



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO CARRERA DE DERECHO

**Trabajo de investigación de artículo científico previo a la obtención del título de
Abogado.**

Título:

La gestación subrogada en el contexto jurídico de Colombia, Ecuador y México: estudio
comparado.

Autores:

Alcívar Cabrera Carlos Bryan

De La Cruz García Brandon Joshua

Tutor:

Dr. Juan Ramón Pérez Carrillo, PhD.

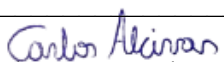
Cantón Portoviejo – Provincia de Manabí - República del Ecuador

Abril – septiembre 2025

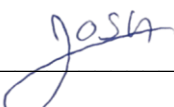
Declaración de autoría y cesión de derechos de propiedad intelectual

Carlos Bryan Alcívar Cabrera y Brandon Joshua de la Cruz García declaramos, en forma libre y voluntaria, ser los autores del presente trabajo de investigación, cuyo contenido es auténtico, original y no infringe derechos de propiedad intelectual de terceros. En este sentido, asumimos la responsabilidad correspondiente ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión de la información obtenida en el proceso de investigación. Así como también los contenidos, ideas, análisis, conclusiones y propuestas son exclusiva responsabilidad de mi persona, como autor/a.

De manera expresa cedemos los derechos de propiedad intelectual del Artículo Científico “La gestación subrogada en el contexto jurídico de Colombia, Ecuador y México: Estudio comparado”, a la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por ser la institución de Educación Superior que nos acogió en todo el proceso de desarrollo del mismo, y autorizo a su difusión en formato digital, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.


Carlos Bryan Alcívar Cabrera

131530161-2


Brandon Joshua De La Cruz García

131778501-0

Portoviejo, 06 de octubre del 2025

La gestación subrogada en el contexto jurídico de Colombia, Ecuador y México: estudio comparado.

Surrogate pregnancy in the legal context of Colombia, Ecuador, and Mexico: A comparative study.

Datos de los autores:

Carlos Bryan Alcívar Cabrera

Universidad San Gregorio de Portoviejo

carloscbacm27@gmail.com

ORCID: 0009-0001-0797-3601

Brandon Joshua De La Cruz García

Universidad San Gregorio de Portoviejo

bjdelacruzg@outlook.com

ORCID: 0009-0008-3431-0003

Tutor:

Dr. Juan Ramón Pérez Carrillo, PhD

Universidad San Gregorio de Portoviejo

jrperez@sangregorio.edu.ec

ORCID: 0000-0002-2145-9799

Resumen

La investigación se enfoca en la gestación subrogada, una práctica de reproducción asistida que enfrenta serios desafíos jurídicos, éticos y sociales debido a la falta de regulación integral en América Latina. El objetivo es analizar y comparar su regulación en los ordenamientos jurídicos de Colombia, Ecuador y México, identificando sus implicaciones jurídicas. El trabajo utiliza un enfoque cualitativo y una metodología de investigación jurídica dogmática para un análisis crítico de normas, doctrinas y jurisprudencias. Los métodos incluyen el jurídico-comparado y el exegético-jurídico. Entre los resultados, la investigación destaca que la ausencia de regulación adecuada en los tres países genera riesgos significativos como la explotación de mujeres y la mercantilización del cuerpo femenino. Este estudio va más allá de una simple enumeración y descripción de las leyes existentes; aporta un marco conceptual y comparado que orienta una regulación ética y protectora de la gestación subrogada; por ello, se examinan las razones y principios que están detrás de cada postura.

Palabras clave: Derecho comparado; dignidad humana; filiación; gestación subrogada; reproducción asistida

Abstract

The research focuses on surrogacy, an assisted reproduction practice that raises serious legal, ethical, and social questions due to the lack of comprehensive regulation in Latin America.

The objective is to analyze and compare its regulation in the legal systems of Colombia, Ecuador, and Mexico, identifying its legal implications. The study uses a qualitative approach and a dogmatic legal research methodology for a critical analysis of norms, doctrines, and jurisprudence. The methods include comparative law and legal exegesis. Among the key findings, the research highlights that the absence of adequate regulation in the three countries generates significant risks, such as the exploitation of women and the commodification of the female body. This study extends beyond a simple listing and description of existing laws, providing a conceptual and comparative framework that guides the ethical and protective regulation of surrogacy. It examines the reasons and principles underlying each position.

Keywords: Comparative law; Human dignity; *Filiation*; surrogacy; Assisted reproduction

Introducción

La gestación subrogada se presenta como una modalidad relevante dentro de las técnicas de reproducción asistida, comprendida para ofrecer una alternativa viable a personas que enfrentan problemas de infertilidad o imposibilidad biológica de gestar. No obstante, su desarrollo aborda cuestiones jurídicas, éticas y sociales, especialmente en el contexto latinoamericano, donde se mantiene una marcada ausencia de normativas específicas que regulen de manera integral esta práctica.

Esta carencia de normativa integral ha generado un vacío jurídico que provoca inseguridad en aspectos fundamentales como el régimen de filiación, la protección de los derechos de las partes involucradas en particular al de la madre gestante y del recién nacido y la prevención de riesgos asociados a la comercialización, instrumentalización o explotación de la capacidad reproductiva de la mujer, pudiendo derivar en prácticas contrarias a lo que es la dignidad humana y al orden público.

El estudio de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos en materia de maternidad subrogada se vuelve necesario para comprender las implicaciones ético-jurídicas que subyacen a esta omisión legislativa. A nivel global, la gestación subrogada ha sido objeto de intensos debates debido a su potencial de vulnerar derechos constitucionales, como la dignidad humana, la autonomía de la voluntad y, en casos extremos, su posible vinculación con lo que es designado como trata de personas. Esto hace necesaria una redefinición de los principios rectores que deberían establecer una regulación adecuada, capaz de garantizar el respeto de los derechos humanos.

