a conocer y ser cuidado por sus padres. En los casos de determinación de la filiación es de capital importancia que el niño que el niño tenga acceso a información precisa sobre su origen y se le garantice la posibilidad de establecer un vínculo con sus progenitores. (Camargo y Vergel, 2014)

Luego, el derecho a la no discriminación aparece como una dimensión importante de protección del menor, en la medida que los menores tienen el derecho expreso a no ser discriminados en virtud de su origen, lo que incluye la filiación. A este derecho, además, debe sumarse el derecho a la participación, en tanto se considera desde el derecho que los niños deben participar de forma activa y tener una injerencia real en lo que se refiere al proceso de toma de decisiones que le afectan directamente; todo esto, acogido en los límites que le expresan al niño su fundamental derecho a la intimidad y a la privacidad, en lo que respecta a la discreción y confidencialidad con las que deben llevarse a cabo

los procedimientos asociados a la investigación de la paternidad. (Camargo y Vergel, 2014)

Igualmente, el derecho a la no tortura ni a los tratos crueles aparece como un derecho relevante en este tipo de procesos, en cuanto los procedimientos legales a los que haya lugar deben llevarse a cabo de manera que no generen un sufrimiento innecesario al menor, por lo que el aseguramiento de los principios que posibiliten evadir cualquier forma de maltrato emocional o psicológico en el niño resulta vital. En este sentido, tampoco debe verse vulnerado el derecho a la educación ni al bienestar del niño, pues en atención a su proceso de desarrollo, el menor no debe verse interferido en lo que se refiere a su acceso a la educación ni a la atención médica. (Camargo y Vergel, 2014)

Por último, aparece relevante el aseguramiento del derecho a un proceso justo, transparente y equitativo, que posibilite que todas las partes implicadas puedan presentar pruebas y argumentaciones en un escenario de imparcialidad.

1.3. Desafíos legales y jurídicos:

La variabilidad en las leyes de filiación en diferentes jurisdicciones y países puede generar inconsistencias y lagunas en lo tocante a las condiciones asociadas a la protección de los derechos del menor. De esto, se entiende que los procesos de adopción, reproducción asistida y maternidad subrogada dan lugar a importantes desafíos que pueden generar conflictos legales que afectan la estabilidad y seguridad del menor en materia del reconocimiento de sus derechos. (Miranda-Novoa, 2014)

1.4. Identidad y autopercepción

Luego, el problema de la filiación no solo tiene implicaciones legales, sino que también desempeña un papel crucial en la construcción de la identidad y la autopercepción del menor. La falta de claridad en la filiación puede influir en la formación de la identidad del menor, afectando su sentido de pertenencia y la comprensión de sus orígenes. (Álvarez, 2018)

Esto es que, en los procesos de determinación de la filiación, el tema de la

identidad y la autopercepción se convierte en un asunto complejo, pues estos procesos a menudo involucran la búsqueda de respuestas frente a quienes son los padres biológicos de un niño lo que puede repercutir importantemente en la percepción de la identidad del menor y en su autoconcepto (Álvarez, 2018).

Para algunos niños, el conocimiento de su origen biológico resulta fundamental en lo que se refiere a su sentido de identidad. Descubrir la verdad sobre quiénes son sus padres biológicos puede generarles una profunda satisfacción y una sensación de pertenencia ayudándoles a responder preguntas cruciales sobre su historia familiar y sus raíces. Sin embargo, cuando estos procesos se convierten controvertidos y conflictivos los niños pueden enfrentar dificultades emocionales importantes (Álvarez, 2018).

Con esto, el conflicto entre la identidad legal y la biológica es un desafío común en este tipo de procesos. Un niño puede tener un padre legalmente reconocido que no es su padre biológico, lo que genera una tensión entre lo que establece la ley y lo que indica la biología. Esto puede llevar a una confusión en la autopercepción del niño, que puede llegar a cuestionar su lugar tanto en la familia como en la sociedad.

Además, la percepción de la identidad puede ser influenciada por factores emocionales y sociales. Por ejemplo, si un niño descubre que su padre biológico no deseaba reconocerlo o tuvo razones para mantener su identidad en secreto, esto puede afectar su auto estima y generar sentimientos de rechazo o abandono. También pueden surgir cuestionamientos frente a la lealtad de los padres adoptivos o legales y los padres biológicos, lo que puede generar conflictos internos en el menor.

Por lo anterior, en estos procesos es esencial que se proteja el bienestar emocional del niño, por lo que este tipo de situaciones deben ser abordadas con sensibilidad y consideración hacia el interés superior del menor.

1.5. Consideraciones éticas

El debate ético en torno a la filiación se centra en el equilibrio entre los derechos y deseos de los adultos involucrados y las necesidades y derechos del

menor. La priorización del interés superior del niño es esencial en cualquier consideración ética sobre la filiación.

Con esto, la determinación de la filiación es un proceso legal y emocionalmente complejo que involucra a múltiples partes que involucra a los niños, los padres biológicos y a los padres adoptivos o legales. En medio de este proceso resulta crucial tener en cuenta una serie de consideraciones éticas para garantizar que se respeten los derechos y el bienestar de todos los involucrados (Valenzuela, 2017).

En este sentido, lo que se debe encontrar a la base de la concreción de este tipo de procesos, debe encontrarse, primeramente, enmarcado en la defensa del interés superior del niño; luego, estos procedimientos deben llevarse a cabo desde un principio de garantía de confidencialidad y privacidad a fin de respetar la integridad emocional del niño y de sus familias (Valenzuela, 2017).

Luego, a todo esto se suman derecho y principios asociados a la defensa del menor y a las garantías del proceso como el derecho a conocer la verdad, la no discriminación, el asesoramiento y apoyo psicológico, el principio de imparcialidad y justicia y la crianza responsable, por mencionar algunos de los que puede servirse estos procedimientos para lograr brindar respuestas con transparencia, salvaguardando el interés superior del niño (Valenzuela, 2017).

