



CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Molina-Ricaurte, C. J. (2024). Horizontes de la maternidad subrogada en Latinoamérica: Un análisis desde la investigación y la educación jurídica. *Jurídicas*, 21(1), 43-63. <https://doi.org/10.17151/jurid.2024.21.1.3>

Recibido el 16 de mayo de 2023
Aprobado el 23 de octubre de 2023

Horizontes de la maternidad subrogada en Latinoamérica: Un análisis desde la investigación y la educación jurídica*

CARLOS JESÚS MOLINA-RICAURTE**

RESUMEN

El presente estudio se propuso, principalmente, revelar el horizonte de la maternidad subrogada en Latinoamérica alrededor de tres ejes: la investigación, la educación jurídica y la práctica del derecho. La hipótesis principal encontrada fue la necesidad y admisibilidad del acceso de personas homosexuales y parejas del mismo sexo a la maternidad subrogada, desde la investigación, la academia y la profesión jurídica en Latinoamérica. La investigación tuvo un enfoque cuantitativo. El método empleado fue descriptivo. El instrumento utilizado fue una encuesta aplicada a 180 participantes de distintos países de Iberoamérica, seleccionados mediante la técnica de bola de nieve. Se hizo evidente el profundo vacío jurídico en Latinoamérica en relación con la maternidad subrogada; vacío que debe llenarse cuanto antes, realizando, desde la investigación, análisis más pertinentes, generando, a nivel de la educación, un impacto mayor, y llevando a cabo esfuerzos regulatorios, que solo pueden hacerse desde el derecho. El presente

artículo constituye, sin duda, un insumo importante para la estructuración de nuevas propuestas de lege ferenda, la formulación de futuras reformas legislativas y la inclusión de la maternidad subrogada en los planes o programas de salud públicos en los países de la región latinoamericana, pero, sobre todo, para la reflexión académica, ya que es un tema aún por conocer.

Palabras clave: derecho positivo, educación, investigación, homosexuales, maternidad subrogada.

* El manuscrito es derivado del proyecto de investigación "Maternidad subrogada: entre la regulación y la no regulación", financiado por la Universidad Cooperativa de Colombia.

** Abogado. Magíster en Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana. Estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra. Profesor investigador en la Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá, Colombia. E-mail: carlosj.molina@campusucc.edu.co. [Google Scholar](#).
ORCID: 0000-0001-6575-5170.



Horizons of surrogate motherhood in Latin America: an analysis from research and legal education

ABSTRACT

This main objective of this study is to reveal the horizon of surrogacy in Latin America around three axes: research, legal education and the practice of law. The main hypothesis was the need and admissibility of access to surrogacy for homosexual persons and same-sex couples, from research, academia and the legal profession in Latin America. The research had a quantitative approach. The method used was descriptive. The instrument used was a survey applied to 180 participants from different Latin American countries, selected using the snowball technique. The profound legal vacuum in Latin America regarding surrogacy became evident. A vacuum that should be filled as soon as possible, by carrying out, more pertinent analyses from research, generating, a greater impact at the level of education and carrying out regulatory efforts, which can only be done from the Law. This article undoubtedly constitutes an important input for the structuring of new *lege ferenda* proposals, the formulation of future legislative reforms and the inclusion surrogacy in public health plans or programs in the countries of the Latin American region but, above all, for academic reflection, as it is a topic still to be explored.

Keywords: positive law, education, research, homosexuals, surrogacy.

Introducción

La maternidad subrogada (MS) es entendida como el proceso por el cual una persona acuerda gestar un niño por encargo de otra persona o pareja y entregarlo una vez nazca para que aquel o aquellos asuman la paternidad.

Tal vez, ahora resulte relativamente fácil definir la MS, pero inicialmente una de las mayores dificultades que enfrentaron los estudiosos y analistas del tema fue la enorme ambigüedad del concepto de MS, debido a la cantidad de denominaciones que se utilizaban para designar la MS. Así se encontró “maternidad sustituida” y “alquiler de vientre”, por mencionar algunas, haciendo extremadamente problemática su caracterización y tematización en el derecho y otras disciplinas.

Con el nombre de maternidad sustituida se hace referencia a uno de los tipos de la MS, en este caso la maternidad subrogada parcial, donde la mujer gestante, que es quien lleva a cabo el encargo de gestación para otros, no pone su material genético, y, en consecuencia, no tiene ninguna conexión genética con el niño producto de la MS, pero deja por fuera la maternidad total o tradicional (Martínez Muñoz y Rodríguez Yong, 2021, p. 77).

Con el nombre de alquiler de vientre se conoce también a la maternidad subrogada comercial; es decir, aquella modalidad de la MS en la que tiene lugar el pago de una remuneración a la mujer gestante por parte del padre o padres intencionales, que son quienes hacen el encargo del proceso de gestación a la mujer gestante. Sin embargo, deja por fuera la maternidad subrogada altruista, que es aquella en la que no se pacta un pago en contraprestación por el servicio ofrecido por la mujer gestante, ya que esta accede a gestar el niño por encargo y a entregarlo una vez nazca a la persona o pareja que han recurrido a ella sin otro motivo que el deseo desinteresado de ayudar a otro u otros a realizar su proyecto de paternidad (Martínez Muñoz y Rodríguez Yong, 2021, p. 77); esto, sin obstar que la mujer gestante pueda recibir una compensación económica por las molestias ocasionadas durante la gestación y después del parto, pero que no es considerada, propiamente, como un pago (Feldman, 2018, p. 15).

A pesar de la relativa novedad del tema de la MS y lo reciente que ha sido abordado por la academia, se ha escrito una cantidad importante de literatura en diversos idiomas, especialmente español, inglés e italiano. La superación del problema de ambigüedad semántica de la MS, ha permitido depurar una completa y elaborada teoría que permite, hoy en día, definir sin más contratiempos la MS. En la actualidad, los problemas que acusa el derecho en relación con la MS son más de orden sistemático y axiológico que lingüístico, demandando soluciones que apuntan a componer o recomponer el derecho positivo vigente.

Si bien hay estudios que ponen a disposición una revisión bibliográfica bastante completa sobre MS, resultando útil para quien se acerca por primera vez al

tema, hay otros estudios que hacen uso de técnicas de investigación distintas a la documental, que permiten hacer otro tipo de aproximaciones al fenómeno, por ejemplo, a través de instrumentos estandarizados, como encuestas y estadísticas, que hacen posible acercarse aún más a la realidad, o recurren a la narración, con la finalidad de profundizar más en los detalles que hacen parte de la experiencia particular de los actores involucrados, lo que hace de la MS una realidad cada vez más rica y fecunda para la investigación.