La elección de este tema se justifica en la necesidad de abordarlo desde una perspectiva jurídica, debido a que trata de una práctica cuya creciente presencia en los ámbitos médico y social plantea desafíos complejos para la interpretación y aplicación de

principios y derechos fundamentales, particularmente en lo relativo a la filiación, la autonomía reproductiva y la dignidad humana.

Es por ello que lo que se propone es ofrecer una herramienta interpretativa que sirva para los juristas y legisladores que estén interesados en que se regule esta práctica, para así garantizar que se tomen decisiones coherentes, fundamentadas y respetuosas en relación con los derechos fundamentales. En otras palabras, la propuesta no se limita a describir el fenómeno, sino que dota a los profesionales en el campo y a los diseñadores de política legislativa de un marco conceptual y de principios orientadores para resolver conflictos, redactar normas claras y anticipar efectos indeseados que puedan resultar de la gestación subrogada.

En este sentido, la regulación de la maternidad subrogada en el contexto jurídico latinoamericano representa una cuestión de alta relevancia, que demanda un estudio minucioso sobre sus consecuencias jurídicas y sociales. La ausencia de un marco regulatorio adecuado conlleva riesgos significativos para los derechos humanos, de modo que la solución a esta problemática sólo es posible a través de un enfoque completo y ético, que logre equilibrar los intereses de los sujetos que intervienen con la protección de los derechos fundamentales.

En el plano internacional, la institución jurídica de la gestación subrogada ha tenido un desarrollo desigual y, en muchos casos, cuestionado. Sus antecedentes más visibles se remontan a la segunda mitad de lo que fue el siglo XX, especialmente a partir de los avances médicos acerca de la reproducción asistida que permitieron la separación entre la gestación y el aporte genético. Es por ello que Estados como Estados Unidos, particularmente en jurisdicciones como California y el Reino Unido, realizaron marcos legales específicos en las

décadas de 1980 y 1990, mientras que en otros países se inclinó más bien por una prohibición o un tratamiento restrictivo.

En América Latina, la incorporación de esta figura jurídica ha sido más reciente y, por lo general, fragmentaria, ya que en la mayoría de los países de este hemisferio no existe una regulación integral, lo que ha llevado a soluciones dispares, las cuales se han basado en interpretaciones judiciales o en normas conexas del derecho civil y de familia. La doctrina jurídica ha abordado el tema desde enfoques variados, que van desde su aceptación bajo un modelo contractual regulado hasta su prohibición absoluta por considerarla contradictoria con la dignidad humana, con argumentos anclados en la protección de la mujer gestante y del interés superior del niño.

En este sentido, la presente investigación se propone dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cómo está regulada la institución jurídica de la gestación subrogada en los ordenamientos jurídicos de Colombia, Ecuador y México desde una perspectiva comparada y cuáles son sus implicaciones jurídicas? Para lograrlo, se plantea como objetivo general analizar cómo está regulada la institución jurídica de la gestación subrogada en los ordenamientos jurídicos de Colombia, Ecuador y México desde una perspectiva comparada y cuáles son sus implicaciones jurídicas.

Los objetivos específicos consisten en: describir los fundamentos teóricos y normativos que sustentan su regulación en el Derecho Civil o Familiar; identificar, desde una perspectiva comparada, sus implicaciones jurídicas en Colombia, Ecuador y México; y fundamentar las consecuencias de la regulación parcial de la gestación subrogada en Colombia, Ecuador y México.

Metodología

El presente proyecto se realizó mediante un enfoque cualitativo, abordando un análisis crítico de las normas, doctrinas y jurisprudencia que regulan la maternidad subrogada en los diferentes países que forman parte de América Latina. Así, esta metodología permitió examinar las implicaciones jurídicas y éticas de la gestación subrogada, ya fuera desde una perspectiva doctrinal o jurisprudencial, atendiendo a las particularidades de cada país.

La investigación cualitativa se centró en identificar las características y cualidades de la gestación subrogada. Para ello, se utilizaron diversas técnicas de recolección de datos, con las que se buscó comprender el tema. Para lograrlo, el proceso se llevó a cabo de forma imparcial, asegurándonos de que la información fuera confiable y precisa, lo que permitió que los resultados obtenidos reflejaran la realidad de lo que se estaba estudiando (Salazar, 2020).

Por lo que la revisión bibliográfica fue esencial en el trabajo, ya que representó la base del estudio y el objeto sobre el cual se centró el análisis. En particular, se empleó para recopilar, evaluar y sintetizar información relevante sobre el tema específico, a diferencia de otras investigaciones, donde la revisión es un complemento del estudio (Codina, 2020).

Asimismo, se aplicó el estado del arte, considerado el pilar conceptual de toda investigación, ya que permitió comprender de qué iba el tema y hacia dónde se dirigía. Su análisis ayudó a identificar ciertas lagunas teóricas y enfoques previos, evitando la repetición de trabajos. Además, sirvió de guía para la metodología proporcionando referencias importantes que contribuyeron al diseño del trabajo (Corzo et al., 2022).

Este trabajo se desarrolló a partir de la modalidad de artículo de revisión narrativa, con el objetivo de poder analizar conceptos, normativa vigente, los principios jurídicos

involucrados y los debates éticos que rodean el estado de la regulación de la gestación subrogada en Latinoamérica.

Asimismo, el estudio se enmarca dentro de la tipología de investigación jurídica dogmática, en virtud de que su objeto principal fue el análisis sistemático, técnico y comparativo de normas jurídicas positivas vigentes en distintos ordenamientos, con la finalidad de identificar similitudes y diferencias.

Cada una de estas disciplinas dogmáticas aporta a la construcción de una comprensión sistemática y racional del orden jurídico, posibilitando que el profesional del Derecho interprete y aplique las normas con rigor metodológico y fundamentación doctrinal. Es por ello que constituyen un eje epistemológico para el desarrollo de otras modalidades de investigación jurídica, sustentadas en el conocimiento científico generado por la dogmática jurídica, expresado en la formulación de categorías, conceptos y principios normativos (Pérez, 2024).