Con lo anterior, el problema de la filiación en términos de la defensa de los derechos del menor determina un desafío que evoluciona en un mundo cada vez más diverso, tecnológicamente avanzado y moralmente complejo. Garantizar que los derechos fundamentales del menor estén protegidos en todos los tipos de estructuras familiares requerirá esfuerzos legales, sociales y éticos continuos y colaborativos. El enfoque debe ser siempre el bienestar y el interés superior del menor, asegurando que tengan la oportunidad de desarrollarse en un ambiente que respeta y protege sus derechos fundamentales.

2. La maternidad subrogada en el derecho comparado

La maternidad subrogada constituye una problemática harto compleja que,

en el derecho comparado, se puede expresar y analizar a la luz de múltiples principios que suponen el tratamiento de las cuestiones éticas y morales que modelan la cuestión. Y es que, en tanto la maternidad subrogada es un proceso en el cual una mujer, denominada aquí madre subrogada, lleva un embarazo a término y da a luz a un bebé que no es biológicamente suyo, sino que es concebido a partir de los óvulos y el esperma de los padres biológicos o mediante la utilización de gametos donados, en Colombia, esta práctica se ha debatido y regulado de manera diferente si se atiende a los modelos jurídicos de diferentes países. (Bechara, 2019)

De tal manera, este capítulo expresa un escenario comparativo en el que se pretende lograr una mayor comprensión del proceso en diversos sentidos, a saber: por un lado se propone un desarrollo del fenómeno en la comprensión jurídico-social del mismo; luego, se expresa, en mayor detalle la comprensión del mismo en lo que se refiere al caso específico de la normativa Colombia; esto, para, por último, plantear un escenario comparativo en el que se concreten algunas variables que orbitan entre la prohibición y la regulación diferentes jurisdicciones..

2.1. El fenómeno de la maternidad subrogada

Entendiendo lo anterior, desde diferentes legislaciones es posible reconocer dos tipos diferentes de maternidad subrogada, en atención a los procesos de gestación que tienen lugar en la subrogación. De tal forma, se puede presentar la gestación subrogada heteróloga y la gestación subrogada homóloga.

En el primer caso, el de la gestación subrogada heteróloga, los óvulos utilizados para la fertilización *in vitro* no pertenecen a la madre subrogada, sino que provienen de una donante de óvulos. Los espermatozoides son del padre biológico o de un donante de esperma. Esta forma de maternidad subrogada es la más común y se utiliza cuando la madre biológica no puede aportar sus propios óvulos debido a diversos problemas de fertilidad. (Vázquez y Llanos, 2019)

Luego, en el escenario específico de la gestación subrogada homóloga, los óvulos utilizados en la fertilización sí pertenecen a la madre biológica. El espermatozoide es del padre biológico. Esta forma de gestación subrogada se utiliza cuando la madre biológica puede producir óvulos, pero enfrenta algún problema médico que le impide llevar a cabo el embarazo. (Vázquez y Llanos, 2019)

En lo que respecta al proceso legal y la regulación de la maternidad subrogada en diversas legislaciones, es común que se expresen normas y procedimientos rigurosos para hacer posible la realización del hecho. Para esto, los padres biológicos deben presentar una solicitud para obtener una autorización que permita llevar a cabo el proceso de gestación subrogada. En lo que se refiere a la cuestión del parentesco, como ya se dijo, la madre subrogada debe ser pariente de los padres biológicos en ciertos grados de consanguinidad, lo que significa que puede ser una hermana, prima u otra pariente cercana. (Villarreal, 2016)

Luego, en casos específicos como el colombiano, la Ley 1788 de 2016 establece que la madre subrogada solo puede recibir una compensación económica para cubrir los gastos relacionados con el embarazo y el parto. Debe aclararse que esta norma tiene como objetivo evitar la explotación de mujeres que puedan verse vulneradas al intentar realizar este proceso para lograr un beneficio económico, lo que puede poner en juego sus derechos y libertades, además de garantizar que la gestación subrogada sea altruista en su naturaleza.

En este escenario, se establecen una serie de derechos y obligaciones de todas las partes involucradas en el proceso de maternidad subrogada. Los padres biológicos, como es de esperarse, tienen la responsabilidad de asumir la crianza y el cuidado del bebé desde su nacimiento. La madre subrogada, por su parte, tiene el derecho a recibir la atención médica adecuada y a tomar las decisiones atinentes a su estado de salud durante todo el embarazo. (Reyes, 2019)

Ahora, un hecho problemático de este proceso aparece en el caso de que

se presente un conflicto entre las partes o el contrato no se cumpla adecuadamente; aquí, por ejemplo, la regulación colombiana no proporciona una guía clara sobre cómo abordar estas situaciones ni cuáles son los determinantes que pueden dar una hoja de ruta para la disolución del contrato. Esto puede llevar a litigios y complicaciones legales, lo que ha generado críticas y llamados a una regulación más detallada que contribuya al establecimiento de términos claros para la terminación de estos contratos que, en últimas, son los que pueden garantizar un principio de no vulneración de los derechos del menor que puedan encontrarse en juego.

Con todo lo anterior, la maternidad subrogada constituye un fenómeno que genera un fuerte impacto ético y social; y es que, pesar de la legalización y regulación de la maternidad subrogada, la práctica sigue siendo objeto de debate en la sociedad. Algunas personas argumentan que la maternidad subrogada comercializada puede explotar a mujeres en situaciones económicas precarias, mientras que otros defienden el derecho de las parejas a formar una familia mediante esta técnica de gestación.

