



**Los derechos del niño en la subrogación de vientres frente al fallecimiento de los padres
intencionales**

Diana Sofía García Quiroz

Miguel Angel Acero Arango

Trabajo de grado para optar al título de Abogados

Docente: Beatriz Mejía Serna, Especialista (Esp) en Derecho

Universidad de Manizales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Derecho

Manizales, Caldas, Colombia

2025

Cita	(García Quiroz & Acero Arango, 2025)
Referencia	(García Quiroz & Acero Arango, 2025). <i>Los derechos del niño en la subrogación de vientres frente a la muerte de los padres intencionales</i> [Trabajo de grado profesional]. Universidad de Manizales. RIDUM: Repositorio Institucional Universidad de Manizales.
Estilo APA 7 (2020)	



Declaración de inteligencia artificial: el o los autores de este trabajo de grado declaran que han utilizado herramientas de inteligencia artificial (IA), tales como ChatGPT, de manera ética y responsable, tal como se establece en el Acuerdo UManizales 002 (julio 26 de 2023) sobre propiedad intelectual e IA. Estas herramientas son empleadas como apoyo en la redacción, revisión gramatical y generación de ideas, pero en ningún caso sustituyen el análisis crítico, la argumentación académica ni la originalidad del trabajo. Asimismo, cualquier contenido generado con asistencia de IA está citado y referenciado adecuadamente, garantizando la integridad académica y el cumplimiento de los principios éticos de la investigación.

Biblioteca y Centro de Recursos: <https://biblioteca.umanizales.edu.co/>

Repositorio Institucional: <http://ridum.umanizales.edu.co/>

Universidad de Manizales: www.umanizales.edu.co

Revistas: <http://revistasum.umanizales.edu.co/>

Fondo Editorial: <https://editorialum.umanizales.edu.co/>

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Manizales ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

La presente tesis de investigación se enfoca en el análisis jurídico de la maternidad subrogada en Colombia, con énfasis en la protección de los derechos fundamentales del menor, en especial cuando los padres intencionales fallecen antes del nacimiento.

La falta de regulación en Colombia genera vacíos normativos e incertidumbre respecto a la protección de los derechos de los menores nacidos mediante maternidad subrogada, lo que produce la necesidad de que el estado colombiano, adopte un marco legal, que proteja y priorice el interés superior del menor.

De esta manera, a lo largo del documento se argumenta que no existe un avance asociado que refleje instrumentos legales suficientes para enfrentar esta problemática, por lo anterior, se analiza la necesidad de establecer una regulación que reconozca la realidad de su práctica, sin poner en riesgo el bienestar, el desarrollo y la integridad del menor.

Vale la pena abordar el tema de la maternidad subrogada en Colombia, pues a pesar de su creciente práctica no hay un marco que lo regule. Se pretende analizar el marco legal y jurisprudencial, seguido a esto el impacto en la filiación, la custodia y la protección de los derechos de estos menores, finalizando con los criterios y lineamientos que la corte constitucional ha establecido para garantizar su interés superior.

Palabras clave: Maternidad subrogada, derechos del niño, vacíos normativos.

Abstract

This research thesis focuses on the legal analysis of surrogacy in Colombia, with emphasis on the protection of the fundamental rights of the minor, especially when the intended parents die before the birth.

The lack of regulation in Colombia generates regulatory gaps and uncertainty regarding the protection of the rights of children born through surrogacy, which produces the need for the Colombian state to adopt a legal framework that protects and prioritizes the best interests of the child.

Thus, throughout the document it is argued that there is no associated progress that reflects sufficient legal instruments to face this problem, therefore, the need to establish a regulation that recognizes the reality of its practice, without putting at risk the welfare, development and integrity of the minor, is analyzed.

It is worthwhile to address the issue of surrogate motherhood in Colombia, because despite its growing practice, there is no framework to regulate it. It is intended to analyze the legal and jurisprudential framework, followed by the impact on filiation, custody and protection of the rights of these minors, ending with the criteria and guidelines that the constitutional court has established to ensure their best interests.

Key words: Surrogate motherhood, children's rights, normative gaps.

Contenido

ÍNDICE

1. Introducción.....	4
2. Justificación y Planteamiento del Problema.....	6
3. Metodología.....	7
4. Objetivos.....	8
4.1. Objetivo General	
4.2. Objetivos Específicos	
5. Marco Teórico y Jurídico.....	9
6. Derecho comparado.....	14
6.1. Estados Unidos	
6.2. India	
6.3. Comunidad Europea	
6.4. América Latina	
7. Conclusiones.....	20
8. Recomendaciones.....	21
9. Bibliografía.....	22

Introducción

La evolución de las tecnologías de reproducción asistida han transformado el cómo las personas pueden conformar una familia, ofreciendo alternativas y soluciones a las personas que poseen dificultades para concebir de manera natural, entre estas tecnologías se encuentra la práctica de la maternidad subrogada, siendo una alternativa controvertida en el aspecto social.