La investigación jurídica dogmática representó el modelo tradicional de la ciencia jurídica, ya que se encargó del estudio del Derecho positivo desde una perspectiva sistemática y teórica, orientada a la determinación y valoración de las normas jurídicas en función de su validez, coherencia y eficacia jurídica. En este sentido, constituye el eje central tanto de partida como de retorno de la investigación jurídica, al centrarse en la dimensión normativa del Derecho (Pérez, 2024).

En este sentido, el estudio jurídico comparado que se desarrolló no solo se limitó al ámbito de las disposiciones legales, sino que también se abordó empíricamente su impacto social, mas no se realizó una reconstrucción histórica o filosófica de sus fundamentos, lo que lo alejó de las tipologías socio jurídicas, hermenéuticas, filosóficas o mixtas.

Asimismo, el método de análisis comparativo, si bien es reconocido como una técnica válida y recurrente en el ámbito jurídico, no constituyó por sí mismo una tipología autónoma de investigación, sino una herramienta metodológica que se integró al análisis dogmático para comparar normas, principios y categorías jurídicas de distintos sistemas normativos, conforme a la orientación doctrinal reseñada en el mismo documento.

Por lo anterior, la naturaleza normativa del objeto de estudio, el método empleado y los fines propuestos justificaron plenamente la asignación de esta investigación a la tipología de investigación jurídica dogmática.

Además, se emplearon los métodos jurídico-comparado y exegetico-jurídico. Por una parte, el análisis comparado consintió en examinar las normativas vigentes en distintos ordenamientos latinoamericanos, con la intención de establecer criterios diferenciales y comunes en torno a la regulación de la maternidad subrogada. Mientras que el método exegetico-jurídico se empleó al estudio de los textos normativos aplicables, mediante una interpretación sistemática, gramatical y teleológica, orientada a precisar su contenido normativo, alcance y congruencia con los principios y derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

Fundamentos teóricos

La gestación subrogada

La gestación subrogada conocida también como vientre en alquiler, es un proceso que puede ser practicado de distintas formas, puede darse por medio de la fecundación directa del óvulo de la mujer que alquila su vientre, con un espermatozoide de algún hombre que no sea su pareja; o por medio de la introducción de un óvulo ya fecundado a la mujer que alquiló su vientre. Esto con la finalidad de llevar a cabo un embarazo para otra persona o parejas que no puedan concebir o gestar por sí mismas.

La gestación subrogada consiste en un pacto mediante el cual una mujer lleva a cabo un embarazo para otra persona, renunciando a cualquier derecho sobre el recién nacido. Este proceso, regulado a través de un contrato, establece la transferencia de la filiación a los padres intencionales. Es así que, este proceso se presenta como una alternativa para quienes no pueden concebir y su uso sin regulación adecuada puede derivar en la explotación del cuerpo de la mujer gestante (Carrillo, 2023).

Por lo que se podría decir que, esta ocurre cuando una mujer lleva un embarazo para otra persona, dando a luz a su hijo. En términos biológicos, esto puede significar que la gestante es la madre biológica si dona el óvulo. Sin embargo, si el óvulo proviene de la mujer que criará al niño, esta última es considerada la madre biológica, a pesar de no haber gestado. A nivel legal, la gestación subrogada implica un contrato formal que asigna los derechos y obligaciones maternos a una mujer distinta de la gestante, independientemente de si existe un vínculo biológico entre ellas (Patrão, 2022).

Esto se practica usualmente como ya se mencionó anteriormente, cuando las parejas no pueden concebir su propio hijo, ya sea por su falta de fertilidad, por cuestiones genéticas o ajenas a su voluntad. Sin embargo, aunque esta sea practicada en varias partes del mundo, no quiere decir que esté legalizada en todos los países. Un ejemplo claro sería que en muchos países latinoamericanos la gestación subrogada no se la permite por varias cuestiones.

La legalización de la contratación de un vientre para engendrar a un hijo en beneficio de otra pareja podría tener varias consecuencias. En primer lugar, esta práctica podría reforzar estereotipos de género al perpetuar la idea de que las mujeres están destinadas a cumplir con estos roles de reproducción. Por otro lado, la gestación subrogada podría generar nuevos grupos de mujeres que puedan ser sometidas a una explotación. Es por ello que es fundamental priorizar el análisis de todas las implicaciones éticas y jurídicas de la gestación subrogada, por encima de las experiencias individuales, vivencias y los deseos de las personas decididas a tener un hijo mediante este procedimiento (García & Cayuela, 2020).

La gestación subrogada ganó mucha relevancia a partir de los años 80, gracias a la difusión de la fecundación in vitro. Esta técnica no solo permitió identificar óvulos y mujeres gestantes de manera independiente, sino que consecuentemente a esto, se eliminó la necesidad de que haya contacto sexual para la procreación. Como resultado, a finales del siglo XX, surgieron clínicas especializadas en fecundación in vitro y gestación subrogada. Estas operan a menudo como negocios, reclutando a posibles gestantes y anunciando sus servicios en línea, prometiendo el nacimiento de un bebé sano (Reckziegel & Cássia, 2024).

Gestación subrogada comercial

La gestación subrogada comercial es un acuerdo en el que una mujer, conocida como madre subrogada, se compromete a gestar un bebé para otras personas o parejas, que no puedan tener hijos por razones médicas, biológicas o incluso sociales. En este tipo de acuerdo generalmente la mujer gestante recibe a cambio una compensación económica, que va más allá de los gastos médicos y de vida.

La gestación subrogada comercial es tratada normalmente como un caso de inmoralidad, lo cual ha llevado a la prohibición e incluso a la criminalización de dicha práctica en varios países del mundo. Esto se debe a que se ha comprendido que esta práctica se basa en una forma de explotación de las mujeres gestantes, quienes para estos casos son mujeres que muchas veces se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, ya sean económicas, sociales, etc. Adicionalmente se entiende que ello también involucra la mercantilización de la labor reproductiva de las mujeres y la compraventa de bebés (Pietrini,) 2022).