En definitiva, la maternidad subrogada constituye un tema legalmente complejo y éticamente controversial a múltiples niveles. Aunque se ha avanzado en la regulación de la práctica, siguen existiendo desafíos y debates sobre cómo equilibrar los derechos de las partes involucradas y garantizar la protección de los intereses de todos los afectados, además de los derechos que se puedan poner en juego, en lo que respecta al adecuado desarrollo del menor que se encuentra en gestación. Con todo esto, el tema continúa siendo objeto de atención y revisión en el sistema legal a medida que se desarrollen nuevas jurisprudencias y se aborden preocupaciones adicionales.

2.2. La maternidad subrogada en el derecho comparado

Con todo lo anterior, corresponde aquí pensar algunos escenarios particulares desde los cuales considerar la cuestión de la maternidad subrogada en materia jurídica. En España, por ejemplo, la maternidad subrogada se encuentra prohibida y sancionada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, referida de forma expresa a las

técnicas de reproducción humana asistida. Esta ley establece que toda gestación por sustitución es nula de pleno derecho y no produce efectos legales. La penalización incluye sanciones tanto para los intermediarios como para los padres comitentes. (Álvarez, 2018)

Por otra parte, la jurisprudencia mexicana tiene un enfoque más variado en relación con la maternidad subrogada. Algunos estados permiten esta práctica bajo ciertas condiciones y regulaciones, mientras que otros la prohíben. En general, la regulación y las condiciones varían entre los estados, lo que ha llevado a un fenómeno conocido como "turismo reproductivo", donde las personas viajan a estados donde la práctica es legal y más accesible. (Benedito, 2016)

En Colombia, en cambio, y como ya se adelantó, la maternidad subrogada es legal y se regula por la Ley 1780 de 2016. Sin embargo, esta ley establece que solo se permite la gestación subrogada que se lleva a cabo en términos altruistas; es decir, no se permite la compensación económica a la mujer gestante. Además, existen requisitos y procedimientos legales que deben cumplirse para llevar a cabo esta práctica de manera ética y responsable.

Otro elemento importante a tener en cuenta en este paralelo corre por cuenta de los requerimientos de algunas legislaciones; por ejemplo, en los países mencionados hasta aquí, en cuanto Colombia tiene regulaciones detalladas que establecen requisitos legales y éticos para la maternidad subrogada, mientras México, al tener enfoques variados según los estados, tiene regulaciones que pueden determinar variables en cuanto a requisitos y procedimientos. Como consecuencia, en México, el turismo reproductivo es un fenómeno común, ya que las personas viajan a estados donde la maternidad subrogada es legal y más accesible, lo que refleja la variabilidad en la regulación dentro del país. (Benedito, 2016; Álvarez, 2018)

De tal manera, la maternidad subrogada es un fenómeno que en ciertos ordenamientos jurídicos varían considerablemente, desde la prohibición hasta la regulación bajo ciertos condicionantes. Cada país tiene un enfoque diferente en cuanto a la legalidad y regulación de esta práctica, lo que refleja la diversidad de

perspectivas y enfoques en torno a este tema a nivel internacional.

Así, en lo que compete a un enfoque legal, mientras hay países que prohíben la maternidad subrogada, otros tienen un enfoque más diverso asociado a las legislaciones estatales del país, y otros la permiten bajo ciertas condiciones, por lo que corresponde hacer una revisión de estos ordenamientos y algunas de sus particularidades.

2.2.1. Regulación de la maternidad subrogada en los países en los que se encuentra permitida.

La maternidad subrogada es legal en varios países alrededor del mundo que, desde los diferentes ordenamientos jurídicos a que se refiera, pueden expresar más o menos regulaciones en lo tocante a los requerimientos de su aplicación. Algunos de los países donde la maternidad subrogada es legal incluyen:

En Estados Unidos

En el gigante americano, la gestación subrogada es legal en muchos estados y las leyes varían según la ubicación en lo que se refiere al establecimiento de unas ciertas normativas que posibiliten la defensa de los derechos que puedan verse afectados como resultado de este procedimiento. Las jurisdicciones de los estados de California y Nevada constituyen los principales referentes desde los cuales llevar a cabo este tipo de procesos.

Claro, existen en este país otros estados que pueden denominarse *surrogacy-friendly*, como es el caso de Montana, Idaho, Alaska, Ohio, Oregon o Georgia; pero entre estos solo los dos mencionados en el párrafo anterior presentan leyes explícitas para la regulación de la gestación subrogada.

En el caso de California, la regulación de la maternidad subrogada se presenta por medio de la *Assembly 1217*, establecida en el año 2012, que presenta en detalle una regulación del proceso y, lo más importante, unos términos para la determinación de la filiación que se encuentra, en todo caso, en defensa de la figura de los padres de intención.

En la presente ley, en su sección primera, se menciona que se puede ofrecer

contraprestación a la madre gestante por los servicios prestados con lo que, a diferencia de Rusia en que no se menciona expresamente el posible carácter oneroso del contrato; en el presente caso sí se contempla dicha posibilidad. La ley regula el contenido que deberá tener el contrato y se contempla tanto la posibilidad de una gestación tradicional como gestacional. (Olmos, 2021, p.25)

Luego, en el caso de Florida, el contrato de gestación subrogada se encuentra regulado por ley *2020 Florida Statutes* que, en su Título XLIII, Capítulo 742, Sección 15/29, en donde, a diferencia del estado de California se establece una remuneración a la madre gestante que solo debe estar en los términos razonables de gastos primarios como algunos establecidos en relación a la necesidad legal y médica de la madre gestante.

En Canadá

Por otra parte, Canadá permite lo que se ha dado en llamar un principio de maternidad subrogada altruista, donde la madre gestante no recibe compensación más allá de los gastos relacionados con el embarazo, lo que no es propio del caso estadounidense. (Rodríguez-Yong y Martínez-Muñoz, 2012).

