



**DOCUMENTOS DE
INVESTIGACIÓN**
UNIVERSIDAD DE SAN ISIDRO

ISSN 2796-809X

Año VI
MARZO
2026

NÚMERO 25

María Laura Ochoa

**CUESTIONES SOCIO-JURÍDICAS
EN TORNO A LA
PROCREACIÓN HUMANA.
DEL PARADIGMA BIOLOGICISTA
A LA REALIDAD SOCIO-AFECTIVA.**

25

EQUIPO DE TRABAJO

Director

Dr. Davide Ciuna

Consejo Editorial

Enrique Del Percio

Jerónimo Biderman Núñez

Laura Ochoa

Constanza Barbato

Marcos Mutuverría

María Victoria Zarabozo

Héctor Luis Trillo

El contenido de los artículos no refleja la opinión editorial de Documentos de Investigación ni de la Universidad de San Isidro. Por lo tanto, los editores no son responsables de las formas de expresión y usos del lenguaje que utilizan los autores, aunque el Consejo Editorial recomienda atenerse a la normativa del idioma castellano o del portugués, cuando así corresponda.

Documentos de investigación es una publicación de la Universidad de San Isidro "Dr. Plácido Marín".

Dirección: Av. Del Libertador 17.175, Béccar, San Isidro, Provincia de Buenos Aires, Argentina | Código Postal: 1642 | Teléfono: 4732-3030

Correo electrónico: documentosdeinvestigacion@usi.edu.ar

ISSN 2796-809X



CUESTIONES SOCIO-JURÍDICAS EN TORNO A LA PROCREACIÓN HUMANA. DEL PARADIGMA BIOLOGICISTA A LA REALIDAD SOCIO-AFECTIVA ¹

María Laura Ochoa²

Correo electrónico: ochoa@usi.edu.ar

ORCID 0000-0002-9231-7165

¹Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación en curso “Los roles de las profesiones jurídicas y la ética profesional con enfoque en los derechos humanos de la infancia en la gestación por sustitución.” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Administración de la Universidad de San Isidro “Dr. Plácido Marín” (USI). Dirección: Ochoa, M.L. (investigadora y profesora USI) Investigadoras: Julia Bruzzone (investigadora y profesora USI) y Florencia Ancao (investigadora y profesora USI). Investigadoras iniciales: Cecilia Acosta (estudiante Abogacía USI), Bárbara Díaz (estudiante de Abogacía USI) y Camila Núñez (estudiante de Abogacía USI).

² María Laura Ochoa es Doctora en Derecho, Universidad Argentina J F. Kennedy, Magíster en Derecho de los Negocios de la Universidad Adolfo Ibáñez de Santiago de Chile. Abogada, Universidad de Buenos Aires. Profesora e investigadora de la Universidad de San Isidro, Argentina. Vicerrectora Académica de la Universidad de San Isidro. ochoa@usi.edu.ar

Introducción

El avance vertiginoso de las tecnologías de reproducción humana asistida (TRHA) ha inaugurado lo que la doctrina denomina una revolución en el campo de la procreación humana, al permitir, por primera vez en la historia, la separación efectiva entre la procreación humana y la sexualidad. Este fenómeno pone en tensión las estructuras jurídicas tradicionales y exige una revisión de los conceptos fundamentales de parentesco, filiación y dignidad humana.

En este marco, resulta imperativo establecer precisiones terminológicas que rescaten la humanidad del proceso. Mientras que el término *reproducción* sugiere la idea de una copia fiel o un engranaje sistémico, el concepto de *procreación o generación* se vincula directamente con el plan de vida familiar y la libertad individual de cada persona para desarrollarse en unión con otros. Asimismo, el paso del término *maternidad subrogada* al de *gestación por sustitución (GS)* reconoce que la maternidad es una realidad socio-afectiva mucho más extensa que el mero hecho biológico de la matriz o el parto.

El eje central de esta transformación es el surgimiento de la voluntad procreacional como nuevo criterio para determinar la filiación. Este paradigma desafía el milenario principio *mater semper certa est* -la madre siempre es cierta por el parto-, al desplazar el determinismo biológico, tanto genético como gestacional, en favor del deseo y la intención de ejercer el rol parental. Como se analiza en el presente trabajo, esta voluntad se independiza del componente biológico para centrarse en la realidad socio-afectiva y el interés superior del niño.

A lo largo del trabajo, se examinará cómo este concepto ha sido receptado en las legislaciones y la jurisprudencia de América Latina. Desde países que ya integran la voluntad procreacional en sus registros, como Brasil, hasta aquellos que enfrentan vacíos legales complejos o tensiones entre la identidad estática y la dinámica, como Chile, Colombia y Perú. Finalmente, el texto reflexiona sobre la necesidad de regulaciones que, desde un enfoque de derechos humanos, garanticen vínculos basados en el mutuo respeto y consideración de la persona, evitando cualquier forma de instrumentalización o explotación de las personas involucradas.

Algunas distinciones terminológicas. ¿Reproducción o Procreación? ¿Maternidad subrogada o Gestación por sustitución?

Iniciamos este apartado con la propuesta que Enrique Del Percio propone ¿Por qué no hablar mejor de derechos procreacionales o generativos?

Tal como hemos adelantado, llama la atención que se haya generalizado el uso del término “salud reproductiva del individuo” y “derechos reproductivos del individuo” cuando lo que se reproduce es la especie, pero no los individuos. En efecto, si entendemos que reproducir implica re-producir, esto es producir de nuevo, efectuar una copia fiel de un original, es evidente que ningún ser vivo se reproduce en su individualidad. Ninguna cría de ninguna especie es exactamente igual a otra, ni ningún fruto es copia exacta de otro. Menos aún los seres humanos. (Del Precio, 2020, p. 36-37)

Desde un abordaje que coloca en el centro a la persona humana, la perspectiva que trae nuestro autor permite volver a pensar las conceptualizaciones que empleamos al hablar de los derechos reproductivos, conquista de las luchas de los movimientos feministas de la década del '70, que advierten el lugar al que había sido relegada la mujer, mera reproductora de mano de obra para la industria y de soldados para la guerra. El capitalismo de consumo de las últimas décadas del siglo XX trae un nuevo lugar para la mujer, que incorporada al mercado de trabajo contará con el derecho a decidir cuándo ser madre o no serlo. Se resignifica la expresión “derechos reproductivos” de la mujer