El presente estudio se centra en aspectos novedosos de la MS, haciendo preciso recolectar la información de primera mano y dejar de lado, o mejor en segundo plano, las fuentes bibliográficas. Al hacerse uso de la encuesta, se pueden captar fácilmente las características, conocimientos y percepciones que pertenecen a los participantes, pero también detectar tendencias e inclinaciones que subyacen a todos los participantes, para poder generalizar al grado máximo estas tendencias e inclinaciones y predecir posibles consecuencias.

El presente estudio se propuso, principalmente, develar el horizonte de la MS a en Latinoamérica alrededor de tres ejes: la investigación, la educación jurídica y la práctica del derecho. Sin embargo, no puede negarse el posicionamiento que ha tenido el tema de la MS en Colombia, en tiempo reciente, gracias a tres pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Sentencia T-275 de 2022, sobre licencia de paternidad en caso de MS; la Sentencia T-127 de 2024, sobre los efectos en el registro civil de los niños concebidos mediante este método y nacidos en territorio colombiano a fin de que no se registre como madre biológica a la mujer que presta su vientre, y la Sentencia T-232 de 2024, acerca del alcance de esta técnica humana de reproducción asistida, teniendo en cuenta el interés superior de los niños y las niñas, la prevención del riesgo de apatridia, el derecho a la nacionalidad y a la identidad personal. Así también, han sido presentados dos proyectos de ley, el Proyecto 334 de 2023, presentado por el H. R. Jorge Alejandro Ocampo Giraldo, y el Proyecto 345 de 2023, presentado por el ministro de Justicia y del Derecho y la ministra de Salud y Protección Social, aunque, evidentemente, sin ningún éxito; por lo que se ha reiterado el llamado de la Corte Constitucional al Congreso de la República a legislar sobre la materia.

La hipótesis principal encontrada es la necesidad y admisibilidad del acceso de personas homosexuales y parejas del mismo sexo a la MS, desde la investigación, la academia y la profesión jurídica en Latinoamérica.

Este artículo constituye, sin duda, un insumo importante para la estructuración de nuevas propuestas de *lege ferenda* (Courtis, 2006, pp. 125-127), la formulación de futuras reformas legislativas y la inclusión de la MS en los planes o programas de salud públicos en los países de la región latinoamericana, pero, sobre todo, para la reflexión académica, ya que es un tema aún por conocer.

Materiales y métodos

El diseño metodológico que sustenta esta investigación tiene un enfoque cuantitativo, el método empleado es descriptivo. El instrumento utilizado fue una encuesta aplicada a 180 participantes de distintos países de Iberoamérica, seleccionados mediante la técnica de bola de nieve.

Los participantes se escogieron de distintos niveles de educación, aunque para responder el cuestionario se hizo necesario que las personas tuvieran un conocimiento general de la MS y cierto grado de conocimiento en el derecho. Se seleccionaron estudiantes de nivel avanzado de estudios de la carrera de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Bogotá; se escogieron también abogados del nivel profesional y posgradual con filiación institucional a la Universidad Cooperativa de Colombia y fuera de esta, por último, se incluyeron personas pertenecientes a distintas disciplinas del nivel profesional y posgradual vinculadas laboralmente a la Universidad Cooperativa de Colombia, pero también fuera de esta.

La encuesta se realizó a partir de un cuestionario formado por 20 preguntas, que tuvo por objetivos: caracterizar a los participantes, a partir del nivel educativo, la profesión u oficio, la región de residencia, la ideología religiosa y fuentes de información conocidas, dando varias opciones de respuesta; así mismo, medir, de manera objetiva, el conocimiento de los participantes sobre el marco legal y jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y la MS, la cobertura de tratamientos de fertilidad, TRHA y MS, en sus países de residencia, el estatus legal de las uniones de parejas del mismo sexo y la adopción por parte de personas homosexuales y parejas del mismo sexo en sus países de residencia, y su experiencia personal de algún caso cercano, dando solo dos opciones de respuesta: "Sí" y "No"; y recoger sus percepciones sobre la dependencia/independencia en relación con la MS, también sobre el tipo de regulación que debería acompañar a la MS, además, si la mujer gestante y terceros deberían percibir algún tipo de beneficio económico derivado de la MS, y, por último, si debería permitirse el acceso de personas homosexuales y parejas del mismo sexo a la MS, dando un número limitado de opciones de respuesta; en algunos casos varias, en otros, solo las opciones de respuesta "Sí" y "No". Una de las preguntas, la n.º 6, se construyó con un propósito estrictamente ilustrativo, a partir de una definición de la MS, a la que se le asignó la función de unificar el nivel de información de todos los participantes.

Para facilitar la aplicación de la encuesta y la recolección de la información se utilizó la herramienta Microsoft Forms, igualmente, para hacer la exportación de datos a tabla de Excel y obtener un análisis de los datos. El instrumento fue validado por expertos.

Se envió el enlace del cuestionario a los participantes por medio de correo electrónico en el mes de octubre de 2021, el cual fue compartido también por redes sociales, y estuvo habilitado durante los meses de octubre y noviembre para

su diligenciamiento y envío. Todos los participantes pasaron por un proceso de anonimización para la publicación de los resultados del estudio.

Resultados

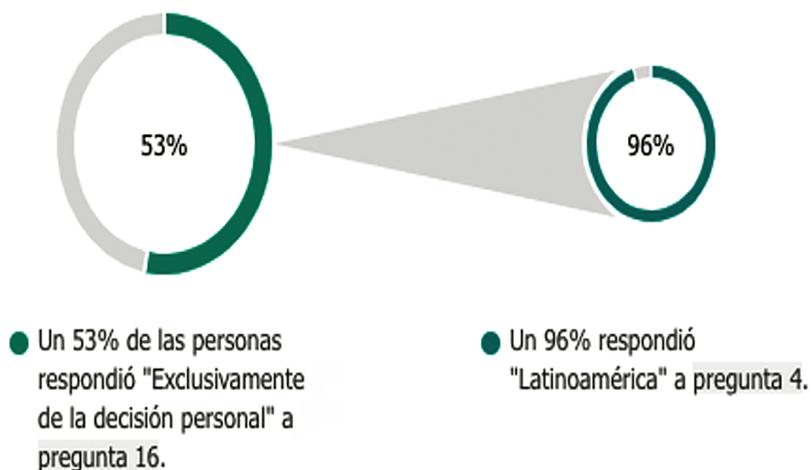
La encuesta fue aplicada a 180 participantes con distintos niveles de formación: 25 % (45) de ellos, con nivel de estudios secundarios (estudiantes de la carrera de Derecho); 25 % (45), del nivel profesional, y 50 % (90), con nivel de estudios de posgrado. Se interrogó a estos también por su ideología religiosa (P5), a lo que 39 % (70) de los participantes respondió que eran creyentes practicantes; 39 % (70), creyentes no practicantes; 8 % (14), agnósticos; 7 % (13), no creyentes, y 7 % (13), ateos.