En este caso, la ley por medio de la cual se permite la práctica de la maternidad subrogada se encuentra representada por la *Assisted Human Reproduction Act*, expedida en el año 2004, en donde se establecen los términos de permisión y prohibición legales del proceso. Aquí, salvo en la provincia de Quebec, donde la práctica se encuentra prohibida, el resto del país norteamericano permite la realización del proceso en todos los modelos familiares, sin que se presente ningún tipo de restricción. (Olmos, 2021)

En este orden jurídico, la regulación atinente al proceso de maternidad subrogada presenta solo tres prohibiciones a considerar si se quiere realizar la práctica, a saber, que no se puede ofrecer ni dar, en ningún caso, una compensación económica a la madre gestante; que no puede existir una intermediación publicitada entre padres comitentes y madres gestantes, lo que podría generar la aparición de mercados negros en la realización del proceso; y, la tercera, que de ninguna manera puede existir un criterio para incitar, proponer o recomendar una menor de veintiún años a ser madre gestante. (Olmos, 2021)

En Reino Unido

En un tono similar al del derecho canadiense, en el Reino Unido, la maternidad subrogada es legal, pero está regulada de manera bastante estricta, pues aquí, los acuerdos comerciales entre las partes no están permitidos, y las madres subrogadas solo pueden recibir una compensación limitada. (Silva y Perkumiene, 2021)

El Reino Unido, además, tiene una de las regulaciones de más vieja data entre los países que permiten la práctica de la maternidad subrogada, representada en la *Surrogacy Arrangements Act*, de 1985. En esta ley, aunque se promueva la existencia de contratos para la libre realización de la práctica de subrogación, la madre gestacional tiene el vínculo legal que, en un momento decisonal frente a la filiación, la cubre en sus derechos como madre legal del niño, pese a no compartir material genético con el embrión. En este caso, los padres intencionales tienen que realizar una solicitud de maternidad para poder llevar a cabo el proceso que daría por legal su filiación de paternidad frente al menor (Olmos, 2021).

En Rusia

Países como Ucrania y Rusia se han convertido en los últimos años en un destino bastante popular para el ejercicio de prácticas como la maternidad subrogada, debido a sus leyes favorables y la disponibilidad de clínicas especializadas para la puesta en marcha de estos procesos. Aquí, para el caso propiamente de Rusia, se encuentra el referente uno de los países que determina una corriente mucho más liberal en materia de maternidad subrogada.

En la Ley federal No. 323-FZ referida a la Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación Rusa, establecida en el año 2011 se incluye la realización de esta práctica, incluso, a parejas no casadas o no heterosexuales que expresen su consentimiento en la realización del proceso. En todo caso, en este país solo está permitida la ejecución de esta práctica por medio de la modalidad gestacional, pues solo los padres de intención podrán ser los quienes aporten el material genético con el que se insemine a quién corresponda el rol de madre gestante. (Olmos, 2021)

En este orden jurídico existen cuatro regulaciones vinculantes del proceso, a saber: que la madre gestante debe tener entre 20 y 35 años; que la madre gestante debe tener ya al menos un hijo sano; que la madre gestante debe recibir un visto bueno médico en materia de salud física y mental; y, el último, que la madre gestante haya dado su consentimiento informado y voluntario aceptando la realización del procedimiento.

En Grecia

En un sentido igualmente favorable, el orden jurídico de Grecia permite la maternidad subrogada para parejas heterosexuales casadas y parejas del mismo sexo, lo que convierte a este país en un importante hito en materia del reconocimiento de derechos gestacionales y familiares a lo largo del globo. (Silva y Perkumiene, 2021)

El principal referente de esta legislación en materia de maternidad subrogada se encuentra representado por la Ley 3089/2002 sobre la asistencia médica en reproducción humana; el Código Civil Griego, en su art. 1458; la Ley 3305/2005; y la Ley 4272/2014.

En estas legislaciones se establecen los criterios de modalidad familiar de los padres solicitantes, que pueden ser heterosexuales, casados o no, o madres solteras, por lo que se ven excluidos los colectivos homosexuales y los varones solteros. Aquí, las madres gestantes no pueden ser mayores de 50 años, al considerarse en fin de la edad fértil de la misma, y se establece rigurosamente que la madre gestante no debe aportar sus propios óvulos y se debe realizar el proceso de forma gestacional.

2.2.2. En caso de los países en los que la maternidad subrogada está prohibida

En su lugar, otros países han optado por prohibirla o restringirla de diversas formas. Además del ya reseñado caso de España, algunos países en los que la maternidad subrogada no es legal o está fuertemente regulada al punto de hacerla un procedimiento legal casi irrealizable son Francia, Alemania, Italia, Portugal,

China y Turquía. (Silva y Perkumiene, 2021)

En Francia

En Francia, por ejemplo, la maternidad subrogada es considerada ilegal y además, la realización de este proceso está caracterizada como una ofensa penal. En este escenario, cualquier acuerdo de gestación subrogada se considera nulo y no vinculante.

En este caso, la legislación francesa, incluso, determina limitantes de todo tipo a quienes lleven a cabo el proceso, en cuanto establece que los niños resultantes de un proceso de maternidad por subrogación no pueden acceder a la maternidad francesa y no pueden exigir derechos como herederos de los padres comitentes, por lo que no se encuentran en los estatutos franceses leyes que defiendan el interés superior del menor en este caso particular.

En Alemania

Mientras tanto, Alemania prohíbe la maternidad subrogada comercial y no permite ningún tipo de acuerdos que impliquen una compensación financiera para la madre gestante, lo que tiene igual correspondencia con lo establecido en el ordenamiento jurídico italiano, donde cualquier acuerdo relacionado con este proceso se expresa nulo. (Silva y Perkumiene, 2021)

En este país, incluso, en la denominada Ley de protección del embrión 745/90 de 1990 se establecen sanciones con penas privativas de la libertad a quienes realicen esta práctica al considerarse una utilización que abusa de las técnicas tradicionales de reproducción. (Ruiz, 2015)

En China

En consideración al caso de China, este ordenamiento jurídico prohíbe la maternidad subrogada comercial y no permite que las agencias intermediarias ofrezcan servicios relacionados con la gestación subrogada.