En Colombia no existe una regulación clara que establezca un marco legal sobre esta práctica, A medida que la sociedad evoluciona, la doctrina jurídica ha reconocido la diversidad de estructuras familiares, promoviendo la igualdad y la protección de todos sus integrantes (Aguado, 2018)

La familia es una institución protegida por el estado y está basada en la voluntad y el compromiso de sus integrantes, para garantizar el desarrollo integral de sus miembros. Este compromiso implica proporcionar una crianza que asegure el cumplimiento de los derechos fundamentales comprendidos en la Constitución Política de Colombia, Estos derechos, sostenidos tanto por la responsabilidad de los padres como por la intervención estatal, son esenciales para promover el desarrollo integral de todos los miembros, con el objetivo de formar personas que contribuyan al progreso de una sociedad justa y equitativa (ORG, 2019)

Uno de los escenarios más críticos que rodea la maternidad subrogada sucede cuando los padres intencionales fallecen antes del nacimiento del menor, lo que provoca que el niño al nacer se encuentre en una situación donde se vulnera su derecho a una familia, su derecho a la filiación y herencia, ante esta problemática, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) queda como delegado y responsable de estas circunstancias, al carecer de un marco normativo que regule el tema se deben aplicar interpretaciones de normas generalizable que ponen en riesgo la protección de los derechos fundamentales del menor. La falta de regulación deja en evidencia la falta de voluntad política para legislar y regular la maternidad subrogada.

Esta investigación se centra en entender este fenómeno desde una perspectiva jurídica y normativa, donde se analizaron las disposiciones legales, las implicaciones jurídicas que genera la

ausencia de regulación y los lineamientos y garantías de protección a los derechos de los menores nacidos bajo esta práctica en Colombia.

El objetivo de esta tesis es determinar la afectación al derecho de los menores en casos de fallecimiento de los padres intencionales antes del nacimiento, por la figura de la subrogación asistida por falta regulación normativa en Colombia.

A su vez, como estructura de este trabajo se propone en primer lugar (I) la identificación del marco legal y jurisprudencial en materia de maternidad subrogada en Colombia; (II) Establecer las posibles afectaciones a los derechos fundamentales de los menores ante el fallecimiento de los padres intencionales durante la gestación y (III) Analizar los lineamientos jurídicos de la maternidad subrogada en Colombia ante el fallecimiento de los padres intencionales durante la gestación.

La maternidad subrogada, debe ser un tema prioritario para el Estado Colombiano. Por esta razón, se realizó un análisis comparado con varios países y, por último, revisamos la jurisprudencia existente, mediante un análisis académico con el fin de poder conocer vías para enfrentar esta problemática.

Justificación y planteamiento del problema

En Colombia, la maternidad subrogada ha ido en aumento en la última década y hasta el momento no existe un marco normativo claro, que regule las consecuencias jurídicas y alcances sociales que conlleva esta práctica. Esta ausencia se vuelve crítica en casos especiales como el fallecimiento de los padres intencionales antes del nacimiento del menor, dejando sin resolver aspectos como la custodia, filiación, y derechos sucesorales del menor.

La ausencia de regulación en este aspecto expone a los menores a una situación de vulnerabilidad frente a la protección de sus derechos fundamentales.

La omisión legislativa afecta directamente a los menores nacidos bajo maternidad subrogada, a quienes se les pone en riesgo su derecho a la familia, identidad jurídica y demás derechos fundamentales.

Desde el enfoque académico y jurídico, esta investigación se justifica con la intención de analizar esta problemática jurídica sin resolver en el marco normativo colombiano. se pretende abordar las implicaciones legales de la maternidad subrogada y contribuir a una comprensión más clara de este fenómeno para identificar los debidos lineamientos jurídicos para proteger efectivamente los derechos fundamentales de los menores nacidos por maternidad subrogada.

Con base a lo anterior, se plantea la pregunta de la investigación:

¿Cuál es la afectación al derecho de los menores en casos de fallecimiento de los padres intencionales antes del nacimiento, por la figura de la subrogación asistida por falta regulación normativa en Colombia?

Metodología

Este análisis se distingue por su enfoque cualitativo, con el propósito de entender y examinar los problemas de la maternidad subrogada desde un punto de vista legal, centrándose en la salvaguarda de los derechos de los menores en caso de que los padres intencionales mueran antes del nacimiento del niño. Esta metodología nos permitirá interpretar la normativa actual, las decisiones jurisprudenciales y los comentarios doctrinales.

Esta investigación tiene un carácter descriptivo y explicativo, descriptivo porque trata de examinar el estado actual de la regulación de esta práctica en nuestro país y su impacto en los derechos de los menores. A su vez, tiene un carácter explicativo porque analiza las implicaciones jurídicas de la falta de su regulación.

Dado el enfoque jurídico del estudio, esta investigación se basa en un análisis documental, el cual contendrá, una revisión normativa y jurisprudencial, examinando leyes, proyectos de ley, y sentencias de la Corte Constitucional de Colombia relacionadas con la maternidad subrogada y la protección de los derechos de los menores. También contará con un análisis doctrinal, estudiando los aportes teóricos de académicos y juristas sobre esta práctica, la filiación, custodia y sucesión en caso del fallecimiento de los padres intencionales.

Su alcance será jurídico ya que describe las situaciones e implicaciones que genera la maternidad subrogada actualmente en Colombia y cómo esta incide en los derechos fundamentales de los menores nacidos bajo esta práctica.

Objetivos

Objetivo General

Determinar la afectación al derecho de los menores en casos de fallecimiento de los padres intencionales antes del nacimiento, por la figura de la subrogación asistida por falta regulación normativa en Colombia.