Gestación subrogada altruista

La gestación subrogada altruista se refiere a aquella modalidad en la cual una mujer gestante lleva a cabo el embarazo de manera voluntaria, la característica fundamental de esta modalidad, es que se realiza sin recibir algún tipo de compensación económica por su servicio, más allá de los gastos médicos y asociados al proceso. A diferencia de otras modalidades, este tipo de gestación lo que busca es ayudar a personas o parejas que no pueden concebir o llevar a cabo un embarazo por razones médicas, sin que exista una transacción comercial.

La gestación subrogada altruista hace alusión a las mujeres que realizan un embarazo por motivos no económicos, es decir, sin percibir una compensación económica adicional a los gastos médicos directamente relacionados con la gestación. Este modelo tiene el objetivo principal de ayudar a personas o parejas que, por cuestiones de salud, no pueden concebir de forma natural o ser llevadas a cabo un embarazo (Zurriarán, 2019).

Sin embargo, es muy poco probable que una regulación adecuada sobre la gestación subrogada logre cubrir la creciente demanda internacional de niños, lo que podría dar lugar, inevitablemente, a prácticas ilegales tales como sería el tráfico de menores. No obstante, la baja probabilidad de encontrar mujeres dispuestas a llevar a cabo este acto benéfico para así satisfacer la voluntad de paternidad o de maternidad de los otros, puede dar lugar a un desajuste entre la oferta y la demanda, dejando ver los peligros de la explotación y de una serie de abusos en el núcleo de un sistema sin regulación (López, 2019).

Distorsión del concepto de la maternidad subrogada

Este tipo de procedimientos, ya sea en su modalidad comercial o altruista, contesta no solo a la necesidad biológica de procrear, sino también al anhelo de muchas personas y parejas de poder conformar un núcleo familiar. Ya que, la familia ha sido tradicionalmente reconocida como la institución social encargada de asegurar la continuidad del sistema social, actuando como un espacio fundamental para la reproducción tanto biológica como cultural de la sociedad. Además de poder cumplir con la función de preservar por generaciones los valores, normas y costumbres, lo que también influye en la movilidad y organización de los distintos grupos sociales (coronel et al., 2023).

Esto, visto desde el concepto tradicional de familia, donde se relaciona la idea de una unión entre personas de distinto sexo con fines reproductivos y de transmisión patrimonial. Sin embargo, procedimientos como la gestación subrogada reflejan cómo ese modelo ha evolucionado, permitiendo nuevas formas de vínculo familiar basadas en el deseo de conformar una familia, más allá de la estructura biológica o convencional que tengan en ese momento.

Ya que, con el paso del tiempo, este modelo tradicional de familia ha ido evolucionando, y cada país ha tenido que adaptarse a las nuevas formas de organización familiar, incluyendo aquellas conformadas por parejas del mismo sexo. Incluso en Ecuador, este tipo de unión ya cuenta con reconocimiento legal. Esto evidencia cómo, poco a poco, las sociedades rompen prejuicios y adoptan modelos familiares más inclusivos, en sintonía con los cambios sociales inevitables y el fortalecimiento de los derechos humanos a nivel internacional (Farfán, 2023).

Es por ello que, la gestación subrogada originalmente se planteaba como un mecanismo para las parejas con problemas de fertilidad, o para personas que por razones médicas o biológicas no podían gestar, acceder a la maternidad o paternidad mediante un procedimiento médico regulado. No obstante, el desarrollo de esta práctica en varios países ha puesto de manifiesto que, en muchos casos, la gestación subrogada se ha transformado en un negocio del cual se saca algún tipo de retribución económica.

En aquellos países en los que no existe un ámbito normativo regulatorio claro o se acepta la subrogación comercial, se han venido reconociendo hábitos de abuso, como la captación de mujeres, aunque sean pobres para que puedan llevar adelante los embarazos por encargo, pudiendo vincularse, así, con posibilidades de explotación reproductiva.

La forma como se establece el argumento que se construye en torno a la gestación subrogada, genera grandes inquietudes a ser tomadas en consideración, puesto que, en definitiva, contribuyen a generar un supuesto en el que no sólo las mujeres gestantes, sino que también niños y niñas nacidos como resultado de este proceso carecen de humanidad.

Este modelo idealista no solo ignora los desafíos relacionados con el respeto a la dignidad humana, sino que también parece evadir la idea de que nadie debería ser usado simplemente como un instrumento para lograr algún objetivo. La idea de tener que pagar para luego recibir al bebé recién nacido levanta preocupaciones reales sobre si se podrían estar violando los derechos fundamentales/constitucionales de las personas implicadas (Rueda, 2023).

Las formas en que se llevan a cabo actualmente los procesos de gestación subrogada con fines comerciales favorecen significativamente a los futuros padres y a las agencias intermedias, en comparación de las mujeres gestantes que suelen estar en situaciones de desventaja. El uso de acuerdos basados en intereses de compra y venta oculta una injusticia a tomar en consideración, ya que las condiciones del contrato benefician a los solicitantes y a las agencias, dejando a las gestantes vulnerables a una falta de protección frente a posibles riesgos físicos, emocionales y financieros.

El modelo contractual basado en la lógica del consumismo restringe la autonomía reproductiva de las mujeres gestantes y realza la condición de vulnerabilidad, ya que establece condiciones que pueden presionar o favorecer injustamente a quienes contratan el servicio. Este análisis es fuerte y comprobable, puesto que se basa en pruebas reales de situaciones en las que la gestación subrogada ha llevado a graves abusos o falta de protección para las mujeres embarazadas (Pietrini, 2022).

Ahora bien, la gestación subrogada no está regulada en muchos países, pero donde es legal enfrenta desafíos legales, éticos y sociales. Ya que, cada país la regula de forma distinta, lo que genera vacíos normativos. Esto provoca incertidumbre sobre los derechos de las mujeres gestantes y de los niños nacidos por este medio. La falta de consensos claros también abre la puerta a posibles abusos. Mientras algunos países la restringen para evitar la explotación, otros permiten modelos comerciales con poco control (Perkumiene & Silva, 2021).