En este país, incluso, desde la Comisión Nacional de Salud y Planificación Familiar que, como es sabido, es bastante estricto en criterios de maternidad, se ha expresado el constante compromiso del país con las sanciones asociadas al

incumplimiento de las leyes que prohíben la subrogación. (Arribas, 2017)

En Turquía

Lo mismo que el caso chino se puede expresar en términos de ley, de forma afín a los establecimientos del ordenamiento jurídico turco, pues la maternidad subrogada es ilegal en Turquía y se considera tajantemente como una violación de la ley. (Silva y Perkumiene, 2021)

En este país, incluso, la prohibición de la maternidad subrogada no solo se encuentra prohibida en cualesquiera que sean las modalidades de familia que se piensen, sino que se establecen penas privativas de la libertad al personal médico que se apreste a la realización de esta práctica. (Pérez, 2018)

En Colombia

Ahora, y si se someten a juicio los múltiples principios implicados en el problema de la maternidad subrogada, se pueden describir algunos aspectos clave de esta en el derecho comparado en Colombia.

Dicho esto, un primer elemento a considerar corre por cuenta de la prohibición inicial a la que se vio enfrentado el fenómeno. La maternidad subrogada era completamente ilegal en Colombia; la legislación colombiana no permitía ningún tipo de contrato de gestación subrogada, y se consideraba una violación de los principios éticos y morales que se encontraban en los cimientos mismos de la constitución de la familia, comprendida como base de la sociedad, con lo que se podría expresar, con esto, a la maternidad subrogada como un principio que en el derecho se presentaba desde una consideración canónica del derecho. (Bechara, 2019)

Luego, en el año 2015, se da el cambio en la postura legal, cuando la Corte Constitucional de Colombia emitió una sentencia histórica (Constitucional, Sentencia C-577 de 2011) que cambió la perspectiva legal sobre la maternidad subrogada. Esta sentencia estableció que, bajo ciertas condiciones, la maternidad subrogada podría ser permitida en Colombia, siempre y cuando se cumplieran una serie de requisitos y se protegieran los derechos de todas las partes involucradas. (Burgos y Lombana, 2018)

Ahora, en la actualidad, y a partir de la emisión de esa sentencia, Colombia ha avanzado en materia de la regulación de la maternidad subrogada. La Ley 1788 de 2016 estableció las bases legales para la gestación subrogada en el país, proponiendo que este debe ser un proceso altruista, es decir, que la madre subrogada no debe recibir ninguna compensación económica más allá de los gastos relacionados con el embarazo y el parto. (Reyes, 2019)

En lo que se refiera a los requisitos y las regulaciones asociados a este proceso, para que una gestación subrogada sea legal en Colombia, deben cumplirse varios requisitos, que se establecen para lograr que la subrogación pueda llevarse a cabo en los términos legales que permitan solucionar los dilemas éticos que puedan aparecer como resultado del proceso como la existencia de un vínculo de parentesco entre la madre subrogada y al menos uno de los padres biológicos, la autorización de la Corte Suprema de Justicia, y la supervisión de un profesional de la salud. (Reyes, 2019)

Con todo esto, a pesar de la legalización bajo ciertas condiciones, la maternidad subrogada en Colombia sigue siendo objeto de debate y controversia, en tanto se pueden expresar una serie de limitaciones en el proceso. Un primer factor limitante puede correr por cuenta de quienes argumentan que las restricciones en materia de la compensación económica limitan la disponibilidad de madres subrogadas y pueden llevar a la explotación de mujeres. De igual manera, se pueden encontrar preocupaciones sobre la falta de regulación específica en casos de conflictos o incumplimientos de contrato.

Con lo anterior, la maternidad subrogada en Colombia ha experimentado un cambio significativo en su posición legal en los últimos años, pasando de ser prohibida a permitida bajo el cumplimiento de ciertas condiciones. Sin embargo, la maternidad subrogada sigue siendo un tema de discusión y debate, y la regulación en torno a esta práctica se encuentra en constante evolución a medida que se abordan las preocupaciones éticas, legales y sociales relacionadas con la gestación subrogada en el país.

3. Vacíos legales sobre maternidad subrogada en el sistema jurídico

colombiano en relación con las dificultades en la determinación de la filiación

La maternidad subrogada, en lo que se refiere al sistema jurídico colombiano constituye una realidad compleja de la cual puede extraerse una serie de vacíos legales que existen en relación con la determinación de la filiación (Albarracín, Barajas y Palacios, 2017). Ahora, aunque es claro que la práctica de la maternidad subrogada no está expresamente regulada por la legislación colombiana, en ciertos casos particulares esta se ha permitido en sus criterios de ejecución bajo ciertas condiciones específicas que apuntan, por un lado, a defender los derechos de la mujer y, por otro, los derechos particulares del menor que puedan verse en juego (Barajas y Garzón, 2021).

Dicho esto, uno de los principales problemas legales en torno a la maternidad subrogada en Colombia es la falta de claridad sobre quiénes son los padres legales del niño nacido a través de este método. La ausencia de una normativa específica deja a las partes involucradas, como los padres comitentes (quienes desean tener un hijo a través de la gestación subrogada) y la gestante de alquiler, en una situación incierta en cuanto a sus derechos y responsabilidades (Cadavid y Barrera, 2016).