Objetivos específicos:

- Identificar el tratamiento legal y jurisprudencial de la maternidad Subrogada en Colombia
- Establecer las afectaciones a los derechos fundamentales de los menores en caso del fallecimiento de los padres intencionales antes del nacimiento del menor
- Analizar los lineamientos jurídicos aplicables a la maternidad subrogada en Colombia frente al fallecimiento de los padres intencionales antes del nacimiento del menor

Marco Teórico y Jurídico

El estudio se basará en el marco teórico y legal que nos proporcionará el fundamento conceptual y regulatorio que respaldará el estudio de la subrogación asistida y su efecto en la salvaguarda de los derechos esenciales de los menores en nuestro país. Desde un enfoque teórico, intentaremos tratar los conceptos vinculados a la familia, la maternidad subrogada y los derechos de los menores en su desarrollo normativo.

En el contexto legal, nuestro objetivo es examinar las leyes de Colombia, desde la Constitución Política, las distintas leyes establecidas y las resoluciones judiciales relacionadas con el tema. El propósito de este análisis es evidenciar las lagunas normativas presentes en relación con este estudio, con el fin de ofrecer un marco completo para sugerir soluciones normativas y prácticas que aseguren la protección de los menores nacidos a través de la implementación de la subrogación asistida.

Es importante reconocer que la Corte Constitucional, ha declarado que los derechos reproductivos tienen una denominación de fundamentales, con un alcance en educación e información sexual, que comprende una prerrogativa desde la interrupción voluntaria del embarazo según los lineamientos de la Sentencia C-355 de 2006, medidas para garantizar un embarazo sano y el tratamiento para las enfermedades en el ámbito sexual. Por último, y el que se vuelve oportuno para esta investigación es el acceso a la tecnología para superar los problemas de fertilidad y poder procrear hijos, es decir, que la Corte ha reconocido las posibilidades de acceder a procedimientos de reproducción asistida, entre los cuales se encuentra la subrogación asistida.

Para comenzar a desarrollar este capítulo, debemos tener una claridad sobre los conceptos relevantes que vamos a tratar a lo largo de esta investigación jurídica, entendiendo que la familia es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar como lo son los ascendientes, descendientes, colaterales y conyugales (Iuz, 2020)(Pág. 79).

La Constitución Nacional (CP) nos define en su artículo 42 lo que debemos entender por familia desde un marco jurídico. “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye*

por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla". Seguido a esta definición nos indica que *"El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia..."*, desde este punto nos indica que el estado es garante de protección de esta institución base de nuestra sociedad, esta garantía se debe materializar mediante leyes precisas que no dejen ninguna circunstancia al azar de protección en nuestro ordenamiento.

Cabe recordar, que la Constitución Política de Colombia en su artículo 42 también nos expresa que *"Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable."* Por lo cual el menor nacido de este vínculo contractual, obtiene todos los derechos y protecciones legales de nuestro ordenamiento.

Para verlo desde un punto de vista científico, la subrogación asistida es un embarazo por sustitución, mediante la transferencia de embriones procedentes de la madre subrogada o propios de la madre gestante, por este motivo es apropiado que a esta nueva técnica de concepción se le conozca como gestación por sustitución (Eleonora, 2011)

Este vínculo contractual se caracteriza por ser una obligación de hacer, ya que el objeto de esta transacción no puede ser el menor que está por nacer, ni tampoco el cuerpo de la madre gestante, porque se encuentra prohibido en nuestra legislación la comercialización de una persona. Esta obligación está encaminada directamente a la fuerza biológica de la gestación y la prestación de un servicio a favor de otra persona (Inés Yohanna Pinzón Marín, 2015) Otra de las características fundamentales que debemos tener en cuenta para esta práctica es el consentimiento, como nos lo recalca la Corte Suprema de Justicia (CSJ) el consentimiento es uno de los criterios que junto al lazo genético ha reconocido el ordenamiento jurídico para determinar la filiación. Este lazo genético es entendido por la CP como una de las grandes ventajas de este tipo de reproducción, ya que el menor que está por nacer tiene un vínculo genético con las personas que contratan el servicio y no con la madre gestante. Por esta razón, podemos entender que los padres intencionales son las personas que deben de quedar a cargo del niño que está por nacer, cumpliendo con todos los derechos y obligaciones que la ley les indica. Así mismo, los regímenes jurisprudenciales aplicables a los contratos atípicos y el enfoque en el contrato de gestación subrogada, en el entendido que en este régimen se hace necesaria la determinación de la responsabilidad, que

establece la responsabilidad precontractual y contractual de las partes involucradas, tanto de las partes principalmente madre gestante y padres biológicos, inclusive las agencias y demás profesionales que se requieran para el desarrollo idóneo del contrato.

A partir de la Sentencia T-968 de 2009, la Corte Constitucional advirtió el vacío legislativo existente en materia de gestación subrogada en Colombia, precisando que, aunque la gestación subrogada no está prohibida en el ordenamiento jurídico colombiano, sí existe un vacío normativo frente a su regulación. A partir de lo anterior y acudiendo a la doctrina, la Corte evidenció la necesidad de emitir una regulación exhaustiva en la materia, que cumpla con una serie de requisitos y condiciones, entre ellas que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor, (Corte Constitucional, 2009)

Este pronunciamiento se trata sobre una acción de tutela instaurada por Sarai en contra del Juzgado 10 de Familia de Cali, que trata particularmente sobre el alquiler de vientre y su falta de regulación, de lo cual resulta que la práctica en sí misma no está prohibida, de lo cual se resalta que:

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.” La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas (Corte Constitucional, 2009).