Pareciera, en este sentido, que los derechos reproductivos dirían lo que quieren decir: que hemos dejado de lado todo lo que nos diferencia, que, aunque nos creamos muy distintos unos y unas de otros y otras, somos como granitos de arena: si tuvieran consciencia de su propia existencia, también se crearían muy distintos unos de otros, pero son todos muy parecidos, redonditos, amarillitos, aburriditos, intrascendentes, se trate de soldados y operarios otrora o de engranajes en nuestros días. Meras copias, meras reproducciones, meramente el último hombre anunciado por Nietzsche. (Del Precio, 2020, p. 39)

Sin embargo, la idea de la reproducción humana nos relega a las personas humanas y nos mantiene en la posición de ser meros engranajes de un sistema, carentes de toda posibilidad de transformar esa realidad. En este punto, podemos detenernos en el concepto de plan de vida y el derecho a la dignidad humana en un Estado Constitucional de Derecho. Cada persona tiene el derecho y la obligación de desarrollarse a sí mismo como persona y esto involucra la obligación en relación con los demás, de contribuir a su

libre e igual desarrollo. En *Cuerpos aliados y lucha política*, Judith Butler reflexiona acerca de la idea de que una vida vivible es con otros:

Si voy a llevar una buena vida, será una vida en unión con otros; una vida que no es tal sin esos otros; pero no voy a perder el yo que soy; sea lo que sea este yo, se transformará merced a mi conexión con los demás, ya que mi dependencia del otro y mi capacidad de dependencia son algo necesario para vivir; y para vivir en buenas condiciones. (2017, p. 219)

La ciencia y la tecnología acercan nuevos temas a la hora de pensar los derechos vinculados con la procreación. Para Eleonora Lamm, las técnicas de reproducción asistida (TRHA) han generado lo que se conoce como revolución reproductiva, porque estas técnicas han permitido separar la procreación humana de la sexualidad. Como consecuencia, este fenómeno se convierte en el motor de profundas transformaciones sociales y jurídicas, obligando al sistema a adaptarse a nuevas realidades donde los vínculos familiares se definen por la voluntad y la socio-afectividad más allá del determinismo biológico. (Lamm 2018)

La procreación humana asistida a través de las diferentes técnicas que el desarrollo tecnológico habilita, permite diferenciar el fenómeno de la procreación del ejercicio de la sexualidad. Una de las TRHA que en los últimos tiempos ha entrado en el debate jurídico es la gestación por sustitución (GS). La expresión maternidad subrogada es el término con el que se conoció inicialmente a la GS. De acuerdo con las fuentes, el concepto de subrogar -que la Real Academia Española define como la acción de reemplazar o colocar a alguien en el lugar de otro-, se asocia técnicamente a los casos en los que la gestante proporciona su material genético. No obstante, como esta situación es poco habitual en las técnicas contemporáneas, la doctrina prefiere el término sustitución para dejar claro que se está gestando un hijo para terceros que tienen el deseo de ser padres pero no pueden llevar a cabo el embarazo.

Los avances de la tecnología médica han puesto en clave de pregunta la atribución de la maternidad, que ha perdido su lugar de certeza *mater semper certa est*³. La GS trae nuevos desafíos al modelo familiar bio-conyugal, que ha venido definiendo históricamente el lugar que ocupa el cuerpo en la construcción del parentesco: por un lado, el cuerpo que

³ Paulo D. 2,4,5 Paul. lib. IV ad ed.

alumbra convierte a la persona gestante en madre; el esposo o compañero de la persona gestantes se presume padre; los registros de las personas tienen en sus formularios dos categorías a completar, el casillero de los datos del padre y el de la madre (Cadoret, A. 2009). En la GS participan mujeres en tres roles o funciones diferentes:

- la comitente y su vocación procreacional, que toma la iniciativa y decisión con relación al nacimiento,
- la aportante del gameto que puede o no coincidir con la comitente
- la gestante que será la que llevará a cabo el proceso de gestación y el parto, y que puede o no ser además la aportante del gameto

Y ninguna de ellas es la madre que Paulo daba por cierta, ni estamos frente a la forma histórico-clásica de la maternidad, en tanto categoría jurídico-social conocida. La pregunta que surge entonces es cuál de ellas es la madre legal? (Lamm, E. 2018).

Siguiendo a la autora y a las funciones y roles arriba mencionados, la doctrina ha elaborado respuestas tentativas a esta pregunta acerca de la madre legal:

1. Teoría de la contribución genética: la atribución del rol estaría dado por el aporte del gameto/óvulo. Este argumento biologicista parte de la certeza que brinda el aporte genético, habría una verificación científica de la parentalidad en esos casos. Sin embargo, la teoría encuentra sus límites ya que, por ejemplo, pueden existir donantes anónimos. Esta teoría no podría resolver la atribución de la maternidad en estos supuestos. Tampoco sería viable la teoría del aporte genético para los casos de parejas homosexuales, o bien, para parejas heterosexuales en los que alguno de los aportantes no tuviera la posibilidad de hacer el aporte del gameto.
2. Teoría de la preferencia de la gestante: la maternidad es definida a partir de la gestación y con el parto. Este criterio también biológico y verificable científicamente, es valorado por encima del criterio anterior del aportante genético. La razón de esta preeminencia se basa en los nueve meses de gestación y el cuidado y el vínculo que establece la gestante durante ese proceso.
3. Teoría de la intención de maternar: la maternidad sería atribuible a partir del deseo procreacional. Este interés o vocación procreacional ha encontrado en las nuevas tecnologías médicas, posibilidades ampliadas para ejercer el rol parental

deseado. La teoría imprime a esa vocación procreacional un valor por encima de los componentes biológicos: tanto el genético como el gestacional. El vínculo filiatorio se independiza del componente biológico, como ya ocurre con el que se establece por medio de la adopción. El caso *Johnson v. Calvert*⁴ de 1993 emplea este argumento basado en la intención de ejercer el rol materno. El conflicto se sucede entre la aportante genética Crispina Calvert quien, junto con su esposo Mark, encomiendan a la gestante, Anna Johnson, llevar adelante el embarazo y parto del embrión formado por el material genético del matrimonio. La controversia entre la gestante y la madre intencional (que además era la aportante genética) llega a decisión de la Corte Suprema de California. El tribunal resuelve priorizando la intención de procrear y criar, y declara a Crispina Calvert como madre legal.