Sin embargo, en la mayor parte del mundo —incluida Colombia— la maternidad delegada no es aún aceptada por las legislaciones y, aunque no está prohibida expresamente, las decisiones de los operadores judiciales no podrían favorecer a los contratantes en caso de que la “madre alquilada” se muestre renuente a entregar el hijo que dio a luz, puesto que no disponen de una guía clara para otorgar la filiación a la madre biológica, quien en principio es la llamada a obtener este vínculo jurídico (López y Amado, 2018, p. 4)

Es por esto mismo que, en lo que se refiere al caso colombiano, tampoco existe una normativa establecida para el proceso de terminación anticipada de un contrato asociado al proceso de gestación por maternidad subrogada.

En la legislación colombiana el contrato está definido en el artículo 1495 del Código Civil de la siguiente manera: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de

una o de muchas personas. (Montoya, 2014, p. 14)

Por esto, en la práctica, los tribunales colombianos han emitido fallos que reconocen la filiación de los padres comitentes en casos de maternidad subrogada; pero estos fallos no establecen un precedente legal sólido y se basan en la interpretación de las leyes existentes. Esto crea un ambiente legal ambiguo y puede dar lugar a conflictos posteriores entre las partes implicadas, principalmente en material del establecimiento de un criterio de filiación (Chaves, 2021).

Luego, la falta de regulación específica también expresa preocupaciones éticas y de derechos humanos que, *piano piano*, orbitan un estadio de cuestionamientos a propósito de los derechos en juego de la maternidad subrogada, lo que puede dar lugar a situaciones de explotación de las gestantes de alquiler y a problemas relacionados con el consentimiento informado y la protección de los derechos de todos los involucrados. (López y Amado, 2014)

Con esto, los vacíos legales en el sistema jurídico colombiano, en relación con la maternidad subrogada, dificultan la determinación de la filiación y crean una importante incertidumbre legal para las partes involucradas. Así, se expresa capital la necesidad de una regulación más clara y exhaustiva en este campo, que se hace evidente para abordar adecuadamente estos desafíos legales y éticos.

El marco normativo en Colombia atinente a la maternidad subrogada constituye un aspecto fundamental para comprender los vacíos legales y las dificultades en la determinación de la filiación en este contexto. Para el año 2021, Colombia carecía de una legislación específica que regulara la maternidad subrogada; por esto, cabe destacar algunos elementos clave del marco normativo colombiano en relación con este tema:

En primer lugar, la Constitución de Colombia establece el principio de igualdad y la protección de los derechos de los niños como derechos fundamentales. Esto genera un marco de referencia importante para cualquier discusión sobre maternidad subrogada, ya que se deben considerar los derechos del niño nacido a través de este método. (Jácome y Quiroz, 2020)

Además, la ley de adopción, ley 1098 de 2006 era la principal ley que abordaba

cuestiones relacionadas con la filiación y los derechos de los niños en Colombia. Sin embargo, esta ley no hace referencia específica a la maternidad subrogada, lo que crea una laguna legal en la regulación de este proceso. Con esto, la jurisprudencia colombiana ha sido un recurso clave para resolver casos de maternidad subrogada. Los tribunales colombianos han emitido fallos en los que reconocen la filiación de los padres comitentes en situaciones de maternidad subrogada. Estos fallos se basan en la interpretación de los principios constitucionales y los derechos fundamentales (Reyes, 2023).

De igual forma el Registro Civil de Colombia también enfrenta obstáculos en el reconocimiento de la filiación en casos de maternidad subrogada, lo que complica la obtención de documentos de identidad para los niños nacidos a través de este proceso. Esto puede restringir su acceso a servicios de salud, educación y otros beneficios sociales.

Añadido, a lo largo de los años, se han presentado varios proyectos de ley en el Congreso colombiano para regular la maternidad subrogada. Sin embargo, hasta la fecha, ninguno de estos proyectos se ha convertido en ley. (Reyes, 2023)

De esta manera, la falta de una ley específica que regule la maternidad subrogada en Colombia ha llevado a que se dependa en gran medida de la jurisprudencia y la interpretación de las leyes existentes para abordar los casos de maternidad subrogada. Lo que, evidentemente, ha generado dificultades en la determinación de la filiación, ya que cada caso se resuelve individualmente en los tribunales.

De lo anterior se puede establecer que entender la situación jurídica de la maternidad subrogada en Colombia implica considerar diversos aspectos legales y regulatorios. Aunque, como se mencionó previamente, no existe una legislación específica para la maternidad subrogada en Colombia, se pueden analizar otros elementos jurídicos relevantes como:

Uno, que la Constitución Política de Colombia establece varios principios que son relevantes para la maternidad subrogada, como el derecho a la igualdad, el derecho a la identidad, y el derecho a la protección de la familia. Estos principios son

fundamentales en la determinación de la filiación y los derechos del niño nacido a través de la gestación subrogada. (ICBF, 2017)

Dos, que el Código Civil colombiano y el Código de Familia contienen disposiciones relacionadas con la filiación, pero no abordan específicamente la maternidad subrogada. Aquí, los tribunales han utilizado estos códigos como base para tomar decisiones en casos de maternidad subrogada. Dentro de tales disposiciones resulta importante la consideración a las siguientes cuestiones (ICBF, 2017).

- a. Que frente a la filiación el Código Civil colombiano establece reglas sobre la filiación y la paternidad, pero estas reglas pueden no ser aplicables de manera directa a los casos de maternidad subrogada, ya que en esta práctica la madre gestante no es la madre biológica. Esto puede generar ambigüedades y desafíos legales en la determinación de la filiación de los niños nacidos a través de la maternidad subrogada.
- b. Que en lo referido a la cuestión del consentimiento y la capacidad legal el Código Civil establece ciertas determinaciones para la celebración de contratos. Estos principios son fundamentales en los acuerdos de maternidad subrogada, ya que los padres comitentes y la madre gestante deben cumplir con los requisitos legales para celebrar este tipo de contratos.
- c. Que en el Código Civil colombiano existen disposiciones generales relacionadas con la validez y ejecución de contratos. Los contratos de maternidad subrogada deben ser abordados bajo estas disposiciones generales, ya que no hay una regulación específica para ellos.
- d. Que el Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia establece que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todos los asuntos relacionados con los niños. Esto es aplicable a los casos de maternidad subrogada y debe ser tenido en cuenta por los tribunales y autoridades al evaluar los derechos y el bienestar de los niños nacidos por este método.