Desde esta perspectiva, la gestación subrogada se considera un trabajo en el que la mujer recibe un pago por concebir y entregar al bebé. Sin embargo, este enfoque la reduce a un medio de producción, ignorando su autonomía y los riesgos físicos y psicológicos que enfrenta la madre gestante. Más que un contrato, se trata de una relación humana profunda que no debería regirse por la lógica del mercado (Freire et al., 2022).

El problema de la mercantilización del cuerpo femenino

Una de las interrogantes más notables acerca de la gestación subrogada comercial es que transforma a la mujer gestante en un medio para satisfacer el deseo de otros de ser padres. En este sentido, su función se limita a un papel biológico, lo que reduce su dignidad y autonomía. Esta problemática aumenta cuando las situaciones económicas inducen a mujeres en condiciones de vulnerabilidad a proporcionar su capacidad gestacional como medio de ingreso, lo que las puede llevar a tomar decisiones impulsadas más por la necesidad que por un consentimiento genuinamente libre e informado.

El mercado ha convertido la gestación subrogada en un negocio basado en la vulnerabilidad de ambas partes. Por un lado, están las personas con infertilidad, presionadas por factores sociales y familiares, que buscan angustiosamente tener un hijo biológicamente propio.

Del otro lado, están las mujeres en situación de necesidad que ven en la subrogación una forma de ingreso, aun cuando esto implique riesgos físicos y emocionales. Desde una perspectiva jurídica y ética, la gestación subrogada comercial plantea serias inquietudes sobre la autonomía de las mujeres y la posible explotación de su capacidad reproductiva (Szygendowska, 2021).

A pesar de las condiciones contractuales, incluso en contextos menos explotadores, la comercialización de seres humanos y el menosprecio de las mujeres, al ser consideradas simplemente instrumentos reproductivos, infringe el principio kantiano de no usar a las personas como medios, sino como fines en sí mismas. Este principio de suma importancia, enfatiza la dignidad intrínseca de todos los seres humanos, y al emplear a las mujeres de forma provechosa en un procedimiento reproductivo, se debilita esta dignidad y se priva de su autonomía como persona (Nuño, 2023).

Desde un punto de vista ético, cualquier tipo de mercantilización de la reproducción, incluso bajo circunstancias legales que podrían parecer aceptables, continúa siendo un problema respecto a la autonomía de las mujeres, transformándose en objetos al servicio de otros intereses. La dignidad humana, que conlleva la facultad de tomar decisiones propias y ser respetada, se ve afectada en un escenario donde el cuerpo femenino se transforma en un bien o en un instrumento para cubrir necesidades ajenas a ellas.

Causas de prohibición de la gestación subrogada

La prohibición de la gestación subrogada puede surgir por varios motivos, ya sean por razones de creencias o, quizás, por una simple busca de la protección de derechos, debido a que esta práctica puede acarrear varias cuestiones legales de por medio. Si se la analiza desde un punto de vista jurídico general, en varias legislaciones se reconoce como madre biológica a la que gesta al menor, por lo que, por regla general, ella sería quien tendría la filiación legal y esto causaría un conflicto con la práctica de la gestación subrogada, ya que se pone en duda la filiación y además puede causar conflictos sobre los derechos de la madre gestante y los padres solicitantes.

En el caso de la filiación, la cuestión se complica aún más, ya que cuando se produce la gestación subrogada, podrían estar involucradas hasta seis personas, que serían: El donante del espermia, la donante del óvulo, la gestante, el esposo de la gestante (si lo tiene) y los padres potenciales. Esto hace que la pregunta de ¿Quién es la verdadera madre? tenga varias respuestas posibles, como lo serían: La mujer que lleva el embarazo, la mujer que no lo lleva, pero aportó el óvulo y la madre potencial (Cifuentes & Guerra, 2019).

Por otro lado, como ya se lo ha mencionado en párrafos anteriores, esta práctica también puede verse malversada o realizada con fines de comercialización, debido a que muchas veces las personas solicitantes, en su deseo de formar una familia recurren a países donde sea permitido la gestación subrogada y en ocasiones pueden estar expuestas a mafias o mercados ilegales relacionados con la comercialización de la filiación, la explotación de las mujeres gestantes e incluso el tráfico de menores y esto implicaría una serie de riesgos y una gran inseguridad jurídica (González, 2019).

Por lo que la exposición de los procesos de gestación subrogada concede legitimidad a la satisfacción del deseo reproductivo a través del mercado, pero solo para quienes pueden acceder a ella, generando una brecha de desigualdad social y económica. Asimismo, la distinción entre sexualidad y reproducción se materializa como privilegio económico, y la manera en que se presenta públicamente este fenómeno constituye la punta del iceberg de la historia (Cutuli, 2021).

Otra cuestión legal que podría verse afectada sería, el caso de los niños y niñas nacidos a través de la gestación subrogada, ya que la aplicación de sus derechos enfrenta varios obstáculos, pues el hecho de que no se los designe como niño o niña, sino como producto de la maternidad, los cosifica y le niega la condición intrínseca de dignidad y de reconocimiento como sujeto de derechos. Lo mismo ocurre cuando se les denomina como nacidos vivos en lugar de niño o niña, se le niega el importante carácter que confiere el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano (Guío & Woolcott, 2024).

Regulación de la gestación subrogada en Colombia, Ecuador y México

Si bien es cierto pueden existir países que cuenten con la aprobación de la gestación subrogada, sin embargo, esto no asegura que en todos sus Estados se practique, como es en el caso de México, aquí se ha aprobado la gestación subrogada, pero solo se la practica en dos Estados que son, Tabasco y Sinaloa, cada uno regula está bajo sus propias normas, lo que los convierte en lugares llamativos para las parejas que deseen formar su familia y no puedan tenerlas por ciertas razones. No obstante, al ser reguladas de forma individual y no de manera conjunta pueden generar aspectos positivos y negativos.