Es importante tener en cuenta, que los menores en nuestro país tienen una protección especial, definida en nuestro ordenamiento como el interés superior de los niños. Esta protección

especial está direccionada al adecuado desarrollo físico, social y psicológico del menor, buscando la efectividad de las garantías en favor a estos. En estas garantías podemos resaltar el derecho de ser escuchado, a formarse su propio juicio y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todas las decisiones que los puedan afectar. Debemos recordar que, en nuestra CP, los menores tienen una protección especial y unos derechos fundamentales específicos que se encuentran en su artículo 44 y nos expresa lo siguiente, “*Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.*” Y por último, nos enfatiza en el mismo artículo dos especificaciones concretas para que estos derechos puedan ser protegidos, la primera es que la sociedad en general, la familia y el estado debe proteger y asistir a los menores en sus derechos, la segunda y más importante para esta investigación, es que los derechos del menor prevalecen sobre los derechos de los demás (Constitucion Política de Colombia, Art 44, 1991), esto es clave para formar una legislación prudente que garantice los derechos del menor en los casos de muerte de los padres en una práctica de la subrogación asistida.

Ahora bien, tenemos que entender que nuestro país siempre ha tenido una ideología conservadora, lo que produce leyes lentas y no darle la importancia que se requiere a las nuevas ideas sociales como científicas que se producen en todo el mundo. Este fenómeno es fundamentado por los valores, creencias, costumbres, actitudes y prejuicios de nuestra sociedad (Jorge, 2010). Estos comportamiento y formas de pensar son atribuidas a un tipo de argumentación social, el cual nos indica que la población cree que el ideal de una buena sociedad es la representación de esta en el pasado, y que los cambios por nuevas ideas ya sean, por transformaciones económicas o tecnológicas, lo que realmente generan es que la sociedad se corrompa y solo se mire lo negativo de las nuevas ideologías. (Hurtado, 2016)

La argumentación anteriormente expuesta, es trasladada a este trabajo de investigación, para dar un contexto de porque en nuestro país es tan difícil legislar nuevos tipos de ideales. Nuestro tema corresponde a la subrogación asistida, y este asunto tiene muchas connotaciones éticas, que se vuelven barreras de entrada para la comprensión de pensamientos económicos como tecnológicos. Los argumentos éticos son variados para ir en contra de esta práctica, desde una

posible coacción emocional o una explotación económica de la mujer, que pueden generar un aumento del turismo reproductivo, hasta que se pueda ver una intersección entre este turismo y la trata de personas en países en vías de desarrollo como el nuestro (SMITH & BROMFIELD, 2010). Por otro lado, esta práctica genera un desgaste en la salud física como emocional, que puede llegar a afectar contra la dignidad de la mujer. (Nuñez, 2023)

Como lo podemos observar, este tema tiene muchas aristas que no han sido oportunamente desarrolladas, lo que dificulta que haya una legislación acertada del tema en nuestro país, y que se siga viendo con una mirada escéptica hacia los nuevos pensamientos de concepción de vidas humanas, como se ha evidenciado en los 4 grandes proyectos de ley que se han presentado ante el congreso de la república para que se pueda regular la subrogación asistida, en donde todas estas iniciativas ha sido archivadas sin generar ningún tipo de regulación (CARRERO, 2021)

En contraste, la regulación de la maternidad subrogada dentro de la rama judicial se ha referenciado por la Corte Constitucional, a través de sus sentencias ha intentado establecer ciertos criterios sobre dicho tema. Sin embargo, la regulación se ha centrado en una dirección hacia los derechos de los padres intencionales y dejando en segundo plano la protección de los derechos de los menores, como se puede evidenciar en la jurisprudencia que ha reconocido el derecho de la licencia de paternidad en el contexto de la subrogación asistida, vinculado este derecho al mínimo vital, sin abordar de una manera profunda las garantías que necesitan los menores para salvaguardar el interés superior de los menores. Así y todo, la Corte Constitucional enfatiza de que se debe realizar una regulación sobre la subrogación asistida, exhortando al Ministerio de Justicia de presentar un proyecto de ley ante el congreso, abordando temas del registro civil de los menores nacidos bajo esta práctica, evitando que las madres gestantes aparezcan en dicho registro como madres biológicas.

Derecho Comparado

El derecho comparado es una herramienta que sirve para el estudio y desarrollo de marcos normativos, especialmente en tópicos de falta de normatividad. Debido a que en nuestro país existe un vacío legal en la maternidad subrogada, el análisis de legislaciones extranjeras permite observar e identificar modelos jurídicos que han sido plasmados con éxito en otros países, facilitando la formulación de soluciones a la realidad nacional. Estos modelos jurídicos pueden variar según el país, con tendencias restrictivas o permisivas, pero con estrictas condiciones legales.

El propósito de este acápite es identificar el tratamiento jurídico de la maternidad subrogada en diferentes jurisdicciones, enfatizando los casos de fallecimientos de los padres intencionales durante la gestación, mediante un análisis de identificación de cuáles son las mejores prácticas internacionales, realizando una evaluación de su aplicabilidad en nuestro contexto, con el fin de proporcionar soluciones para los vacíos legales que no permiten garantizar la seguridad jurídica de los menores.