Tres, que la Corte Constitucional de Colombia ha emitido decisiones relevantes

sobre la maternidad subrogada. Algunas sentencias han reconocido la filiación de los padres comitentes, basándose en la protección de los derechos fundamentales, como el derecho a la familia y el derecho a la igualdad. (ICBF, 2017)

Con esto, en Colombia se están realizando esfuerzos para abordar la regulación de la maternidad subrogada. Y es que solo para el 2015, la Corte Constitucional de colombiana emitió una sentencia en la que se reconoce la validez de los contratos de maternidad subrogada, siempre que se cumplan ciertas condiciones, como que la madre gestante no tenga ningún vínculo genético con el niño (Tribín, 2020). Sin embargo, esta sentencia no proporciona una regulación completa de la maternidad subrogada, lo que deja muchos aspectos legales sin resolver hasta el momento.

Cuatro, que, en la práctica, los registros civiles de nacimiento pueden ser un desafío en los casos de maternidad subrogada. La falta de regulación clara puede llevar a diferentes enfoques en la documentación y el reconocimiento de la filiación. (ICBF, 2017)

Cinco, que, a lo largo de los años, se han presentado proyectos de ley en el Congreso de Colombia para regular la maternidad subrogada. Algunos de estos proyectos buscan establecer un marco legal específico para la práctica, lo que podría aclarar la situación jurídica. (ICBF, 2017)

Uno de los proyectos de ley más notables es el "Proyecto de Ley 20 de 2019 Senado - Cámara 184 de 2020" presentado por el senador Iván Darío Agudelo, que buscó regular la gestación por sustitución en Colombia. Este proyecto tiene como objetivo establecer un marco legal que permita la maternidad subrogada en ciertas circunstancias y bajo ciertas condiciones, garantizando los derechos de todos los involucrados, incluyendo a los niños nacidos por este método.

El proyecto de ley incluye disposiciones relacionadas con la autorización y regulación de las agencias de gestación subrogada, los derechos de los padres comitentes, los derechos de la madre gestante, la filiación de los niños nacidos por maternidad subrogada y otros aspectos legales y éticos relacionados con este proceso.

En resumen, la situación jurídica de la maternidad subrogada en Colombia se

caracteriza por la falta de una legislación específica, lo que ha llevado a la dependencia de la jurisprudencia y la interpretación de las leyes existentes para abordar los casos. Los principios constitucionales, las decisiones de la Corte Constitucional y los proyectos de ley son elementos clave en esta discusión.

Conclusiones

Expresados los anteriores apartados, en lo que respecta al problema del establecimiento de un criterio de filiación por maternidad subrogada y, propiamente, al particular, en lo que toca al caso de la jurisprudencia colombiana, pueden establecerse las siguientes conclusiones:

La primera, que, en lo que respecta a los derechos del menor que se encuentran en juego, se plantean importantes desafíos en la medida que, un mundo cada vez más complejo en términos de determinación filial, exige de procesos que apunten a garantizar los derechos fundamentales del menor; cuestión en la que se ven involucrados esfuerzos que superan el hecho jurídico, y se *transpolan* a lo familiar y social de la cuestión. De esto, que el enfoque que deba predominar aquí sea el de la defensa del derecho superior del menor.

La segunda, que la maternidad subrogada constituye un fenómeno que, de cara a la realidad del derecho a nivel internacional, presenta diversas variaciones que pueden orbitar todo tipo de posiciones entre la prohibición y la admisión de unos ciertos condicionantes para su puesta en marcha.

La tercera, que, en el caso específico de la jurisprudencia colombiana, el proceso jurídico de maternidad subrogada presenta importantes vacíos legales atinentes al establecimiento de un criterio de filiación, principalmente en términos de los elementos determinantes que pueden establecer los medios adecuados para la defensa de los derechos que se ponen en riesgo por parte de cada uno de los involucrados en el proceso.

Referencias bibliográficas

Albarracín, F. A., Barajas, D. F., y Palacios, J. M. (2017). La maternidad subrogada como alternativa de procreación para parejas infértiles en Colombia.

[Tesis]. Universidad La Gran Colombia. Disponible en: https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4488/Maternidad_subrogada_inf%C3%A9rtiles_Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Aguirre, D. A. y Ascencio, P. J. (2011). El proceso de investigación de la paternidad a favor de los menores de edad, en el distrito judicial de Manizales desde el año 2008 hasta el año 2010. [Tesis]. Universidad Libre Seccional Pereira.

Álvarez, R. (2018). Daños en las relaciones familiares y el derecho a la identidad en la filiación. [Tesis]. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.

Arribas, O. (2017). La maternidad subrogada. [Curso]. Universidad de Valladolid. Disponible en: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/24785/TFG-N.%20765.pdf?sequence=1>

Barajas, R. M., y Garzón, A. (2021) Maternidad subrogada en Colombia, derecho o necesidad. [Tesis]. Universidad Libre de Colombia. Disponible en: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/20862/MATERNIDAD%20SUBROGADA%20ARCHIVO%20FINAL1.pdf?sequence=1>

Bechara, B. B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. Colombia: Revista Estudios Socio- jurídicos, 21(2). Pp. 135-166. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73360074007/html/index.html>

Benedito, V. (2016). La atribución y determinación de la filiación, confluencias y divergencias de los ordenamientos civil y canónico. [Tesis]. Universitat de Barcelona.