Algunos aspectos positivos se relacionan con que los padres contratantes deben cubrir los gastos médicos relacionados con el embarazo, parto y postparto, además los notarios y entidades de salud deberán informar al registro civil de este proceso una vez haya sido aprobado por un juez, lo que haría mucho más fácil obtener ciertos documentos. Por otro lado, los aspectos negativos se enfrascan en que, solo se permite que los padres intencionales deben ser mexicanos, y que la mujer contratante debe acreditar un diagnóstico de infertilidad, lo cual excluye de manera directa a parejas del mismo sexo o a cualquiera que quiera acceder a la gestación subrogada sin ser infértil (Acción de inconstitucionalidad 16/2016, 2016).

Otro aspecto negativo es, que en varios contratos se estipula que las mujeres gestantes no pueden interrumpir su embarazo, incluso si su vida está en riesgo. Asimismo, en otros contratos se establece que la madre gestante sustituta acepta que no abortará ni intentará abortar a ningún niño o niña que resulten de la transferencia embrionaria (Tamés, 2020).

Por otra parte, en Colombia la maternidad subrogada no está regulada por una ley específica y clara. Ante la falta de legislación, se han presentado varios proyectos de ley que han sido rechazados y además el Congreso de la República colombiana se encuentra analizando el proyecto ley 202 de 2016, cuyo objetivo es prohibir la práctica de la maternidad subrogada en su país. La justificación de esta prohibición radica en que se considera que la maternidad subrogada implica la trata de personas y la explotación femenina con fines reproductivos (Romero, 2019).

Colombia es uno de los países que no cuenta con una legislación específica sobre la maternidad subrogada, aunque su práctica ya se da en la realidad. En este contexto, el marco constitucional que debe guiar esta práctica se basa en la cláusula general del estado social de derecho, así como el respeto a la dignidad humana que constituyen los principios rectores sobre

los cuales debe conducirse una posible regulación de la maternidad subrogada, la cual no existe en el país (Guío & Woolcott, 2024).

Se podría decir que, el propósito de esta falta de regulación es salvaguardar los derechos fundamentales de las mujeres tales como su dignidad, intimidad, la igualdad, la autonomía, salud y su derecho de decidir sobre su propia capacidad reproductiva. Además, se busca garantizar el respeto al derecho a la vida y a la posibilidad de formar parte de una familia al menor que está por nacer, protegiendo tanto a la mujer gestante como al futuro hijo.

Por último, en Ecuador después de varios años de debate en el Pleno de la Asamblea Nacional, el 25 de agosto de 2020 se aprobó el Código Orgánico de Salud. Sin embargo, el 25 de septiembre de 2020, el presidente de la República objetó de manera total dicho código. Como resultado de esta decisión, se perdió la oportunidad de regular la reproducción humana asistida, que se encontraba contemplada en el art 196 de la misma. Este artículo detalla que la maternidad subrogada sólo estaría permitida en casos donde existieran razones médicas que impidieran el embarazo de la mujer, garantizando los derechos de los niños y niñas al armonioso desarrollo de su personalidad en el seno familiar (Lozada, 2022).

Análisis y discusión

Al examinar el panorama de la gestación subrogada en los países de Colombia, Ecuador y México, vemos que hay un discurso en desarrollo en toda la región. Si bien cada país tiene sus propias particularidades, hay un hilo que los une (la tensión entre los derechos fundamentales de las personas y la falta de una regulación clara para protegerlos). Es como si la sociedad avanzara más rápido que el marco legal, dejando vacíos que los tribunales están tratando de llenar. El punto de partida en los tres países es, curiosamente, muy similar.

Naturalmente, todo se basa en un principio teórico que todos compartimos, que es la autodeterminación de las personas. Tanto la Constitución de Ecuador como la de México, se reconoce el derecho a decidir libremente sobre la vida y la salud reproductiva, mientras que, en Colombia, aunque no se mencione explícitamente, la protección integral de la familia y el interés superior del niño actúan como pilares que permiten considerar nuevas formas de concebir una familia.

Sin embargo, la realidad normativa es otra cosa, puesto que surge una disyuntiva en cuanto a los problemas que generarían. Tanto en Colombia como en Ecuador, nos encontramos con un notable vacío legal. No existe una ley clara que diga cómo proceder con la gestación subrogada. Lo que implicaría estar en un limbo jurídico que obliga a los ciudadanos a depender de lo que digan los jueces en cada una de las causas que se presenten. Sin embargo, en México, por iniciativa del estado de Tabasco, se intentó legislar de forma fragmentada a nivel estatal.

Es decir que Tabasco fue en su momento, uno de los primeros en América Latina en abordar esta clase de prácticas legalizadas, reformando así su Código Civil en 1997. Si bien es cierto, esto podría ser catalogado como una jugada audaz, su regulación inicial, por ser tan permisiva, convirtió al estado en un foco de turismo reproductivo y un caso de estudio para enmarcar cuán ética era la práctica. No obstante, normativas de otros estados, como Sinaloa, generaron un sin número de reglas diferentes que lo único que hicieron fue empeorar la situación, creando conflictos de jurisdicción y situaciones de desigualdad.

En los tres países, las cortes constitucionales han asumido el rol de llenar los vacíos dejados por el poder legislativo, que por más que hayan visto una problemática estatal, se inmutan a obviar el tema. De esta forma, entorno a la situación de Colombia la Corte

Constitucional, ha dictado sentencias que establecen criterios éticos fundamentales, como que la práctica debe ser netamente altruista y que la gestante no debe aportar sus propios gametos, Ahora bien, en Ecuador, la Corte Constitucional fue aún más allá al ordenar a la Asamblea que legisle, reconociendo que debe regular esta práctica en el país. Y en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación intervino para armonizar los criterios diferentes que tenían sus estados, reafirmando que la regulación debe evitar la mercantilización y la explotación.