... un año después, la Corte de Apelaciones de California en el caso *Moschetta* decidió no aplicar la teoría de la intención aplicada en *Johnson*. *Moschetta* era un contrato de GS en el que se recurrió a la GS tradicional, por lo que la comitente carecía de vínculo genético con el nacido. La Corte consideró que en la teoría aplicada en *Johnson* la intención de las partes del contrato es determinante si la madre genética y gestacional no son la misma persona, creando un empate entre las dos madres que los tribunales deben romper. En *Moschetta*, sin embargo, la contribución genética y la gestación coinciden en la misma mujer, por lo que no existe ese «empate» entre las dos madres que deba ser considerado a los efectos de determinar la maternidad. Por esta razón, el tribunal estimó que no era necesario tener en cuenta la intención de las partes y decidió que la madre gestacional y genética era madre legal del niño. *In re Marriage of Moschetta*. 30 Cal. Rptr. 2d 893 (1994). (Lamm, E. 2018, pp. 43-44)

La vocación procreacional

Abramos el concepto de intención o vocación procreacional. Gil Domínguez define la voluntad procreacional “Desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas” (2014, p. 13)

⁴ *Johnson v Calvert*. 5 Cal.4th 84, 19 Cal.Rptr.2d 494, 851 P.2d 776 (cert. denied 510 U.S. 874, 114 S.Ct. 206, 126 L.Ed.2d 163) (Cal. 1993).

La verdad biológica de los vínculos filiatorios, respalda con relativa certeza esas relaciones parentales. Lamm describe algunos casos en los que la ley limita la aplicación de ese determinismo biologicista:

la antigua prohibición de investigación de la maternidad de mujer casada, o las prohibiciones del padre genético de impugnar la paternidad del marido si existe posesión de estado de hijo legítimo, o la de reconocer al hijo extramatrimonial después de la adopción plena, o el establecimiento de un plazo de caducidad a la acción del marido, quien vencidos los plazos fijados por la ley no podrá operar el desplazamiento y tendrá por hijo y heredero a una persona que no es su hijo genético. (2018, p. 49)

Además de estos límites legales al componente biológico (genético y gestacional) para la determinación de la filiación, está la filiación por adopción que tampoco responde al determinismo biológico.

Por su parte, el desarrollo de la tecnología médica en los últimos 40 años en lo referido a TRHA, también rompe con ese predominio del criterio biológico para la constitución de los vínculos familiares. En resumen, las TRHA, al desvincular el proceso de procreación del acto sexual, introducen una distinción fundamental entre los distintos roles que pueden confluir en el nacimiento de un niño: el genético, el biológico gestacional y el voluntario.

En definitiva, las técnicas de reproducción asistida, al permitir la procreación sin necesidad de mantener relaciones sexuales, permiten y provocan la distinción entre paternidad/maternidad voluntaria, paternidad/maternidad biológica, paternidad/maternidad genética, prevaleciendo, como señalaré a continuación, la paternidad/maternidad voluntaria a los efectos de la filiación. (Lamm, E. 2018, p. 50)

El rol parental dissociado del rol de progenitor a partir de las TRHA ha modificado la realidad sociojurídica. La maternidad, la paternidad, la maternidad y paternidad, la comaternidad y la copaternidad son diferentes modos de llevar a cabo la crianza y se encuentran respaldados por el marco constitucional y convencional, basado en un pluralismo sostenido por la intersubjetividad moral (Gil Domínguez, 2015). Se comienza a hablar de la realidad socio-afectiva que vincula padres/madres e hijos/as, de la intención de ser padres/madres, de un interés o voluntad procreacional que es la causa o razón del nacimiento del hijo/a. Nuevas situaciones sociojurídicas requieren de nuevas

regulaciones que, desde un enfoque de derechos humanos, las contengan y viabilicen, resguardando los derechos de las personas involucradas en esas realidades.

La solución más conveniente e igualitaria y lo mejor para el niño es que desde su nacimiento tenga su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de ambos comitentes o del comitente, sin supeditarla a la comprobación de ningún vínculo genético y sin hacer distinciones según éste haya sido o no aportado. (Lamm, E. 2018, p. 56)

Pensar a la persona gestante y al niño nacido de una técnica de GS como un producto, como meros instrumentos o medios, resulta forzado. Los vínculos entre comitentes, gestante, aportantes del material genético y el niño/a nacido/a gracias a la GS son relaciones de mutuo respeto, consideración y gratitud que nada tienen que ver con la explotación (Atienza, M. 2022). Cerramos este apartado con el pensamiento de Stefano Rodotà en Derecho de amor (2019)

Hay que tener presente que los cambios en la ordenación de la familia siempre han constituido el primer paso, el prelude de más amplias reformas del sistema de derecho privado porque, ahí, en el modo de entender y de practicar las relaciones personales, es donde las transformaciones sociales se hacen más inmediatas imponiendo un cambio jurídico gracias a una evidencia que en ningún otro sitio es tan perceptible como aquí. (p.89)

La vocación procreacional en las legislaciones y sentencias de los países de América Latina

Argentina

Argentina, que hasta 2024 presentaba una jurisprudencia de tribunales inferiores muy favorable a la voluntad procreacional, muestra un cambio de rumbo con el fallo de la CSJN en la causa "S., I. N. c/ A., C. L.⁵". El máximo tribunal argentino adoptó una postura de estricta legalidad y sujeción al orden público. La posición mayoritaria de la Corte sostuvo que el artículo 562 del Código Civil y Comercial (CCCN) es categórico: en las TRA, el vínculo filiatorio materno se deriva del parto. Para el tribunal, este texto no es elástico y no permite que la voluntad de las partes desplace el hecho biológico del parto en el registro inicial. Por lo tanto la Corte argentina a diferencia de lo planteado en otros

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), S., I. N. y otro c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación, 22 de octubre de 2024, Fallo FA24000154

sistemas regionales, afirmó que no existe una laguna legal. Sostuvo que el legislador, al sancionar el Código en 2015, decidió deliberadamente suprimir la regulación de la gestación por sustitución que estaba en el anteproyecto original, por lo que el silencio debe interpretarse como una exclusión de la figura del régimen general de TRHA. El tribunal determinó que el derecho a fundar una familia no se ve vulnerado, ya que el sistema ofrece la adopción de integración (prevista en los artículos 630 y siguientes del CCyC), como mecanismo legal para que el progenitor comitente reconozca su vínculo, sin necesidad de impugnar la maternidad de la gestante. Combina las reglas de filiación por técnicas de procreación con los mecanismos de adopción. Según el tribunal, la adopción de integración garantiza la seguridad jurídica al no dejar al niño en una situación de incertidumbre filiatoria irreversible