Estados Unidos

En la década de los 70's en el estado de California, se presenta el primer caso de solicitud de alquiler de vientre a cambio de una remuneración. Posteriormente, se crearon diferentes organizaciones profesionales sobre esta práctica, lo cual produjo el primer caso judicial denominado "Baby M" en el año de 1986, que consistió en el incumplimiento contractual de la madre gestante, al no querer entregar al menor a los padres intencionales. El tribunal de la ciudad de New Jersey determinó que este contrato era inválido por cuestiones de orden público (Flores, 2024). Este caso influyó en una mejor tramitación de contratos legales, con puntos específicos en que se debe realizar si los padres intencionales fallecen antes del nacimiento del menor.

En la actualidad, diferentes estados han indicado por medio jurisprudencial que los contratos de subrogación asistida son válidos y que no violan el orden público, pero estados como Luisiana y Michigan siguen prohibiendo esta práctica contractual por dichos motivos. Las razones de la violación al orden público según las diferentes instituciones legales se fundamentan en 3 motivos, el primer motivo, es que puede constituir en una herramienta para la explotación de las mujeres; el segundo motivo, es que se puede generar un propósito de compraventa de recién

nacidos; y el tercer motivo, es que atentan contra la institución de la familia, por el intercambio de una persona por un valor económico. Sin embargo, otras instituciones, refutan estos argumentos centrándose en que la contraprestación no recae en la compra de un menor, sino en el préstamo del vientre para la gestación de un feto, es decir en un servicio. (Rodríguez, 2012)

Recientemente, esta práctica está permitida en más de 15 estados, compartiendo puntos en común en la realización contractual, como lo son, los exámenes médicos y psicológicos que se tiene que realizar la madre gestante, y que esta persona debe contar con un seguro médico, ser mayor de edad y que por lo menos ya haya dado a luz a un hijo; el procedimiento que se utilizara para la inseminación; durante cuánto tiempo y cuantos intentos se realizara la inseminación; entregar información sobre las relaciones personales y sexuales de la madre gestante; los casos en los cuales la madre gestante puede recurrir a un aborto; los cuidados y actividades que debe tener la madre gestante en su embarazo; acompañamiento de los padres intencionales a las citas de control y al nacimiento del menor; la compensación económica; y por último, las compensaciones que se puedan generar en el caso de la terminación del embarazo por causas ajenas a la voluntad de la madre gestante (Laval, 2022).

Para el tema de esta investigación, la filiación se encuentra inmersa en los contratos de subrogación asistida por medio de un acuerdo de subrogación, reconociendo que los padres intencionales son los padres legales de los menores, aclarando que todos los derechos del menor son entendidos conforme a las leyes y derechos ya establecidos por el aparato legislativo y constitucional. Esto se evidencia en la Ley de Paternidad de Massachusetts, que permite reconocer en su capítulo 209C por medio de un consentimiento que debe ser registrado por la madre gestante y los padres intencionales, en donde indique que estos últimos tendrán la custodia y serán los padres del menor, y en el caso de que alguna de las partes incumpla este consentimiento, esta misma ley, explica que se puede realizar un proceso de filiación para obtener una sentencia de paternidad que debe de ser respetada en todos los estados de la unión americana (General Court of Commonwealth Massachusetts Chapter 166: An act to ensure legal parentage equality. , 2024)

En el caso del estado de Illinois es muy parecido al del anterior estado, solo con una salvedad, y es que no deben realizar un proceso de filiación para reconocer la paternidad, sino que solo deben dirigirse al Registro Civil para obtener un certificado de nacimiento, presentando todos los documentos y certificaciones legales, mediante una orden parental, que es el mismo acuerdo

de subrogación que se realiza en el estado de Massachusetts. Entre las condiciones que se necesitan para realizar un contrato de subrogación asistida en este estado, además de las generales, se necesita que uno de los padres contribuya genéticamente en la gestación, ya sean óvulos o espermatozoides (Illinois General Assembly, 2015)

Es claro como la legislación estadounidense, establece que para que se pueda establecer una filiación que pueda reconocer todos los derechos al menor, se debe realizar un acuerdo independiente del contrato de subrogación. Este acuerdo se puede realizar y registrar en diferentes etapas contractuales, ya sean antes durante y después del embarazo, confiriéndole al menor los derechos y protección en el caso que los padres intencionales fallezcan, las diferencias que pueden suscitar en los diferentes estados son más procedimentales y condicionales, pero todos los estados que permiten esta práctica están comprometidos en la protección del menor.

India

La India es uno de los países más populares en la actualidad, que realiza la práctica de la subrogación asistida, contando con más de 200.000 clínicas especializadas en esta modalidad. En el aspecto contractual, este país se caracteriza por incluir a la institución médica como una parte más en la relación contractual, siendo esta institución el contacto directo entre la madre gestante y los padres intencionales. Esto en un contexto conservador, como lo es la sociedad india, produce varios problemas, el primero reflejado que el gran porcentaje de las mujeres que se someten a la subrogación asistida, no podían negociar las condiciones contractuales, debido a que son sus esposos o padres los que negocian directamente con las clínicas. Otro problema que se presentaba es que esta práctica es considerada un tratamiento, llegando a considerar a la subrogación asistida como una enfermedad que el cuerpo debe mejorar. En esta legislación, la subrogación asistida se visualizaba como una práctica comercial, en la cual, se debe proteger al feto sin importar la condición de la madre gestante. (Amador, 2010).