Es así que la ausencia de una legislación uniforme y detallada en estos países conlleva serios riesgos. En el plano de la filiación, se crea una incertidumbre legal sobre quiénes son los padres del menor, lo que podría afectar el derecho del niño a la identidad y a tener una familia. Los tribunales han respondido a esto priorizando la voluntad procreacional, es decir, la intención de los padres de formar una familia, por encima de la genética o la gestación.

Al unir estos tres puntos (la base teórica compartida, el vacío normativo y la respuesta judicial) podemos ver el panorama completo. La triangulación de la información nos muestra que la discusión en América Latina sobre la gestación subrogada es un viaje desde los principios más altos de los derechos humanos hasta las complejidades de la vida real. A pesar de los diferentes enfoques normativos, existe un consenso jurídico emergente, guiado por la jurisprudencia, que aboga por una regulación ética, transparente y, sobre todo, protectora para todos los sujetos involucrados. Es una historia de cómo los derechos fundamentales, al no ser protegidos por la ley, encuentran su camino a través de la justicia.

La delimitación conceptual entre gestación subrogada altruista y comercial resulta indispensable para evitar confusiones legales, pues de esta distinción dependen aspectos centrales como la configuración de la filiación, la valoración del consentimiento y la regulación

de la compensación; en ausencia de definiciones claras, legisladores y jueces se ven obligados a operar con nociones indeterminadas que pueden generar inseguridad jurídica.

Es así que, los aportes de la investigación se evidencian en tres planos, con criterios teóricos, prácticos y metodológicos. En el plano teórico, ofrece un marco conceptual y principios orientados que permiten comprender la gestación subrogada más allá de su dimensión normativa, relacionada con valores fundamentales como la dignidad humana, la filiación y el interés superior del niño. En el plano práctico, brinda a juristas y legisladores herramientas interpretativas para enfrentar las lagunas normativas, anticipar riesgos de explotación y mercantilización, y tomar como referencia experiencias comparadas en la región. Finalmente, en el plano metodológico, reafirma la utilidad de la tipología de investigación jurídica dogmática, articulada con los métodos de investigación jurídico comparado, y exegético jurídico, como vía para examinar las insuficiencias normativas, con la posibilidad de ser útiles en la generación de propuestas legislativas.

De esta forma, la investigación se vuelve una herramienta interpretativa que puede ser de ayuda para los juristas y/o legisladores que deseen realizar alguna propuesta para la regulación de la gestación subrogada, teniendo en consideración siempre los principios rectores como lo serían; el interés superior del niño, la dignidad humana y autonomía de la gestante, permitiendo orientar decisiones y resolver tensiones entre la libertad reproductiva de las partes y la necesidad de salvaguardar a la gestante frente a prácticas coercitivas.

Conclusión

Este estudio evidenció que la gestación subrogada en Colombia, Ecuador y México presenta un desarrollo normativo desigual, el cual genera significativas diferencias jurídicas y sociales. Mientras que México ha avanzado con una regulación estatal fragmentaria, Colombia y Ecuador aún carecen de un marco legislativo, dependiendo así de la interpretación jurisprudencial. Esta falta de una política legislativa, no solo crea inseguridad jurídica, sino que más bien privan a los ciudadanos de sus garantías de protección esenciales.

A su vez, la complejidad de la filiación es otro conflicto central. La coexistencia de la mujer gestante, los donantes de gametos y los padres comitentes desafían a las categorías tradicionales de lo que es el derecho familiar. Por lo que la ausencia de leyes claras genera un vacío que amenaza la identidad del niño y a sus garantías de ser protegido.

Por otro lado, la falta de una regulación alude a que este tipo de prácticas incrementan con un alto riesgo de explotación y comercialización del cuerpo femenino. Sin parámetros legales claros, se realizan contrataciones abusivas que vulneran los derechos de la mujer gestante y contraviene estándares internacionales de derechos humanos.

Finalmente, esta investigación permite comprender con claridad los conceptos y tipos de gestación subrogada, diferenciando sus particularidades y a la vez anticipa los posibles efectos negativos que puede generar una regulación deficiente o inexistente. De esta forma, se contribuye a que las futuras normas y decisiones judiciales se construyan sobre bases sólidas, evitando vacíos legales y garantizando la protección de derechos fundamentales, la seguridad jurídica y el interés superior del niño

Referencias

- Acción de inconstitucionalidad 16/2016. (2016, junio 07). Suprema Corte de Justicia de la Nación (Norma Lucia, M.P).
<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2022-03/8.%20Gestacio%CC%81n%20subrogada%20en%20Me%CC%81xico%20.pdf>
- Asamblea Constituyente de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. *Edición Corte Constitucional Colombiana*, 255.
<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll10/id/2394/>
- Asamblea constituyente del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. *Lexis*, 217. <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/constitucion-republica-ecuador>
- Carrillo, A. (2023). Maternidad subrogada, cuestionamiento. *Universidad y Sociedad*, 508. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202023000300499
- Cifuentes, P., & Guerra, P. (2019, septiembre). Gestación por sustitución o maternidad subrogada Chile y la legislación comparada. *Biblioteca del congreso Nacional de Chile*.
https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27928/1/B_CN_gestacio_n_por_sustitucion_o_maternidad_subrogada_DEFINIT.pdf
- Codina, L. (2020). Cómo hacer revisiones bibliográficas tradicionales o sistemáticas utilizando bases de datos académicas. *Ediciones Universidad de Salamanca*, 11(2), 153. <https://doi.org/10.14201/orl.22977>

Congreso Constituyente de México. (1917). Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*.

<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll10/id/2394/>

Coronel Ortiz, V., Díaz Rodríguez, B. F., & Merchán Perero, o. L. (2023, abril 10).

La obligación de la fidelidad en el matrimonio ecuatoriano: análisis jurídico, antropológico y social. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y*

Humanidades. <https://doi.org/10.56712/latam.v4i1.546>

Corzo, C., Flores, N., & Pérez, I. (2022). El estado del arte, ¿Necesidad o necedad?

Revista de Ciencias Humanas y Sociales, 153.