Sin embargo, la consecuencia primordial de ese instituto es que no produce el desplazamiento del vínculo filiatorio materno -en virtud del artículo 562 del CCCN establece de forma imperativa que la persona que gesta es la madre legal. Por lo tanto, la adopción de integración no borra este vínculo, sino que suma un nuevo lazo filial sin destruir el sistema legal de filiación basado en el parto. Una consecuencia crítica deriva del artículo 558 del CCCN, que establece que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, independientemente de si la fuente es la naturaleza, las técnicas de procreación asistida o la adopción. En el caso de una pareja homoparental, si la gestante permanece como madre en el registro, solo uno de los padres comitentes puede ser reconocido legalmente como el segundo progenitor a través de la adopción de integración. Esto impediría que el niño sea inscripto con la copaternidad de ambos padres comitentes, con la consecuente afectación al principio de no discriminación. Aparecen también consecuencias en los derechos hereditarios. Al ser la madre legal, la gestante y el niño mantienen derechos sucesorios recíprocos. La gestante es heredera forzosa del niño y viceversa. Con relación a la adopción integrativa, los derechos sucesorios operan con igualdad de efectos que los derivados de la filiación biológica o por TRHA (art. 558 CCCN), pero como fue dicho, existe el límite en el derecho argentino un sólo vínculo filiatorio simultaneo. Si el niño es hijo de la gestante y de un padre comitente (por ejemplo, el aportante del material genético), el niño hereda de ambos y viceversa. Quedaría desplazado el vínculo filiatorio nacido del proceso de la adopción integrativa y los derechos sucesorios en ese caso.

Finalmente, la Corte enfatizó que la transformación de las reglas de filiación es una tarea que corresponde exclusivamente al Congreso de la Nación y no a la discrecionalidad de los jueces.

Brasil

En Brasil no existe una ley específica que regule la GS. El Consejo Federal de Medicina ha emitido actos administrativos para orientar el accionar de los profesionales de la salud. La Resolución CFM 2.294/2021, de junio de 2021 fue la primera norma y estableció que la gestación subrogada tiene carácter altruista y no puede tener carácter lucrativo o comercial. Esta norma fue sustituida por la Res. CFM n.º 2.320/2022⁶ que adopta normas éticas para la utilización de técnicas de procreación asistida. En particular, sobre la GS establece que las clínicas, centros o servicios de procreación pueden usar técnicas de reproducción asistida para crear la situación identificada como GS, siempre que exista una condición que impida o contraindique el embarazo. Los requisitos para la GS en Brasil son los siguientes:

1. La cedente temporal del útero debe:

a) Tener al menos un hijo vivo;

b) Pertener a la familia de uno de los miembros de la pareja con parentesco consanguíneo hasta el cuarto grado (primer grado: padres e hijos; segundo grado: abuelos y hermanos; tercer grado: tíos y sobrinos; cuarto grado: primos);

c) En la imposibilidad de cumplir con el punto b, deberá ser solicitada autorización del Consejo Regional de Medicina (CRM).

2. La cesión temporal del útero no puede tener carácter lucrativo o comercial y la clínica de reproducción no puede intermediar en la elección de la cedente.

3. En las clínicas de procreación asistida, deben constar en el historial clínico de la paciente los siguientes documentos y observaciones:

⁶ Publicada en el D.O.U. del 20 de septiembre de 2022, Sección I, pág. 107

- a) Término de consentimiento libre e informado firmado por los pacientes y por la cedente temporal del útero, que contemple aspectos biopsicosociales y riesgos involucrados en el ciclo gravídico-puerperal, así como aspectos legales de la filiación;
- b) Informe médico que certifique la adecuación de la salud física y mental de todos los involucrados;
- c) Compromiso entre el/los paciente/s y la cedente temporal del útero que recibirá el embrión en su útero, estableciendo claramente la cuestión de la filiación del niño;
- d) Compromiso, por parte del/los paciente/s contratante/s de servicios de reproducción asistida, públicos o privados, de ofrecer tratamiento y seguimiento médico, incluso por equipos multidisciplinarios, si es necesario, a la mujer que ceda temporalmente el útero, hasta el puerperio;
- e) Compromiso del registro civil que corresponda al niño, de gestionar durante el embarazo la documentación requerida para una GS;
- f) Aprobación del cónyuge o conviviente, presentada por escrito, si la cedente temporal del útero es casada o vive en unión estable.

Por su parte, el Consejo Nacional de Justicia, (CNJ), órgano que controla la actuación administrativa del Poder Judicial, ha intervenido para normalizar el registro de nacimiento de los niños nacidos por técnicas de procreación asistida, priorizando la voluntad procreacional de los beneficiarios (art. 16 de la Disposición 63/2017⁷). El establecimiento de la paternidad y de la maternidad tendrá en cuenta la cláusula firmada en el momento de la celebración del acuerdo de GS, entre los comitentes y la gestante.

Al respecto, el Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, en un caso del 2020⁸ resolvió que en el campo del formulario del Registro Civil que corresponde a la madre del recién nacido/a, deberá constar el nombre de quien encarga la GS y no el de la gestante.

⁷ 14-11-2017

⁸ Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo, Sala Cuarta de Derecho Privado, Recurso de Apelación 1.010.476-13.2019.8.26.0003, magistrado ponente Natan Zelinschi Arruda, juzgado el 5 de febrero de 2020.

Señaló que la oficina del Registro Civil, en el certificado de nacimiento, registrará la maternidad únicamente a favor de la beneficiaria de la gestación por sustitución, prescindiendo de la información de la parturienta en la declaración de nacido vivo, de acuerdo con la Disposición 63/2017. (Centro de estudios constitucionales de la SCJN 2022, p. 71)

Con relación a la inscripción de nacimientos en el extranjero, “el certificado de nacimiento extranjero servirá como prueba de nacimiento y filiación, incluso si el niño fue concebido por reproducción asistida” (Centro de estudios constitucionales de la SCJN 2022, p. 75)

Chile

El concepto de voluntad procreacional ha sido receptado por la jurisprudencia en Chile, para determinar la filiación y resolver los conflictos de filiación derivados de las técnicas de reproducción humana asistida (TRA), especialmente en casos de gestación por subrogación, ante la ausencia de una regulación legal integral.

Art. 183. La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil.