Se preguntó a los interrogados sobre su región de residencia (P4): 92 % respondió que su región de residencia era "Latinoamérica"; y, el restante, "Europa Occidental". Por consiguiente, el análisis que sigue destacará los resultados que relievan este factor.

El 53 % de las personas respondió a la pregunta sobre la dependencia/independencia en relación con la MS (P16) que esta dependía "Exclusivamente de la decisión personal"; la mayoría de estas (96 %) respondió que residía en "Latinoamérica" (P4) (Figura 1).

Las demás opciones de respuesta a la pregunta sobre la dependencia/independencia de la MS fueron: "Regulación de cada país", "Convención internacional" y "Otros". La segunda opción de respuesta con votación más alta fue la de "Regulación de cada país", con 33 % (59) (Figura 2).

Figura 1. Perspectiva P16



Fuente: Microsoft Forms

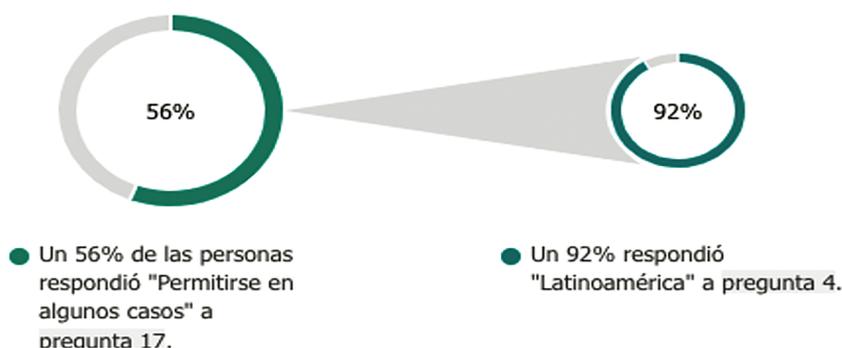
56 % de los encuestados respondió a la pregunta “¿Considera que la MS debe (...)?” (P17) “Permitirse en algunos casos”; la mayoría (92 %) respondió que residía en “Latinoamérica” (P4) (Figura 3).

Figura 2. Análisis resultados P16



Fuente: Microsoft Forms

Figura 3. Perspectiva P17



Fuente: Microsoft Forms

Las demás opciones de respuesta a la pregunta “¿Considera que la MS debe (...)?” (P17) fueron “Permitirse en cualquier caso” y “Prohibirse”. La siguiente opción de respuesta que tuvo mayor incidencia fue la de “Permitirse en cualquier caso”, con 37 % (67) (Figura 4).

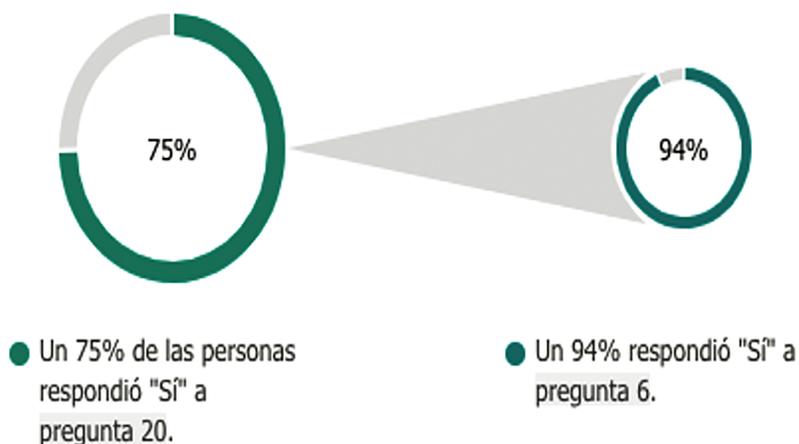
Figura 4. Análisis resultados P17



Fuente: Microsoft Forms

75 % de los interrogados respondió que “Sí” a la pregunta si debía permitirse, a personas homosexuales y parejas del mismo sexo, tener acceso a la MS (P20); la mayoría (92 %) respondió que residía en “Latinoamérica” (P4) (Figura 5).

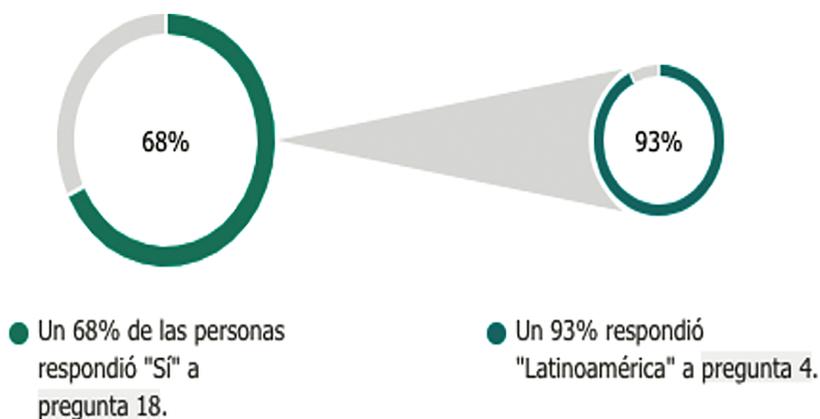
Figura 5. Perspectiva P20



Fuente: Microsoft Forms

El 68 % de las personas preguntadas respondió que “Sí” a la pregunta si debía reconocerse a la mujer gestante algún beneficio económico derivado de la MS (P18); la mayoría de estas personas (93 %) respondió que residía en “Latinoamérica” (P4) (Figura 6).