Estas condiciones, conllevaron a que se presentaran muchos problemas relacionados a esta práctica, como es el caso del bebé Manji, que es muy parecido al caso del bebe Baby M, en el cual, una pareja japonesa se separa antes de que el menor naciera, y esto ante la ley india, que indica que, para poder realizar un contrato de subrogación asistida, los padres intencionales tienen que conformar una pareja. Otro caso es el de los gemelos australianos, en el cual los padres intencionales sólo se llevaron a uno de los menores, dejando al otro como un (Nixon, 2019).

Estos y otros casos más indujeron a crear políticas más estrictas sobre la subrogación asistida mediante la Ley de la Gestación Subrogada de 2021 con las enmiendas del 2022 y 2023, eliminando la realización de esta práctica con un fin lucrativo o económico, convirtiéndose en una práctica altruista, en donde la madre gestante solo puede recibir pagos para gastos médicos y seguros, mediante la celebración de un contrato sin necesidad de intermediarios, y que solo aplica a las parejas de la india que sean infértiles, heterosexuales y que lleven más de 5 años de casados, condicionando esta práctica a que la madre sustituta sólo pueda ser un pariente cercano de la pareja, y realizar esta práctica solo una vez, prohibiendo y castigando con una pena de 10 años a las personas que sigan realizando esta práctica con fines económicos (Bronwyn & Rakhi , 2018)

La protección de los menores en caso de muerte de los padres intencionales en la India se maneja de forma muy distinta a la estadounidense, debido a que acredita a la madre gestante responsable del menor hasta el parto, sin embargo, permite que en el Registro de nacimiento se registren a los padres intencionales como los responsables del menor. A raíz, de los cambios normativos que presentó este país, no hay una ley exacta que nos indique se debe realizar cuando los padres intencionales mueren, pero si hay una directriz del Consejo Indio de Investigación Médica de 2005, que sugiere que en los contratos de subrogación se debe prever esta situación, por medio de una cláusula que indique un apoyo financiero (Nixon, 2019)

Como lo podemos observar, es necesaria una legislación ética sobre la subrogación asistida, para que casos como el de la India no se presenten abusos de explotación a la mujer y a los menores, y que tampoco su práctica quede completamente prohibida y condicionada sólo a unos escenarios.

Comunidad Europea

La legislación sobre la subrogación asistida en Europa puede variar según las costumbres, cultura y perspectivas éticas y legales de cada país miembro, presentando varios escenarios posibles, como lo son la prohibición y la aceptación parcial o total. En el primer escenario países

como España, Francia y Alemania, contemplan que este tipo contractual es nulo de pleno derecho. En consecuencia, en gran parte de los países miembros, a los menores se les aplica las reglas generales de atribución de paternidad, esto quiere decir, que el menor se encontrara bajo el cuidado y la protección de la madre gestante, hasta que se pueda realizar una adopción, y que los padres intencionales puedan quedar a cargo del menor, esta práctica de aceptación parcial se evidencia en países como Bélgica, Dinamarca, Países Bajos y Suecia (BRUNET, y otros, 2012).

En países como Portugal y Reino Unido, su regulación coincide con la normatividad actual en India, prohibiendo la subrogación asistida comercial, pero no la subrogación asistida con fines altruistas, permitiendo que la filiación se transfiera en el caso de Reino Unido mediante una orden parental que se debe tramitar después del nacimiento. Por su parte Portugal, permite esta práctica, para casos que puedan tener una justificación médica de infertilidad (Rubio, 2023).

Ahora bien, en países como Rusia y Ucrania, esta práctica está permitida y regulada. Por ejemplo, en Ucrania, se establece que, si un embrión concebido por una pareja es implantado en otra mujer, automáticamente se reconocerá la paternidad a la pareja como titulares de la paternidad, quedando inmediatamente registrados para que la madre gestante no tenga derechos sobre el menor, según el Código de Familia en su artículo 123, (Ucrania, 2002). Por su parte, Rusia, permite y regula esta práctica, pero sólo para sus connacionales heterosexuales y madres solteras con problemas de fertilidad, el registro se realiza después del nacimiento para transferir los derechos parentales. En el caso de la muerte de los padres intencionales, el Tribunal Constitucional de Rusia reconoció la paternidad del padre fallecido, infundada en el interés superior del menor en el año de 2016 (SwissInfo, 2025).

América Latina

En el contexto de Latinoamérica, como en la Unión Europea, depende de cada estado, encontrando ejemplos de prohibición, aceptación y aceptación parcial. México, presenta un caso muy parecido al de los Estados Unidos por ser un estado federal, los estados de San Luis Potosí y Querétaro prohíben esta práctica, mientras que estados como Tabasco y Sinaloa la permiten, siempre y cuando se cumplan unos requisitos. En el tema de la filiación, se reconoce esta por medio de una figura llamada voluntad pre-creacional, que consiste en la manifestación de voluntad de querer procrear, así no tenga un vínculo genético con el menor, con esta manifestación automáticamente se crean vínculos de parentesco (ESPARZA, 2020).