En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes.⁹

El artículo 182 del CC¹⁰ se refiere a los efectos filiatorios como consecuencia de someterse a la TRA heteróloga (con donación de gametos). Establece que el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de estas técnicas son el hombre y la mujer que se sometieron a ella, independientemente de quién haya aportado los gametos. Esta disposición legal consagra la intención de la pareja de asumir al hijo como propio por encima del vínculo genético, lo que la doctrina ha reconocido como la voluntad procreacional, aunque la ley no use ese término ni le otorgue efectos generales.

⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN)

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>

¹⁰ Art. 182. La filiación del hijo que nazca por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, quedará determinada respecto de las dos personas que se hayan sometido a ellas.

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN)

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>

En el art. 184 de la misma norma está prevista la voluntad procreacional en la determinación de la paternidad dentro del matrimonio: “Art. 184. Tratándose de cónyuges de distinto sexo, se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges.”¹¹

La doctrina en Chile es contraria a la aplicación de la adopción de un niño nacido de GS, consideran que se trata de una manipulación de este instituto para lograr objetivos y fines ajenos a aquél.

La adopción es una medida de protección establecida en favor de niños que existen y que requieren de una familia "sustituta"; no tiene por objeto satisfacer los deseos, por muy loables que sean, de quienes no puedan o no quieran gestar por sí. (cita de Daniela Jarufe en (Centro de estudios constitucionales de la SCJN 2022, pp. 108)

El 8 de enero del 2018 se produce la primera sentencia¹² por demanda filiatoria a partir de una GS en Chile. En los hechos del caso, la comitente demanda la impugnación y reclamación de maternidad respecto de su madre (abuela del niño), que fue la gestante que dio a luz a los embriones formados a partir del material genético provisto por su hija y el esposo de la hija (el padre comitente). En el considerando 7 de la sentencia, al referirse el Tribunal al derecho procreacional:

correspondería tanto a la mujer con capacidad de gestación como aquella que no tiene capacidad, asimismo corresponde al hombre que tiene capacidad para fecundar, como al que no la tiene, en virtud de los derechos de igualdad y libertad que consagra nuestra Carta Fundamental, así su ejercicio no se vería limitado por la formas de concepción natural, sino que también incluirían las técnicas de reproducción asistidas, y dentro de estas, la maternidad gestacional subrogada, habiendo, por tanto, la demandante, ejercido dicho derecho al recurrir junto a su pareja a dicha técnica, atendida la incapacidad biológica a ser madre, y su voluntad de serlo.(C. P.CH. A. contra A.V.A.C. (2018): Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 8 de enero de 2018)

¹¹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN)

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>

¹² C. P.CH. A. contra A.V.A.C. (2018): Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 8 de enero de 2018

Otro argumento empleado en la sentencia es el derecho a la identidad. El tribunal sostiene la existencia de una identidad estática y una dinámica: la primera es una identidad biológico-genética, la segunda es la derivada de la relación socio-afectiva.

... las niñas genéticamente, afectivamente y socialmente son hijas de la demandante [...], es decir, la verdad biológica y social dan cuenta de éste vínculo, que no es más que un vínculo de filiación. (Considerando 8° de la sentencia)

Colombia

A pesar de la primacía del vínculo genético, en Colombia existe acuerdo doctrinal sobre la necesidad de una normativa integral que incorpore el reconocimiento de la voluntad procreacional para la determinación de la filiación. Quienes defienden la validez de los acuerdos de GS apelan a enfoques de protección de derechos, como la autonomía privada y la inexistencia de normas prohibitivas, y reclaman el reconocimiento de la voluntad procreacional.

La jurisprudencia colombiana sobre GS a partir de las dos primeras sentencias de la Corte Constitucional, aborda los conflictos de filiación sin un pronunciamiento de fondo sobre la figura legal:

- En el caso T-968 de 2009 (Gestante con material genético): En un caso en el que la gestante (quien también aportó su material genético) se arrepintió, la Corte protegió los derechos de la persona gestante como madre. Esta sentencia se ha

interpretado como un respaldo a la filiación por vínculo genético indiscutible en beneficio de la gestante.¹³

- En el caso SU-696 de 2015 (Gestación en el extranjero): En este caso, que involucró el registro de niños nacidos en el extranjero para una pareja del mismo sexo, la Corte ordenó a las autoridades colombianas implementar un nuevo formato de formulario en el Registro Civil. Esta decisión, aunque no menciona explícitamente la *voluntad procreacional*, constituye una fuente de admisibilidad de la práctica - especialmente la GS internacional- basada en el reconocimiento de los derechos prevalentes de los niños y niñas y en su interés superior.

Si la gestante aporta su material genético, se privilegia la base genética de la filiación. El emplazamiento de la gestante como madre puede ser impugnado en un proceso judicial donde la prueba de ADN permitiría determinar la filiación del comitente que aportó gametos, confirmando la insuficiencia de la regulación en materia de filiación por TRHA.

- En la sentencia del TC 275/2022: la niña nació por GS, el padre era cabeza de familia.

¹³ La historia comienza con un acuerdo de voluntades que la justicia colombiana calificaría después como jurídicamente inexistente: un contrato de maternidad subrogada. Ante la imposibilidad de concebir con los óvulos de su esposa, un hombre pactó con la accionante la gestación de un hijo. Sin embargo, lo que inició como un procedimiento de técnica asistida con material genético ajeno, terminó en una fecundación con los óvulos de la gestante, creando un vínculo biológico y legal indisoluble entre ella y los gemelos que nacieron.

El conflicto surge cuando el padre, tras incumplir los apoyos económicos prometidos durante el embarazo, intentó instrumentalizar el aparato judicial para desplazar la maternidad de la mujer. Aprovechando la precaria situación económica de la madre y una afección de salud de los niños, se logró que el ICBF otorgara la custodia provisional a la familia paterna. A partir de allí, el padre inició una ofensiva legal —procesos de privación de patria potestad y custodia— con el fin de trasladar a los niños a Estados Unidos, bajo la premisa de que su mejor posición económica garantizaba un mayor bienestar.

En primera instancia, el Juzgado Décimo de Familia de Cali avaló esta pretensión, permitiendo la salida del país de los niños. El juez valoró el contrato privado y la solvencia del padre por encima del vínculo filial, incurriendo en un defecto fáctico (ignorar la realidad del parto y del vínculo genético de la mujer) y un defecto sustantivo al aplicar de manera incorrecta la ley.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Cali y posteriormente la Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009, revirtieron esta decisión. La justicia determinó que el Estado Civil de las personas no es negociable; ningún contrato puede anular el hecho del parto ni el vínculo biológico. La pobreza de una madre no es sinónimo de falta de idoneidad, y el interés superior del niño (ISN) no es un cheque en blanco para separar a los hijos de sus padres biológicos, en favor de una mejor situación económica en el extranjero.