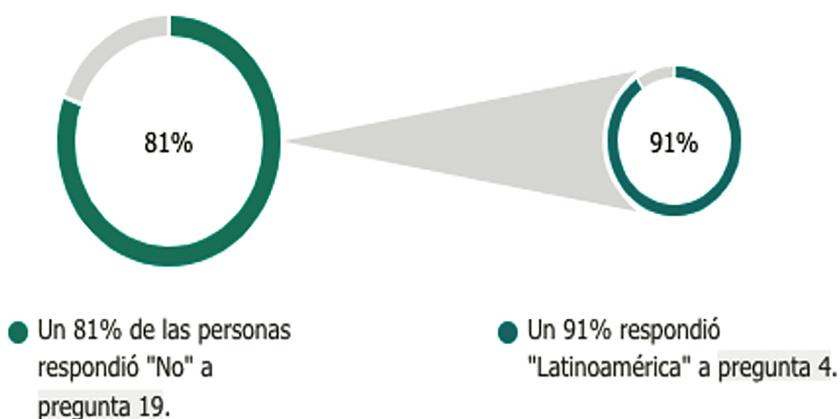
Figura 6. Perspectiva P18



Fuente: Microsoft Forms

81 % de los encuestados respondió que "No" a la pregunta sobre si terceros debían obtener algún beneficio económico proveniente de la MS (P19). Hay que decir que la mayoría (91 %) respondió "Latinoamérica" a la pregunta sobre la región de residencia (P4) (Figura 7).

Figura 7. Perspectiva P19



Fuente: Microsoft Forms

Se preguntó, en la encuesta, si debía permitirse a las personas homosexuales y parejas del mismo sexo acceder a la MS (P20): 74 % (134) respondió que "Sí" (Figura 8).

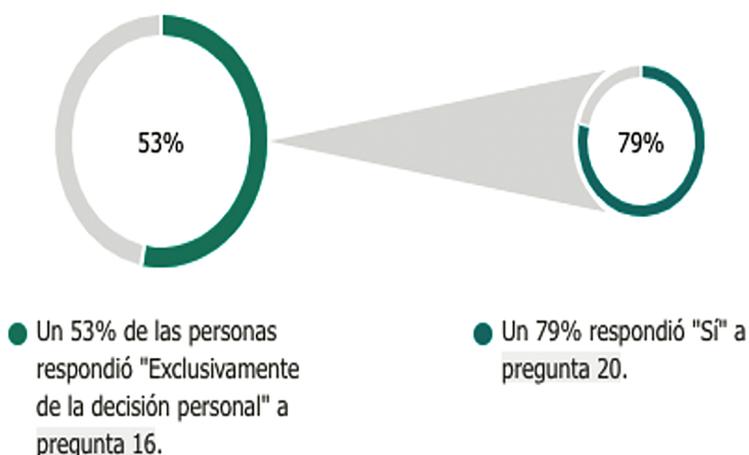
Figura 8. Análisis resultados P20



Fuente: Microsoft Forms

Al preguntar sobre la dependencia/independencia en relación con la MS (P16), 53 % de las personas respondieron que la MS dependía "Exclusivamente de la decisión personal". Debe añadirse que la mayoría (79 %) respondió que "Sí" debía permitirse a las personas homosexuales y parejas del mismo sexo acceder a la MS (P20) (Figura 9).

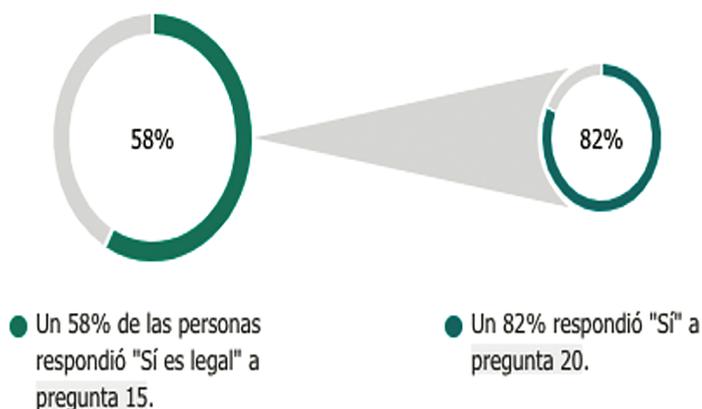
Figura 9. Perspectiva P16



Fuente: Microsoft Forms

Por otro lado, al preguntar a los encuestados si sabían que era legal la adopción por parte de personas homosexuales y parejas del mismo sexo en sus países de residencia (P15), 58 % de las personas respondió que "Sí es legal"; la mayoría (82 %) respondió que "Sí" debía permitirse a las personas homosexuales y parejas del mismo sexo acceder a la MS (P20) (Figura 10).

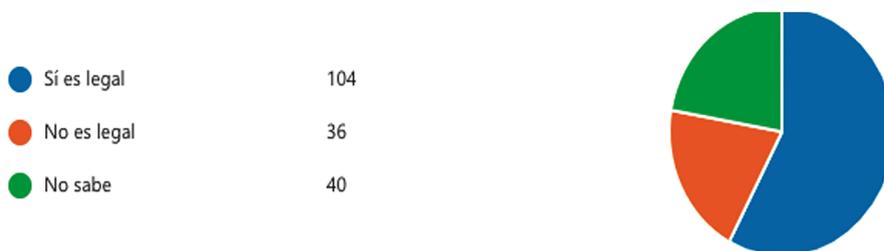
Figura 10. Perspectiva P15



Fuente: Microsoft Forms

Llama la atención que un porcentaje del 22 % (40) respondió "No sabe" a la pregunta acerca de la legalidad de la adopción por parte de personas homosexuales y parejas del mismo sexo en sus países de residencia (P15) (Figura 11).

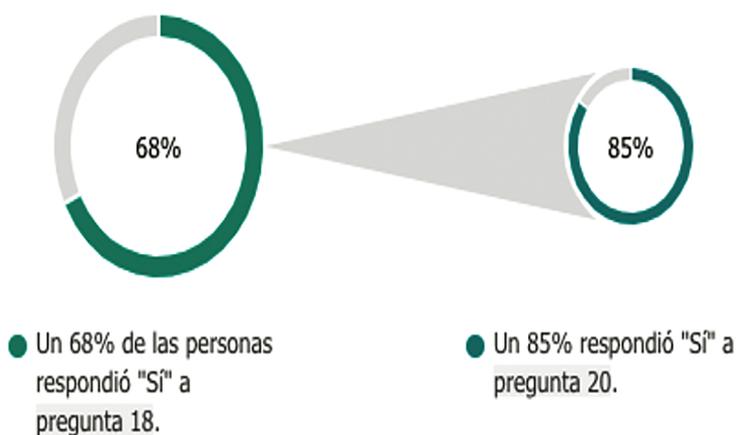
Figura 11. Análisis resultados P14



Fuente: Microsoft Forms

El 68 % de los encuestados respondió que la mujer gestante “Sí” debía recibir algún beneficio económico producto de la MS (P18). Hay que decir que la mayoría (85%) respondió que debía permitirse también el acceso de personas homosexuales y parejas del mismo sexo a la MS (P20) (Figura 12).