Países como Brasil y Cuba, esta práctica sólo está permitida de forma altruista, no existe una normatividad clara, sin embargo, el Consejo Federal de Medicina condiciona unas reglas específicas para que se pueda realizar la subrogación asistida, consistiendo en que la madre gestante debe tener un grado de parentesco hasta cuarto grado con los padres intencionales, y como se estipula en India, no se le puede entregar una compensación económica a la madre gestante. Por estas condiciones, los padres intencionales pueden obtener los derechos parentales, por medio del material genético (Espejo, Claire Fenton, Lathrop Gómez, & Scherpe, 2022).

En Uruguay se presenta el caso más avanzado en regulación jurídica, promulgando la Ley 19.167 de 2013, que permite regular las prácticas de reproducción asistidas incluyendo la subrogación asistida. No obstante, esta práctica sólo está permitida en casos de infertilidad, y que la madre gestante tenga un segundo grado de parentesco con al menos uno de los padres intencionales, la filiación en este caso corresponderá a los padres intencionales que hayan solicitado y acordado en la subrogación asistida. En Argentina, aunque no existe una reglamentación legal, la jurisprudencia sí ha reconocido casos de subrogación asistida, determinando la filiación voluntaria a los padres intencionales, mediante una figura muy parecida a la voluntad pre-creacional (Espejo, Claire Fenton, Lathrop Gómez, & Scherpe, 2022).

Conclusiones

Desde el punto de vista legal y jurisprudencial, la práctica de la maternidad subrogada en Colombia se distingue por la carencia de un marco normativo, por lo que a falta de este, se deben aplicar interpretaciones judiciales de normas generales del ordenamiento jurídico, las cuales buscan proteger los derechos fundamentales de los menores, para estos casos se han aplicado distintos lineamientos judiciales como lo es el principio fundamental del interés superior del menor, principio que prioriza el bienestar integral del niño en todas las decisiones que lo afectan. En esta misma línea se deben favorecer también el derecho a la identidad y filiación, la protección de la familia y los derechos reproductivos, todo ello buscando una protección para cada caso en concreto.

Desde 1998, se han presentado 16 proyectos de ley en el congreso de la república para la regulación de la gestación subrogada, de lo cual lo único que queda por decir es que todas estas iniciativas fueron archivadas sin generar algún tipo de regulación.

Esta falta de normatividad especial en esta temática ha llevado a que muchos centros especializados en Colombia ofrezcan servicios de gestación subrogada como parte de sus tratamientos de reproducción asistida, (CARRERO, 2021)

Los vacíos normativos en la falta de legislación de la subrogación asistida generan un estado de indefensión jurídica para los menores nacidos bajo esta práctica, en especial en los contextos de que los padres intencionales fallezcan, por este motivo, es necesario reglamentar una ley que establezca que sucede en estos casos con los derechos de filiación y custodia de los menores, no solo desde un punto de vista de los derechos de los padres intencionales, como lo ha propuesto la jurisprudencia nacional, sino tener una mirada más general de todos los problemas que puede contraer esta técnica de asistencia fecundativa. Para esto, nuestros legisladores tienen diversas normativas extranjeras, con una variedad de propuestas y soluciones, en las que se pueden basar para implementar una regulación clara, transparente y efectiva, que resulta necesaria e imperativa que se aborde de una forma prioritaria, para garantizar los derechos del menor y regular esta técnica para poder brindar una seguridad jurídica a todas las partes involucradas.

La subrogación asistida es una realidad en la sociedad actual, y su regulación se hace prioritaria con el paso del tiempo. Desde el análisis del derecho comparado, podemos visualizar que para un país con ideología conservadora como lo es Colombia, existen regulaciones que protegen y salvaguardan los derechos de todos los participantes como lo puede ser la subrogación altruista, evitando casos de vacíos normativos que ayudan a perpetuar la inseguridad jurídica y creando escenarios de vulnerabilidad. Es imperativo que el ente legislador tome medidas concretas para poder hacerle frente a esta problemática, reconociendo la realidad colombiana.

Recomendaciones

El primer elemento que debemos considerar para consolidar la práctica de la subrogación asistida es realizar una definición clara, diferenciando entre la subrogación con fines económicos y altruistas. En este punto nos podemos referenciar de las legislaciones de Reino Unido y Ucrania para establecer un marco normativo dependiendo del tipo de subrogación asistida que se defina en el territorio nacional.

El segundo elemento que se debe considerar es el establecimiento de la filiación, tomando como ejemplo de modelo de regulación el estadounidense, permitiendo que la filiación se realice anticipadamente a través de una orden parental, o también se puede establecer la filiación automática de los padres intencionales, como se puede reflejar en Rusia y Ucrania. Colombia podría adoptar alguna de estos métodos, asegurando que la filiación se pueda establecer antes del nacimiento, evitando problemas legales en casos de fallecimiento de los padres intencionales.

El tercer elemento, hace referencia a los derechos y la protección del menor, estableciendo que la ley que llegue a regular la subrogación debe fundamentarse en criterios que puedan priorizar el interés superior del menor y el respeto de sus derechos fundamentales. El caso de la India, que ha contribuido a una evolución legislativa en la materia, contempla regulaciones estrictas sobre la custodia de los menores en caso de fallecimiento de los padres intencionales, mediante mecanismos de protección en situaciones de vulnerabilidad. Colombia podría establecer mecanismos similares en estos contextos.