Finalmente, la justicia revocó el permiso de salida y protegió la unidad familiar, dejando claro que en Colombia los niños no pueden ser objeto de transacciones contractuales y que la protección de la madre biológica es prevalente frente a cualquier acuerdo de GS que pretenda desconocer sus derechos fundamentales. Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm> (Fecha de consulta 20-11-2025)

El accionante solicitó a la EPS Sanitas el reconocimiento y pago de la “licencia de paternidad por un tiempo equivalente al número de semanas que le es otorgado a las madres en la ley”, con el fin de dedicarse al cuidado de su hija recién nacida.

La entidad autorizó únicamente la licencia de paternidad por catorce días. La Sala de Revisión concluyó que, la ausencia de regulación de la maternidad subrogada repercutió en la imposibilidad de la EPS para definir cómo actuar en el caso concreto, al no tener elementos legales para conceder la licencia pretendida. En virtud del principio de igualdad y teniendo en cuenta la omisión legislativa existente, se aplica al actor y a su hija el mismo trato que la ley previó para padres trabajadores que deben asumir en soledad el cuidado de su hijo o hija. El Tribunal exhorta al Gobierno Nacional para que presente ante el Congreso de la República un proyecto de ley orientado a regular la GS en Colombia.

- En la sentencia del TC 232/2024¹⁴, el caso se resuelve a favor de una niña nacida en territorio colombiano por GS, de gestante colombiana y padre ucraniano y domiciliada en Ucrania. Se emite el pasaporte colombiano. Luego se impugna la maternidad por no haber vínculo genético con la niña y sólo se mantiene en el registro civil el nombre del padre que carece de domicilio en Colombia. El padre intenta el reconocimiento de la nacionalidad ucraniana de su hija pero su solicitud no prospera. En la actualidad la niña es apátrida. Dado el conflicto actual de la guerra entre Rusia y Ucrania, que representa un peligro para la vida de la niña y de su padre, éste interpone una acción de tutela para que se le reconozca la nacionalidad colombiana a la niña.

El amparo fue negado en primera instancia y esta decisión no fue impugnada. Se analizó la siguiente temática: 1º. La nacionalidad y sus reglas de adquisición en Colombia. 2º. Las obligaciones del Estado frente al riesgo de apatridia. 3º. Los modelos de gestación por sustitución, la jurisprudencia constitucional al respecto y los riesgos de esta práctica para la obtención de nacionalidad de los niños y las niñas. 4º. Los derechos de las niñas y los niños nacidos de gestación por sustitución frente al riesgo de apatridia y, 5º. El derecho a la nacionalidad en relación con otros derechos como la identidad personal, la

¹⁴ Número: T-9398087 - (Acciones de Tutela). Demandante: BORIS Demandado: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y OTROS Instancias: SANTA MARTA, MAGDALENA, JUZGADO 3 ADMINISTRATIVO (primera) (segunda) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/T-232-24.htm> recuperado 20-11-2025

personalidad jurídica, la igualdad y no discriminación de niñas y niños nacidos por gestación por sustitución. Se hizo lugar al recurso de amparo invocado y se impartieron una serie de órdenes conducentes a hacer efectivo el goce de los derechos tutelados. Entre otras disposiciones, se destaca el exhorto al Congreso de la República para que cumpla con la orden séptima de la sentencia T-275/22 y, en consecuencia, expida una legislación sobre la gestación por sustitución que tenga en cuenta las dimensiones transnacionales de este fenómeno y las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado Colombiano para evitar el riesgo de apatridia.

La voluntad procreacional en Colombia existe más en el ámbito de la discusión académica y en la solución judicial de casos concretos, a través de los argumentos basados en el interés superior del niño y en la voluntad procreacional expresada por los padres, que en la ley positiva, que sostiene el modelo tradicional que aún prioriza el vínculo biológico-genético.

Costa Rica

En Costa Rica es emblemático el caso Artavia Murillo de la Corte Interamericana de DDHH¹⁵ que señala que el derecho a la vida privada incluye, entre otros: i) la autonomía reproductiva; y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, y el consecuente derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para el ejercicio de ese derecho. El derecho a la autonomía procreacional está reconocido también en el artículo 16 inc. e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁶, según el cual las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos".

La maternidad forma parte del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y tanto la paternidad como la maternidad forman parte de la decisión de los hombres y de las mujeres e integran el ámbito de su vida privada.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 257. Corte IDH. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/72326>.

¹⁶ Naciones Unidas. (1979). Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Como consecuencia de esta sentencia de la CIDH, el 10 de septiembre de 2015 se emitió el Reglamento Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S, que autoriza la TRH de fecundación in vitro y transferencia embrionaria, pero no regula la GS. La norma crea un banco de donantes y regula la función de las instituciones públicas que llevarán a cabo estos procedimientos. Se faculta al Ministerio de Salud para emitir la normativa técnica necesaria para llevar a cabo estos procedimientos.¹⁷

El texto, si bien no regula la GS, abre la posibilidad del aporte del material genético a un tercero, no esposo de la persona gestante y con el consentimiento del marido. Admite la vocación procreacional únicamente en las parejas casadas y con respecto a la paternidad, en la presunción de paternidad del esposo no aportante del gameto para la gestación.

Ante este vacío legal, se presenta un caso resuelto por el Juzgado de Niñez y Adolescencia de San José¹⁸ en 2018, con competencia en temas de NNyA, en el que una pareja casada entrega voluntariamente en adopción a una niña concebida por la mujer, a partir de material genético provisto por su hija que no podía gestar y la pareja de su hija.

Administrativamente, el Registro Civil del Tribunal Supremo de Elecciones, rechaza toda solicitud de inscripción de niños y niñas nacidos por GS, por aplicación del principio de legalidad, ya que no existe una norma que la regule.

Ecuador

La legislación de Ecuador no regula la TRHA de gestación por sustitución. Sin embargo, resulta emblemático el caso Satya, a partir de la negativa del Registro Civil a inscribir a la Satya, con la doble filiación materna, dado que la niña fue gestada por una madre con el ovocito de su pareja. El Registro sugirió inscribir a la niña solamente con los apellidos de la madre gestante. La Corte Constitucional en la sentencia 184-18-SEP-CC¹⁹ dispuso la inscripción de la niña con los apellidos de sus dos madres. El Tribunal Constitucional ordenó también que el Registro Civil incorpore en su sistema de inscripción la doble paternidad y maternidad, así como también que las funcionarias y funcionarios

¹⁷ Procuraduría General de la República (PGR)
https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=80115

¹⁸ Sentencia núm. 16-2018, del 4 de abril de 2018.