Figura 12. Perspectiva P18



Fuente: Microsoft Forms

El 81% de las personas encuestadas (145) respondió que “No” estaba de acuerdo con que terceros se lucran de la MS (P19) (Figura 13).

Figura 13. Análisis resultados P19



Fuente: Microsoft Forms

El estudio reveló, en general, es decir, tanto para los encuestados que residen en Latinoamérica como para los que residen en Europa Occidental, que el marco legal y jurídico de las TRHA (P10) y MS (P9) resulta poco conocido en sus países de residencia: un 59 % de los encuestados respondió no conocer el marco legal y jurídico de las TRHA; el 62 %, que no conocía el marco legal y jurídico de la MS en sus países de residencia. A eso se suma que el 43 % respondió que desconocía si había cobertura para tratamientos de fertilidad (P13); el 51 % si había cobertura para TRHA (P12), y el 53 % si había cobertura para MS (P11), en los planes o programas de salud públicos en sus países de residencia. Contrario a esto, a la pregunta sobre el estatus legal de las uniones de parejas del mismo sexo (P14) así como de la adopción por parte de personas homosexuales o parejas del mismo sexo en los países de residencia (P15), los participantes respondieron conocerlo en ambos casos: así, el 92 % de los encuestados respondió conocer el estatus legal de las uniones de parejas del mismo sexo en sus países de residencia, independientemente que fuera legal o no, y el 78 % respondió también conocer la condición jurídica de la adopción por parte de personas homosexuales o parejas del mismo sexo en sus países de residencia, fueran legales o no.

Discusión

Lo primero a destacar, en los resultados de la encuesta, es que la mayoría de los participantes respondió que residía en “Latinoamérica”, a pesar de que la encuesta fue aplicada a la región de Iberoamérica. También sobresale la postura favorable hacia los derechos de personas homosexuales y parejas del mismo sexo, tendencia que se percibe a modo general. Lo siguiente a resaltar es la favorabilidad a que las mujeres gestantes puedan obtener algún beneficio económico de la MS. Esta tendencia estuvo acompañada del apoyo mayoritario de los participantes al acceso de personas homosexuales y parejas del mismo sexo a la MS. Se destaca

también el rechazo generalizado a que terceros (por ejemplo, agencias) obtengan un posible beneficio económico producto de la MS. Lo último a resaltar, y que resulta realmente llamativo, es el hecho de que es poco conocido el marco legal y jurídico de las TRHA y MS, lo que representa grandes retos para lograr el acceso de personas homosexuales y parejas del mismo sexo a la MS.

A modo general, hay que decir que, en la región de América Latina, no se conocen todavía estudios que compartan las mismas características con el presente estudio, por lo que no es posible comparar o contrastar los resultados obtenidos. De hecho, la producción académica e investigativa se orienta, más bien, a la realización de revisiones bibliográficas.

Sin embargo, en otras regiones geográficas, como Australia, la región escandinava de Europa y Norteamérica se han adelantado estudios muy interesantes, los cuales valdría la pena replicar en Latinoamérica. Ahora bien, la mayoría de estudios se ha centrado, por ejemplo, en examinar el proceso de toma de decisiones reproductivas en hombres homosexuales y su interacción con múltiples factores (Lindheim *et al.*, 2019; Smietana, 2019); en acercar más las experiencias de quienes han viajado al extranjero para acceder a tratamientos de fertilidad y MS a los profesionales, legisladores y formuladores de políticas públicas a nivel interno (Carone *et al.*, 2017; Jackson *et al.*, 2017); o en describir los requisitos de cobertura, alcance de esta y exenciones para diagnósticos y tratamientos de infertilidad (Kawwass *et al.*, 2021), pero haciendo siempre una aproximación desde las partes involucradas; es decir, mujeres gestantes y padres intencionales. El presente estudio recoge opiniones de terceros sin interés directo en la MS, con conocimientos generales sobre el tema, en su mayoría con conocimientos en derecho, lo que proporciona una nueva perspectiva.

En relación con la MS, se encontraron posiciones muy distintas alrededor del globo. Algunos países solo admiten la MS de tipo altruista, como es el caso de Australia (donde es legal la MS altruista en todas las jurisdicciones, excepto en el Territorio del Norte), Canadá, Dinamarca, India (restringida a los nacionales indios residentes en el país), Países Bajos, Reino Unido (UK) y Sudáfrica (limitada para residentes). Hay países que admiten ambos tipos de MS; es decir, tanto la altruista como la comercial, es el caso de Grecia (aunque solo permite la MS a parejas heterosexuales o mujeres solteras), Israel (restringida a sus ciudadanos), Rusia, Tailandia (limitada a parejas heterosexuales y a nacionales) y Ucrania. En Estados Unidos (EE. UU.), no existe una ley federal que rija la MS en todo el país; las regulaciones varían a nivel estatal. Otros países no tienen todavía ninguna legislación, y, aun así, admiten la MS en su modalidad altruista, como es el caso de Bélgica, Brasil y República Checa; otros, incluso, admiten la MS altruista, pero al no contemplar ninguna prohibición expresa de la MS de tipo comercial, terminan admitiendo ambas modalidades, es el caso de Argentina, Colombia y Nigeria. Por último, hay países donde la MS está prohibida en todas sus modalidades, como ocurre en

Alemania, España, Francia, Italia, Lituania y Portugal. En Francia, por ejemplo, han tenido que reconocer la filiación de niños nacidos a través de MS internacional o transfronteriza que han demandado al Estado francés ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para su efectivo reconocimiento. Paradójicamente, en la República Popular China, a pesar de que la MS es ilegal, su práctica se encuentra ampliamente extendida y resulta tolerada (Cheney 2022; Fenton-Glynn & Scherpe, 2019; Molina-Ricaurte, 2021; Piersanti *et al.*, 2021; Salama *et al.*, 2018; Torres *et al.*, 2019; Trimmings & Beaumont, 2016).

Puede encontrarse también una opción intermedia entre la MS altruista y la comercial en países como Dinamarca, India, Sudáfrica y UK, donde, por ejemplo, admiten la MS altruista con reconocimiento de una compensación (no remuneración) a la mujer gestante (Piersanti *et al.*, 2021, pp. 7-8).