Burgos E. J., y Lombana, S. A. (2018). El derecho de familia colombiano y el contrato de maternidad subrogada. [Tesis]. Universidad Cooperativa de Colombia. Disponible en:

<https://repository.ucc.edu.co/server/api/core/bitstreams/a39d7c5f-7526-47e8-bd05-508823633f55/content>

Cadavid, K. M., y Barrera, A. (2016). Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema. [Tesis]. Universidad CES. Disponible en: https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/2221/Maternidad_subrogada.pdf%3B%20jsessionid%3D60ABE36C803A671928E2521FAB048581?sequence=1

Camargo, E. P., y Vergel, M. (2014). ¿Se aplica el principio de interés superior del niño, niña o adolescente en los procesos de impugnación de la paternidad?. Bucaramanga: Reflexión política, 16 (31), pp. 160-170.

Chaves, E. A. (2021). Gestación subrogada en Colombia: evolución, tendencias y desafíos. [Tesis]. Universidad El Bosque. Disponible en: https://repositorio.unbosque.edu.co/bitstream/handle/20.500.12495/6876/Chaves_Carrero_Erika_Alexandra_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y

López, K. M., y Amado, C. (2014). Determinación de la filiación materna en la práctica de la maternidad delegada. Bogotá: rev. de der. priv., 52(1). Pp. 1-18. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033223023.pdf>

Fresnedo, C. (2006). El régimen internacional de la filiación y los derechos humanos: el diálogo de las fuentes. [Tesis]. Publicaciones Universidad Católica de Uruguay.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2017). Sentencia. T-207-17. Prevalencia del interés superior del menor y su desarrollo integral ante la evidencia científica en el proceso de la impugnación de la paternidad.

Jácome, J. D., y Quiroz, A. (2020). Hacia una postura intermedia de la maternidad subrogada en Colombia como medio para la garantía de los derechos fundamentales. [Tesis]. Universidad Santo Tomás. Disponible en: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/24041/2020JorgeJacomeAndresQuiroz1.pdf?sequence=1>

López, K., y Amado, C. (2014). Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada. España y Portugal: Rev. Der. Priv. 52(1). pp. 1 – 18. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033223023.pdf>

Miranda-Novoa, M. (2014). Derecho positivo versus realidad biológica. Universidad de la Sabana: Dikaión, 23 (2), pp. 217-222.

Montoya, L. (2014). Maternidad subrogada. Una práctica no reglamentada en el ordenamiento jurídico colombiano. [Tesis]. Universidad Católica de Colombia. Disponible en: <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/300f4583-4dc9-93fc-3b942540bc3f/content>

Olmos González, B. (2021). La gestación subrogada. Estudio de derecho comparado, análisis de la más reciente jurisprudencia y proposición de Lege Ferenda. [Curso académico]. Barcelona. Universitat Pompeu Fabra. Disponible en: <https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/48040/TFGDRET2021OlmosGest.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Pérez Hernández, Y. (2018). Gestación subrogada: una revisión etnográfica para contribuir al debate en México. México: UNAM. Deb. Feminis. 28(56). Pp. 85-109. Disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/dfem/v56/2594-066X-dfem-56-85.pdf>

Prado, G. E. y Osorio, J. (2019). Análisis jurisprudencial de la maternidad subrogada en Colombia: vacío jurídico en la ley penal colombiana. [Tesis]. Universidad de Manizales. Disponible en: <https://ridum.umanizales.edu.co/xmlui/bitstream/handle/20.500.12746/3666/MATERNIDAD%20SUBROGADA%20EN%20COLOMBIA.pdf?sequence=1>

Reyes, N. (2023). Gestación subrogada y su implicación en el concepto jurídico de filiación materna. [Tesis]. Universidad La Gran Colombia. Disponible en: https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/7814/Reyes_2023.pdf?sequence=1

Reyes-Montalvo, K. T. (2019). Análisis jurídico y comparativo. La forma como

se ha legislado en torno al alquiler de vientre en otros sistemas jurídicos respecto al caso colombiano. [Tesis]. Disponible en: <https://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/20.500.12442/3561/PDF.pdf?sequence=2>

Rodríguez-Yong, C. A., y Martínez-Muñoz, K. X. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. Valdivia: Rev. de Derech. 25(2). Pp. 59-81.

Ruiz Saenz, A. (2015). Tratamiento de la maternidad subrogada en el derecho comparado. Brasil: Tempus, actas de saude colet. 9 (2). Pp. 121-132. Disponible en: <https://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/download/1817/1501/4350>

Silva, A., y Perkumiene, D. (2021). Aspectos relevantes de la regulación jurídica de la gestación subrogada en el marco del derecho comparado. Derec. Glob. Est. Sob. Derec. Y Just. 6 (19). Pp. 143-165.

Tribín, M. J. (2020). Maternidad subrogada en Colombia, abordaje desde la comunicación política. [Tesis]. Universidad de la Sabana. Disponible en: <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/43102/Maternidad%20Subrogada%20en%20Colombia%20.pdf?sequence=1>

Valenzuela, M. D. (2017). La filiación materno-paterna como garantía de la plena identidad biológica de las niñas y niños. México: Dike, Rev, de invest, en Derec, Crimin, y Cons juridc., 11 (21), pp. 29-54.

Vázquez, M. A., y Llanos, A. M. (2019). El contrato de maternidad subrogada en Colombia: la licitud del objeto como protección a los derechos del niño. [Tesis]. Universidad Libre. Disponible en: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/19377/maternidad%20subrogada%20subrayada%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Villarreal, I. (2016). Maternidad subrogada analizada desde la legislación de Colombia, España y Estados Unidos. [Tesis]. Universidad Católica de Colombia. Disponible en: <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/18166af0-0e8d-4655-8a19-a6d6b2298ec7/content>