<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/39016>

Cutuli, R. (2021, junio 28). Representaciones mediáticas de la gestación subrogada en

Argentina. Entre la espectacularización y la invisibilización. *Aiken. Revista de Ciencias Sociales y de la Salud*, 1(1), 35-48.

<https://eamdq.com.ar/ojs/index.php/aiken/article/view/1>

Farfán Pinargote, D. F. (2023). *El matrimonio igualitario como derecho humano en el*

Ecuador. Centro de Investigación y Desarrollo Ecuador.

<https://doi.org/10.33996/cide.ecuador.MI2636348>

Freire, N. F., Piñas, L. F., & Viteri, B. C. (2022, diciembre 1). La maternidad por

subrogación en el Ecuador y los problemas legales que representa. *Revista*

Dilemas Contemporáneos. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v10i18.3458>

García, D., & Cayuela, S. (2020). Aspectos bioéticos de la gestación subrogada

comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía. *Revista de Filosofía*, (45), 27-46.

<https://revistas.ucm.es/index.php/RESF/article/view/57976/4564456553076>

Gobierno del Estado de Sinaloa. (2013). Código Familiar del Estado de Sinaloa.

Instituto de investigaciones parlamentarias.

<https://iip.congresosinaloa.gob.mx/estatales.html>

Gobierno del Estado de Tabasco. (2016). Código Civil para el Estado de Tabasco.

Periódico Oficial del Estado de Tabasco.

<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfArticuladoFast.aspx?q=Ziujyqyrt96VrJeY7Tvcvmce0iVUF5pVOnNM9kjjrrl1OTqGSvI5EgaoJXDvFTJB+rPIbCkxkHDd/RvTV2j0w==>

González, S. V. (2019, octubre 01). La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente

regulación de la gestación subrogada en España. *Cuadernos de Derecho*

Transnacional., 11(2). <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5023>

Guío, R., & Woolcott, O. (2024, septiembre 04). Confrontación de principios en la

regulación de la maternidad subrogada: Mirada desde la experiencia

comparada y el derecho colombiano. *Revista chilena de derecho y ciencia*

política, 15(1). <https://doi.org/10.7770/rchdcp-v15n1-art400>

López, R. (2019). La gestación por sustitución altruista no elimina el aspecto

contractual de la gestación del así nacido. *Revista Jurídica de Castilla Y León*,

(49), 152.

https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/_/1284892020584/Redaccion

Lozada, A. (2022, marzo). Causa: 1692-12-EP. *Defensoría del Pueblo Ecuador*.

https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J2VzY3JpdG8nLCB1dWlkOic5N2RjMTIzNy11NGVmLTRlZDQyTEyNC1mMjg3NTBlMDRlMmIucGRmJ30=

- Nuño, L. (2023). La interdicción de la mercantilización del cuerpo humano como prius ontológico de la dignidad humana. *ATLÁNTICAS –Revista Internacional de Estudios Feministas*, 8(2). <https://doi.org/10.17979/arief.2023.8.2.9399>
- Patrão Neves, M. (2022). Legal initiative for gestational surrogacy in Portugal: an overview of the legal, regulatory, and ethical issues. *Revista de Bioética y Derecho*, (56). <https://doi.org/10.1344/rbd2022.56.39614>
- Pérez, J. (2024). La pluralidad metodológica de la investigación jurídica y la orientación dimensional de sus tipologías. *Nullius*, 52. <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/revistanullius/article/view/6909>
- Perkumiene, D., & Silva, A. (2021, noviembre 01). Aspectos relevantes de la regulación jurídica de la gestación subrogada en el marco del derecho comparado. *Derecho Global Estudios sobre Derecho y Justicia*, 07(19), 165. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v6i19.430>
- Pietrini, M. (2022, noviembre 09). ¿Es la gestación subrogada comercial moralmente inadmisibile? La objeción de la mercantilización. *Diánoia*, 67(89). <https://doi.org/10.22201/iifs.18704913e.2022.89.1932>
- Reckziegel, J., & Cássia, D. (2024, marzo 04). Gestação por substituição: ordenamento jurídico brasileiro e direito comparado frente ao amparo financeiro à gestante. *Revista chilena de derecho y ciencia política*, 15. <https://dx.doi.org/10.7770/rchdcp-v15n1-art319>
- Romero, C. (2019). Maternidad subrogada: lagunas en el ordenamiento jurídico colombiano. ¿Con qué elementos cuenta el juez para adoptar su decisión? *. *IUSTA*, 189. <https://www.redalyc.org/journal/5603/560360409007/html/>

- Rueda, N. (2023, Julio 31). Antecedentes y perspectivas de la regulación de la gestación subrogada en Colombia: algunos aspectos problemáticos. *Revista De Ciencias Sociales*, (82). <https://doi.org/10.22370/rcs.2023.82.3730>
- Salazar, L. (2020). Investigación Cualitativa: Una respuesta a las Investigaciones Sociales Educativas. *Revista Interdisciplinaria de Humanidades, Educación, Ciencia y Tecnología*, 6(11), 110.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7390995>
- Sentencia 184-18-SEP-CC. (2018, mayo 29). Corte Constitucional del Ecuador (Tatiana, O.S). <https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal/fichaSentencia?numero=184-18-SEP-CC>
- Sentencia T-968/09. (2009, diciembre 18). Corte Constitucional de Colombia (María Victoria, C.C). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-968-09.htm>
- Szygendowska, M. (2021, junio). La gestación por sustitución como una forma de mercantilización del cuerpo femenino. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXIV (1), 89-109. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100089>
- Tamés, R. (2020, enero). Gestación subrogada en México. In *Un diálogo interdisciplinario en torno a los debates contemporáneos*. Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2022-03/8.%20Gestacio%CC%81n%20subrogada%20en%20Me%CC%81xico%20.pdf>

Zurriarán, R. (2019, noviembre 8). La maternidad subrogada: ¿«solidaridad» o «explotación»? *Medicina y Ética*, 30(4), 1253.

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