En cuanto a las agencias especializadas en MS, estas brindan servicios, como mantener bases de datos de mujeres gestantes potenciales, ofrecer incentivos, facilitar contratos, proveer apoyo para la realización de pruebas de embarazo, brindar asesoría legal, hacer preparativos para el nacimiento, proveer servicios de consejería y facilitar el proceso de pago, a las mujeres gestantes, por los servicios prestados. Estas agencias permiten que los profesionales (en este caso, el personal sanitario que interviene en el procedimiento) se puedan desentender de los asuntos financieros, administrativos y legales de la MS (Joseph *et al.*, 2018, p. 21). Las agencias funcionan de manera altruista, están asociadas a clínicas de fertilidad, o hacen cobro de honorarios (Russell, 2018, pp. 132-33). Sin desconocer que, en el pasado, las agencias incurrieron en distintas formas de abuso de las mujeres gestantes a través de la privación de la libertad, como la reclusión en albergues especiales durante el embarazo, control de la alimentación y limitación de visitas familiares (Shalev *et al.*, 2016, pp. 5-6).

Las agencias pueden, independientemente de percibir algún beneficio económico o no, ayudar a evitar que las mujeres gestantes sean explotadas (Russell, 2018, p. 134); sin embargo, varios opinan que las agencias intermediarias con carácter comercial deberían prohibirse y reemplazarse por organizaciones sin fines de lucro con capacidad para brindar asesoramiento profesional, similar al modelo de la Convención de La Haya sobre Adopción Internacional de 1993 (Shalev *et al.*, 2016, p. 9). La Ley de UK, por ejemplo, tipificó como delito cualquier intento por parte de terceros de iniciar, participar, publicitar o facilitar pagos por servicios de MS (Surrogacy Arrangements Act, 1985).

La opinión sobre la MS comercial no resulta para nada pacífica, pues quienes se oponen a ella, si bien advierten el riesgo de que la MS puede convertirse en una nueva forma de explotación y dominación de las mujeres gestantes, refuerzan la postura paternalista que sostiene que son víctimas, que su autonomía se encuentra restringida, y que no están en condiciones de tomar decisiones que se correspondan con sus planes de vida y promover sus intereses. Por otro lado, quienes están a favor, sostienen que la MS comercial puede liberar el embarazo de su naturaleza excepcional y de la

importancia especial del embarazo en las mujeres, relevándolas del papel tradicional e histórico de la maternidad (Del Savio & Cavaliere, 2016, pp. 89, 91). No hace falta quien considere injusto que las mujeres gestantes no reciban algún tipo de beneficio económico, mientras que los profesionales que participan en el proceso, entre ellos médicos, consejeros y abogados, sí lo están recibiendo (Jackson *et al.*, 2017, p. 30).

Los cambios en la legislación, necesariamente, deben acompañar el reconocimiento de la diversidad familiar por parte de los gobiernos y otras entidades, incluidas las agencias y clínicas de fertilidad (Pralat, 2021, p. 280). Precisamente, no puede estudiarse la MS al margen de temas como los derechos de las personas homosexuales y parejas del mismo sexo y los avances legislativos y jurídicos que se han dado a nivel de región sobre la materia (Campana & Vaggione, 2021; Torres *et al.*, 2019).

Conclusiones

En Latinoamérica, se evidencian posturas más bien permisivas hacia la MS, que van desde la de permitir la MS en cualquier caso a la de permitir la MS en algunos casos. Así como la mayoría son posturas permisivas hacia la MS, también hay una mayor inclinación a que las personas homosexuales y parejas del mismo sexo obtengan acceso a la MS y que las mujeres gestantes deriven algún beneficio económico de la MS; sin embargo, estas mismas se cierran ostensiblemente a la posibilidad de que terceros reciban beneficios económicos a partir de la MS.

La mayoría está de acuerdo con que las personas homosexuales y parejas del mismo sexo accedan a la MS. Hay la misma aceptación a que la mujer gestante obtenga algún beneficio económico de la MS. Quienes están de acuerdo que debe permitírseles a las personas homosexuales y las parejas del mismo sexo acceder a la MS, consideran que las mujeres gestantes deben recibir un beneficio económico. Esto se explica, en buena parte, porque la opinión predominante es que la MS sea un asunto que quede reservado exclusivamente a la decisión personal, confirmando cierta importancia a la autonomía personal, concretamente, a la libertad contractual.

La literatura especializada y el conocimiento en derecho pueden, en alguna forma, ayudar a justificar el acceso de personas homosexuales y parejas del mismo sexo a la MS. En los países donde es legal la adopción por parte de personas homosexuales y parejas del mismo sexo, es visto el acceso a la MS como otra posible opción para satisfacer el deseo de la paternidad, máxime cuando quiere tenerse una conexión genética con el hijo. Una alternativa puede ser a través de planes y programas de salud públicos en los países. La paternidad y, por ende, el recurso a la MS depende, en buena medida, de la decisión personal; sin embargo, ello no es tan simple para las personas homosexuales y parejas del mismo sexo. El que las personas homosexuales y parejas del mismo sexo puedan acceder a la MS, con más razón si pueden hacerlo a través de

planes y programas de salud públicos, constituye una forma de darle efectividad a dicha decisión personal.

Ahora bien, el acceso a tratamientos para la fertilidad, TRHA y la MS a través de planes y programas de salud públicos, especialmente de las personas homosexuales y parejas del mismo sexo, permitiría excluir la posibilidad de que terceros puedan obtener algún beneficio económico producto de la MS, trayendo este último como un beneficio adicional.

El hecho de que un tercero obtenga algún beneficio económico derivado de la MS resulta reprochable, tal vez porque esto puede favorecer, de alguna manera, a reforzar una posición de abuso en la relación contractual que vaya en perjuicio y detrimento de la mujer gestante, esto por un lado; por otro, resulta muy difícil probar la existencia de un ánimo que no sea el de lucro en un tercero, cuando lo que se revela, a todas veras, es un evidente ánimo de lucro presente en cualquier transacción comercial; empero, no hay nada concluyente en este estudio que permita relacionar ambas apreciaciones con la postura prohibicionista en referencia a la obtención de un beneficio económico por parte de un tercero derivado de la MS.

Lo cierto es que cualquier intento de regulación de la MS debería enfocarse en la prohibición a terceros a obtener beneficios económicos de la MS. El estudio revela que la principal razón para prohibir la MS (aunque si bien no es la única) es que terceros puedan sacar beneficios económicos de esta. Lo recomendable es que la regulación de la MS incluya la prohibición expresa a terceros a obtener un beneficio económico producto de la MS, sin obstar que la intervención de estos en la relación contractual pueda hacerse sin ánimo de lucro, esto es, de manera altruista.