Bibliografía

- BRUNET, L., CARRUTHERS, J., DAVAKI, K., KIN, D., MARZO, C., & MCCANDLESS, J. (2012). *El régimen de subrogación en los Estados*. Obtenido de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf)
- Aguado, I. (2018). *Hacia un nuevo concepto de familia en el derecho*. Obtenido de Revista Lasalle: <https://revistaenlacalle.org/2018/11/07/concepto-de-familia-derecho-espanol/>
- Amador, M. (2010). *Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India*. Obtenido de https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/revista_cs/article/view/466/466
- Assembly, I. G. (2015). *Illinois General Assembly*. Obtenido de <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs5.asp?ActID=3638&ChapterID=59>
- Bronwyn, P., & Rakhi, G. (2018). *Regulation of surrogacy in India*. Obtenido de <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC6195148/pdf/bmjgh-2018-000986.pdf>
- CARRERO, E. A. (2021). *Repositorio Universidad el Bosque*. Obtenido de <https://repositorio.unbosque.edu.co/server/api/core/bitstreams/af164d83-6544-4293-8a1f-416543159fbe/content>
- Colombia, C. P. (1991). *Constitucion Politica de Colombia, Art 44*. Obtenido de <https://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-2/articulo-44>
- Corte Constitucional. (2009). *Sentencia No. T-968/09*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-968-09.htm>
- Eleonora, L. (2011). *Revista Indret*. Obtenido de Gestación por sustitución: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf

- ESPARZA, V. (2020). *VOLUNTAD PROCREACIONAL PRESUPUESTO PARA LA FILIACION DERIVADA DE PROCEDIMIENTOS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN EL CONTEXTO MEXICANO*. Obtenido de <https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v53n157/2448-4873-bmdc-53-157-47.pdf>
- Espejo, N., Claire Fenton, G., Lathrop Gómez, F., & Scherpe, J. (2022). *LA GESTACIÓN POR SUSTITUCION EN AMERICA LATINA*. Obtenido de https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2022-07/LA%20GESTACION%20POR%20SUBROGACION_DIGITAL.pdf
- Flores, E. (2024). *El caso Baby M: El dilema de la maternidad subrogada*. Obtenido de <https://neuro-class.com/el-caso-baby-m-el-dilema-de-la-maternidad-subrogada/>
- Hurtado, O. (2016). *El Cambio Social*. Obtenido de Academia.edu: https://www.academia.edu/31814213/_El_Cambio_Social_AUTOR?utm_source
- Inés Yohanna Pinzón Marín, E. A. (2015). *La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5660486>
- Jorge, G. (2010). *¿Qué tan conservadores somos los colombianos?* Obtenido de Razon Publica: <https://razonpublica.com/iquan-conservadores-somos-los-colombianos/>
- Laval, C. (2022). *¿Cuál es la regulación legal de la gestación subrogada en EE.UU.?* Obtenido de <https://www.abogado.com/recursos/ley-de-familia/cual-es-la-regulacion-legal-de-la-gestacion-subrogada-en-ee-uu.html>
- Legislature, M. (2024). *General Court of Commonwealth Massachusetts Chapter 166: An act to ensure legal parentage equality*. . Obtenido de <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiewMLt>

yaCNaxWESjABHcNVL04QFnoECB8QAw&url=https%3A%2F%2Fmalegislature.gov%2FLaws%2FSessionLaws%2FActs%2F2024%2FChapter166%23%3A~%3Atext%3DIn%2520the%2520record%2520of%2520birth%2Ccom

luz, S. (2020). *Repositorio Universidad Santo Tomas*. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/26786/Segundapartederechofamiliacapitulo1nucleo2020luzserrano.pdf>

Maria, G. (2020). *La gestación subrogada. Una revisión del sistema de Derechos fundamentales*. Bogota: Ibañez. Obtenido de <https://xn--grupoeditorialibaez-c4b.com/la-gestacion-subrogada-una-revision-del-sistema-de-derechos-fundamentales/>

Nixon, J. O. (2019). El debate legal y moral que conduce a la prohibición de la subrogación comercial en India. *Medicina y Etica Scielo*.

Núñez, C. R. (2023). *Revista Iberoamericana de fertilidad*. Obtenido de GESTACIÓN SUBROGADA: EL DEBATE INDOCUMENTADO CONTINÚA: <https://revistafertilidad.com/index.php/rif/article/view/98/56>

ORG, E. d. (2019). *Equipo de Reproducción Asistida ORG*. Obtenido de <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>

Rodriguez, C. (2012). *El contrato de maternidad subrogada*. Obtenido de <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art03.pdf>

Rubio, L. (2023). *La regulación de la Gestación Subrogada en Europa Occidental: Algunos Apuntes*. Obtenido de <https://geypo.es/la-regulacion-de-la-gestacion-subrogada-en-europa-occidental-algunos-apuntes>

Samuel, M. (2011). Un país muy conservador. *El Espectador*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/santiago-montenegro/un-pais-muy->

conservador-column-278573/

SMITH, K., & BROMFIELD, N. (2010). *Will Global Surrogacy Be Regulated?* Obtenido de <https://rewirenewsgroup.com/2010/07/07/will-global-surrogacy-regulated/>

SwissInfo. (2025). *Rusia reconoce ayudas estatales para niños concebidos in vitro tras muerte del padre.* Obtenido de <https://www.swissinfo.ch/spa/rusia-reconoce-ayudas-estatales-para-niños-concebidos-in-vitro-tras-muerte-del-padre/88860099>

Ucrania, V. R. (2002). *Codigo de familia de Ucrania Articulo 123.* Obtenido de <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>