¹⁹ Corte Constitucional, Resolución 184, Registro Oficial Suplemento Número 61, del 11 de septiembre de 2018.

encargados de los registros no puedan alegar el vacío legal para desconocer los derechos constitucionales y convencionales de identidad, igualdad ante la ley y el principio de no discriminación. De esta manera, las infancias nacidas a partir de TRHA deberán ser inscriptos en los Registros Civiles con la presentación del certificado médico o del centro médico que haya intervenido en la práctica.

En esa sentencia el Tribunal Constitucional dispuso que la Asamblea Nacional debía legislar en el período de un año las TRHA. Situación que a la fecha de redacción de este texto aún no ha sido resuelta.²⁰

El Código Civil ecuatoriano reconoce dos formas de filiación: biológica determinada por el parto, o bien, la legal por adopción y no reconoce la voluntad procreacional.²¹ Y la adopción está restringida a parejas heterosexuales. Explica la profesora de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador Sonia Merlyn:

La vigencia práctica de la gestación por subrogación, junto a la ausencia legislativa, vulnera la seguridad jurídica y varios derechos relacionados con la autoconstrucción del ser humano, fundamentalmente, el derecho a la identidad. (Centro de estudios constitucionales de la SCJN, México, 2022, p. 210)

Guatemala

En el estudio que lleva a cabo Jennie Aimée Molina Morán con relación a la GS en Guatemala, señala que este instituto no se encuentra regulado. Hace referencia al caso de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala: Expediente 3590-2016²² en el que el tribunal define que aun cuando en la legislación guatemalteca no se encuentra regulada la maternidad subrogada, en su modalidad de alquiler de vientre para implantar un óvulo fecundado, por imposibilidad física de la madre biológica para poder albergarlo con éxito en su vientre; sin embargo, sí existen leyes prohibitivas expresas para que una mujer procrea un niño y, mediante un beneficio económico o de otra índole, lo entregue sin control del estado a otras personas para que éstas lo asuman como hijo propio.

El artículo 210 del Código Civil señala que la filiación resulta del matrimonio y de la unión de hecho registrada de los padres. Fuera de estos supuestos, se establece y se prueba, con

²⁰ <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/noticia/110779-pleno-tramito-en-primer-debate-el-proyecto-que-regula>

²¹ Art. 67 del CC.

²² Disponible en: <https://cc.gob.gt/>

relación a la madre por el parto, y con respecto al padre, por el reconocimiento voluntario o por sentencia judicial que declare la paternidad. En los casos de gestación por subrogación el padre comitente podrá solicitar la paternidad voluntariamente, sea o no el padre biológico. El problema se suscita cuando la inscripción de la maternidad la solicita la mujer, aún siendo la aportante biológica del óvulo fecundado, pues la filiación se establece por el nacimiento. Tampoco podría recurrir a la adopción ya que está prohibida la adopción directa en Guatemala (aquella en la que la madre entrega al niño nacido a otra persona).

Guatemala no cuenta con regulación específica, ni judicial ni administrativa, con respecto a los acuerdos de gestación por subrogación. Por su parte, el Registro Nacional de las Personas de Guatemala (Renap) no cuenta con regulación que permita la inscripción de paternidad o maternidad de niños nacidos por GS en otro país.

Explica Molina Morán que “inscribir el nacimiento de un niño o niña producto de la gestación por subrogación dentro del marco jurídico guatemalteco necesariamente implica incurrir en delitos” (Centro de estudios constitucionales de la SCJN, México, 2022, p. 241)

México

Fernando Sosa Pastrana autor del artículo La gestación por sustitución en México, explica que la organización Federal de los Estados Unidos de México admite la concurrencia de competencias legislativas, la Federal y la de los Estados. Es así que en ese país, la legislación de Sinaloa y de Tabasco admiten la GS en su codificación, en tanto que San Luis Potosí y Querétaro la prohíben.

1) El Código Familiar de Sinaloa, en su capítulo V ("De la reproducción humana asistida y la gestación subrogada") establece las bases para la celebración de acuerdos de subrogación y delimita sus efectos con respecto a la filiación.

2) El Código Civil de Tabasco, cuyo título octavo, capítulo VI bis ("De la gestación asistida y subrogada") regula el procedimiento con mucha mayor amplitud, estableciendo diversas modalidades y señalando los efectos específicos de cada uno.

Por el contrario, existen dos ordenamientos estatales que expresamente prohíben esta figura:

1) El Código Familiar de San Luis Potosí, que en su artículo 2432 declara inexistente la "maternidad sustituta", privándola de cualquier posible efecto, atribuyendo exclusivamente la maternidad a quien gestó al producto.

2) El Código Civil de Querétaro, que aunque reconoce el parentesco por consanguinidad de los hijos nacidos mediante técnicas de fecundación asistida (artículo 312), prohíbe expresamente la utilización de una tercera mujer para realizar el procedimiento (artículo 400), efectivamente, declarando ilegal la gestación por sustitución. (Centro de estudios constitucionales de la SCJN, México, 2022, p. 249-249)

Se halla prohibida también en los estados de Coahuila y de Veracruz. El resto de los estados de México carecen de regulación legal, si bien en Ciudad de México, Quintana Roo y en Jalisco se admite la GS de carácter altruista.

La legislación de Sinaloa distingue dos modalidades en los acuerdos de GS: aquellos que disponen una subrogación total, cuando la persona, además de gestar, es madre biológica porque aporta sus óvulos; y aquéllos que disponen una subrogación parcial, cuando el embrión proviene de la pareja solicitante y la persona gestante solo presta su útero. Por otro lado, la regulación prevé la posibilidad de que la GS sea onerosa como si se tratase de un servicio, además de los gastos de gestación y, la GS altruista, cuando la persona gesta de manera gratuita (Dobernig Gago, 2022). Los requisitos de la persona gestante son: tener entre 25 y 35 años, madre de, al menos, un hijo consanguíneo sano, con buena salud física y psíquica, y que haya otorgado su consentimiento. Además, no puede padecer de alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía. Durante el proceso de gestación un trabajador/a social deberá certificar que las condiciones socioeconómicas de la gestante sean las adecuadas.