A pesar de que se interrogó a los participantes sobre su ideología religiosa, este estudio no reveló mayor cosa, ya que solo fueron las personas no creyentes las que marcaron cierta tendencia, por ejemplo, a aceptar que las personas homosexuales y las parejas del mismo sexo pudieran tener acceso a la MS o que la mujer gestante pudiera obtener algún beneficio económico de la MS, pero las personas creyentes no mostraron ninguna tendencia en específico, por lo cual, tal vez valdría la pena retomar el tema en estudios posteriores.

Por otro lado, si bien no se incluyó, en el instrumento de medición, la variable de género ni tampoco se tuvo en cuenta para el análisis de los resultados, la encuesta reveló hallazgos interesantes, por ejemplo, que al menos el 64 % de los participantes pertenecía al género femenino, pero solo fue posible establecer este dato a partir de la clasificación por nombres, lo que no lo hace tan confiable y preciso, por lo que se recomendaría, en próximas oportunidades, abordar esta categoría en específico.

Aun cuando se encontró que las personas con nivel educativo posgradual tuvieron noticia de la MS, por primera vez, gracias a *mass media*, y, en síntesis, de modo

autodidacta, no fue posible discriminar el tipo o calidad de la información recibida, lo que impidió llegar a algo concluyente al respecto. Sin embargo, fue posible establecer que el nivel educativo podía influir, de alguna manera, en la aceptación o rechazo a la idea de que terceros puedan obtener beneficios económicos a partir de la MS. Así mismo, se pudo establecer que el conocimiento jurídico, de manera particular, puede llevar a rechazar la idea de que terceros obtengan beneficios económicos de la MS.

Se evidenciaron grandes fallas en el conocimiento del marco jurídico y legal de las TRHA y la MS, como de la cobertura de los tratamientos de fertilidad, las TRHA y la MS en los planes y programas de salud en Latinoamérica, además que se conocen pocos casos cercanos de MS que sirvan de referencia, lo que se traduce en un problema de educación. Serían las facultades de Derecho las más indicadas para subsanar dichas falencias impactando sus currículos o planes de estudio, pero también organizando jornadas de actualización y abriendo espacios de extensión a la comunidad.

Son un hecho innegable los problemas de orden sistemático y axiológico que hoy enfrenta el derecho en torno al tema de la MS, demandando con urgencia componer o recomponer el derecho positivo vigente. Si ya se reconoce el derecho de parejas del mismo sexo a formalizar uniones civiles y a adoptar para formar una familia, no se encuentran razones que puedan justificar impedirles tener un hijo a través de la MS, por lo que debería legislarse sobre el tema. De igual forma, no puede admitirse la práctica de la MS sin permitir que las mujeres gestantes obtengan algún beneficio económico fruto de esta, razón por la que debería ponderarse, antes que nada, la autonomía individual.

Ahora bien, la ley debería estipular de manera clara y expresa los derechos, deberes y obligaciones de las partes, y, si no, debería disponer, al menos, la ineficacia de ciertos tipos de cláusulas en los acuerdos de subrogación que vulneren los derechos fundamentales o vicien los acuerdos por objeto ilícito. Así mismo, reglamentar las acciones civiles en caso de presentarse retracto por parte de las madres gestantes.

El Estado, a través de las instituciones correspondientes, estaría obligado a garantizar que las mujeres gestantes reciban un beneficio económico justo por los servicios prestados, y para eso tendría necesariamente que legislar. Por último, al estipular que las mujeres gestantes reciban algún beneficio económico derivado de la MS, estaría obligado a impedir que terceros reciban beneficios económicos producto de la MS. Con esto, se estaría minimizando también el turismo reproductivo.

En todo caso, el Estado estaría obligado a hacer primar los derechos de los niños y el restablecimiento de los mismos a tener una familia y no ser separados de ella y a una filiación.

En cualquiera de los supuestos analizados, debería adoptarse una nueva regulación para resolver tanto los problemas sistemáticos como los axiológicos del derecho respecto a la MS.

Sin duda, hay una deuda acumulada en Latinoamérica frente al tema de la MS, que debe atenderse cuanto antes, comenzando por la realización de análisis cada vez con más pertinencia, desde la investigación, siguiendo con la generación de un impacto mayor, a nivel de la educación, y llevando a cabo esfuerzos regulatorios, que solo pueden hacerse desde el derecho.

El estudio de la MS en el contexto latinoamericano revela importantes desafíos y oportunidades desde la academia, la investigación y la profesión jurídica. En primer lugar, la academia tiene un rol crucial en la formación y sensibilización sobre los aspectos éticos, legales y sociales de la MS. Las facultades de Derecho deben incluir en sus currículos el análisis de casos y legislaciones comparadas, promoviendo un debate informado y crítico entre los futuros profesionales del derecho. Es imperativo que los programas académicos aborden la diversidad familiar y los derechos reproductivos, incluyendo el acceso de personas homosexuales y parejas del mismo sexo a la MS.

Desde la perspectiva de la investigación, este estudio ha puesto en evidencia la falta de datos y análisis específicos sobre la MS en la región. Existe un profundo vacío jurídico que necesita ser abordado con urgencia. Las investigaciones futuras deben centrarse en recopilar datos empíricos que permitan comprender mejor las experiencias y necesidades de todos los actores involucrados, incluidas las madres subrogadas, los padres intencionales y los niños nacidos de estos procesos. La metodología cuantitativa empleada en este estudio, basada en encuestas, ha demostrado ser eficaz para identificar tendencias y percepciones, pero es necesario complementarla con enfoques cualitativos que profundicen en las vivencias individuales.

En el ámbito de la profesión jurídica, los resultados del estudio destacan la necesidad de un marco regulatorio claro y equitativo. Actualmente, la falta de regulación específica sobre la MS en muchos países latinoamericanos genera incertidumbre y desigualdades. Es crucial que los legisladores y profesionales del derecho trabajen en conjunto para desarrollar normativas que garanticen los derechos y protejan a todas las partes involucradas. Esto incluye asegurar que las mujeres gestantes no sean explotadas y que las parejas del mismo sexo puedan acceder a la MS en igualdad de condiciones.

En conclusión, la MS en Latinoamérica requiere una atención integral que involucre a la academia, la investigación y la profesión jurídica. Solo a través de un enfoque multidisciplinario y colaborativo se podrán abordar los vacíos jurídicos existentes y promover una práctica de la MS que sea justa y respetuosa de los derechos humanos. Finalmente, este artículo contribuye a abrir el camino hacia un debate más profundo y a la formulación de propuestas legislativas que respondan a las realidades y necesidades de la región.

Referencias bibliográficas

- Campana, M., & Vaggione, J. M. (2021). *Courts and Same-Sex Marriage in Latin America*. Oxford Research Encyclopedia of Politics. <https://acortar.link/dwN5jl>
- Carone, N., Baiocco, R., & Lingardi, V. (2017). Single fathers by choice using surrogacy: why men decide to have a child as a single parent. *Human reproduction*, 32(9), 1871-1879. <https://doi.org/10.1093/humrep/dex245>
- Congreso de la República. Proyecto 334 de 2023 (1 de febrero de 2023). G n.º 19 de 2023. [P. Jorge Alejandro Ocampo Giraldo]. <https://www.camara.gov.co/maternidad-subrogada-1>
- Congreso de la República. Proyecto 345 de 2023 (24 de febrero de 2023). G n.º 93 de 2023. [P. Ministro de Justicia y del Derecho; Ministra de Salud y Protección Social]. <https://www.camara.gov.co/subrogacion-uterina>
- Corte Constitucional. (1 de agosto de 2022). Sentencia T-275 de 2022. [MP. Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-275-22.htm>
- Corte Constitucional. (18 de abril de 2024). Sentencia T-127 de 2024. [MP. Jorge Enrique Ibáñez Najar]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2024/T-127-24.htm>
- Corte Constitucional. (18 de junio de 2024). Sentencia T-232 de 2024. [MP. Natalia Ángel Cabo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/T-232-24.htm>
- Cheney, K. E. (2022). Discordant Expectations of Global Intimacy: Desire and Inequality in Commercial Surrogacy. *Sociological Research Online*, 27(1), 43-59. <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1360780420984169>
- Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En C. Courtis (ed.), *Observar la Ley. Ensayos sobre la metodología de la investigación dogmática* (pp.105-156). Trotta.
- Del Savio, L., & Cavaliere, G. (2016). The problem with commercial surrogacy. A reflection on reproduction, markets and labour. *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, (2), 73-91. <https://teseo.unitn.it/biolaw/article/view/922>
- Feldman, E. A. (2018). Baby M Turns 30: The Law and Policy of Surrogate Motherhood. *American Journal of Law & Medicine*, 44(1), 7-22. <https://doi.org/10.1177/0098858818763811>
- Fenton-Glynn, C., & Scherpe, J. M. (2019). Surrogacy in a Globalised World. Comparative Analysis and Thoughts on Regulation. In J. M. Scherpe, C. Fenton-Glynn & T. Kaan (eds.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy* (pp. 515-592). Intersentia.
- Jackson, E., Millbank, J., Karpin, I., & Stuhmcke, A. (2017). Learning from Cross-Border Reproduction. *Medical Law Rreview*, 25(1), 23-46. <https://doi.org/10.1093/medlaw/fww045>
- Joseph, R. A., Rafanello, A. M., Morris, C. J., & Fleming, K. F. (2018). Surrogacy: Pathway to Parenthood. *Neonatal Network*, 37(1), 19-23. <https://doi.org/10.1891/0730-0832.37.1.19>
- Kawwass, J. F., Penzias, A. S., & Adashi, E. Y. (2021). Fertility-a human right worthy of mandated insurance coverage: the evolution, limitations, and future of access to care. *Fertility and sterility*, 115(1), 29-42. <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2020.09.155>
- Lindheim, S. R., Madeira, J. L., Ludwin, A., Kemner, E., Preston Parry, J., Sylvestre, G., & Pennings, G. (2019). Societal pressures and procreative preferences for gay fathers successfully pursuing parenthood through IVF and gestational carriers. *Reproductive Biomedicine & Society Online*, 9, 1-10. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/31934649/>
- Martínez Muñoz, K. X. y Rodríguez Yong, C. A. (2021). La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica. *Jurídicas*, 18(1), 74-90. <https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.5>
- Molina-Ricaurte, C. J. (2021). Maternidad subrogada y parejas del mismo sexo: en intersección. En R. Grana (coord.), *Discursos, mujeres y artes. ¿Construyendo o derribando fronteras?* (pp. 2535-2555). Dykinson S. L. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8353797>

- Piersanti, V., Consalvo, F., Signore, F., Del Rio, A., & Zaami, S. (2021). Surrogacy and “Procreative Tourism”. What Does the Future Hold from the Ethical and Legal Perspectives?. *Medicina (Kaunas, Lithuania)*, 57(1), 47. <https://doi.org/10.3390/medicina57010047>
- Pralat, R. (2021). Sexual identities and reproductive orientations: Coming out as wanting (or not wanting) to have children. *Sexualities*, 24 (1-2), 276-294. <https://doi.org/10.1177/1363460720926967>
- Salama, M., Isachenko, V., Isachenko, E., Rahimi, G., Mallmann, P., Westphal, L. M., Inhorn, M. C., & Patrizio, P. (2018). Cross border reproductive care (CBRC): a growing global phenomenon with multidimensional implications (a systematic and critical review). *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 35, 1277-1288. <https://doi.org/10.1007/s10815-018-1181-x>
- Russell, C. (2018). Rights-holders or refugees? Do gay men need reproductive justice?. *Reproductive Biomedicine & Society Online*, 7, 131-140. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/31061902/>
- Shalev, C., Moreno, A., Eyal, H., Leibel, M., Schuz, R., & Eldar-Geva, T. (2016). Ethics and regulation of inter-country medically assisted reproduction: a call for action. *Israel Journal of Health Policy Research*, 5, 1-12. <https://doi.org/10.1186/s13584-016-0117-0>
- Smietana, M. (2019). Procreative consciousness in a global market: gay men’s paths to surrogacy in the USA. *Reproductive Biomedicine & Society Online*, 7, 101-111. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2405661819300048>
- Torres, G., Shapiro, A., & Mackey, T. K. (2019). A review of surrogate motherhood regulation in south American countries: pointing to a need for an international legal framework. *BMC Pregnancy and Childbirth*, 19, 46. <https://doi.org/10.1186/s12884-019-2182-1>
- Trimmings, K., & Beaumont, P. (2016). Parentage and surrogacy in a European perspective. In J. M. Scherpe (ed.), *European Family Law* (volume III, pp. 232-283). Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781785363054>
- UK, Parliament. (16th July 1985). *Surrogacy Arrangements Act 1985*. <https://acortar.link/6HJfQD>