La legislación de Tabasco impone que los comitentes deberán realizar la adopción plena del niño nacido por la técnica de GS. La gestante deberá tener entre 25 y 30 años. Ambos

comitentes deben ser cónyuges o concubinos²³, de nacionalidad mexicana²⁴. La mujer comitente debe tener entre 25 y 40 años y tener imposibilidad física para gestar.

Ambos estados exigen que la gestante no haya estado embarazada dentro de los 365 días anteriores a la inseminación.

En una sentencia de la Corte Constitucional Mexicana del 13-01-2016, con relación a la acción de inconstitucionalidad 16/2016, promovida por la Procuraduría General de la República contra de los Poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado de Tabasco, en la que se solicitó la impugnación de los artículos 380 Bis, 380 Bis Tercero, Cuarto, Quinto y Sexto del Código Civil (CC) de Tabasco, por resultar contradictorios con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Tribunal autoriza al legislador local la competencia para regular temas de maternidad subrogada en relación con la filiación de los hijos nacidos a través de estos procedimientos. Elimina entre otras regulaciones, la posibilidad de que la gestante y/o su cónyuge puedan reclamar la filiación del niño en caso de muerte o incapacidad de uno o ambos padres comitentes.

Con relación a la voluntad procreacional el tribunal reconoce:

236. En la gestación subrogada, la voluntad procreacional es la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio o de un tercero, acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento o a través de fecundación in vitro. Esta tercera persona carece de esta voluntad procreacional, por lo que, aun cuando por aplicación del derecho civil tradicional correspondería la atribución de la maternidad a la gestante, faltaría el elemento central que atribuye o determina la filiación en estos procedimientos: la voluntad procreacional, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, a la par, el efecto que se derive o se construye con el despliegue de tales responsabilidades.

La Corte enfatiza en el apartado 237 que el principio del interés superior del niño prioriza los lazos afectivos y la voluntad procreacional o de crianza, por encima de la genética. Por lo tanto, el vínculo biológico de los donantes o de la gestante no es suficiente por sí solo

²³ La condición de cónyuges o concubinos y la cuestión de género de los comitentes fue objeto de impugnación en la acción de inconstitucionalidad 16/2016 del TC de México.

²⁴ La condición de nacionalidad fue objeto de impugnación por discriminación a través de una medida de Amparo 129/2019 SCJN en pleno 7-8 de junio de 2021.

para que estos puedan exigir derechos legales sobre el niño Asimismo la Corte realiza una exhortación al legislador federal:

"este Tribunal Constitucional no puede obviar la imperante necesidad que existe en el Estado Mexicano de regular el acceso a la gestación por sustitución; así, en su papel comprometido con los derechos fundamentales, se exhorta a los demás Poderes de la Unión y a los Poderes de los Estados a que, en el ámbito de sus competencias, regulen de manera urgente y prioritaria la materia tratada en esta sentencia."

Mariana Dobernig Gago opina que "con o sin legislación, la persona de forma individual o en pareja que deciden recurrir a este tipo de procedimientos, no les impide que la norma local lo prohíba, se trasladan a destinos donde sean permitidos y buscan de forma desesperada asumir la paternidad o maternidad a través de estos contratos" (2022, p. 78)

Perú

El Artículo 7 de la Ley General de Salud de Perú dispone:

Art. 7. Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.²⁵

De la interpretación surge que, para algunos, la GS está prohibida. Sin embargo, si consideramos que las prohibiciones legales tienen que ser claramente establecidas, lo que no ocurre en este artículo 7, la GS estaría permitida si se trata de la transferencia del embrión, que ha sido obtenido de la fecundación heteróloga con gameto masculino y óvulo de la portadora gestacional. Y no estaría permitida en el caso de la transferencia de un embrión obtenido de la fecundación del gameto femenino de la mujer comitente con espermatozoides donados. Tampoco se prohíbe explícitamente la embriodonación, es decir, de ambos gametos donados. Sin embargo, al no haber regulación mínima se originan problemas en la inscripción de las filiaciones en el Registro Nacional de Identidad (Garaycochea Cannon, V. 2023)

²⁵ Ley N.º 26842. Ley General de salud. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/256661-26842>

En el Código de Ética del Colegio Médico del Perú, el Art. 39²⁶ dispone que: ‘El médico no debe inducir, promover ni utilizar técnicas de reproducción asistida en mujeres propuestas como madres subrogadas (‘vientres de alquiler’) con fines de lucro de estas, del médico tratante u otras personas’. De esta norma se desprende que se admitiría la gestación subrogada sólo con fines altruistas y solidarios (Garaycochea Cannon, V. 2023).

Una sentencia reciente del Tribunal Constitucional de Perú²⁷ ordenó inscribir a una niña nacida por esta técnica, priorizando el interés superior de la niña y el derecho a la identidad y reconociendo la voluntad procreacional de los comitentes. En el caso el TC emplea el concepto de la identidad dinámica que evoluciona y madura junto con la persona y que prevalece por encima de la identidad biológica.

la identidad personal tiene dos vertientes, la identidad estática, correspondiente a la información genética y las huellas digitales invariables en el tiempo, entre otros elementos; y la identidad dinámica, que se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad, conformado por las opiniones, creencias, la cultura, las costumbres, entre otros, que pueden cambiar con el tiempo según la evolución personal y su entorno social. Ambos elementos constituyen una unidad totalitaria (Fundamentos, #17)

En el caso, un matrimonio en situación de infertilidad, ya que la mujer no puede llevar a cabo la gestación, recurre a la GS con la implantación de un óvulo de donante anónima, fecundado por el gameto masculino del cónyuge. En los fundamentos de su voto, el magistrado Ochoa Cardich argumenta con relación a la vocación procreacional entendiéndolo como un elemento a evaluar y valorar a la hora de determinar el vínculo filiatorio de niños y niñas nacidos mediante estas TRHA, en las parejas que padecen infertilidad o esterilidad. La existencia de avances médico-científicos con técnicas como la GS invitan a repensar lo que tradicionalmente se concibe como maternidad o paternidad.

El caso resuelto en 2025 había iniciado en enero del 2017 con una acción de Amparo promovida por los cónyuges contra el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil

²⁶ <https://www.cmp.org.pe/wp-content/uploads/2023/02/Actualizacion-Codigo-de-etica-ultima-revision-por-el-comite-de-doctrina01feb.pdf>

²⁷ EXP. N.º 01367-2019-PA/TC Lima. 30-06-2025

(Reniec) que se negaba a rectificar el acta de inscripción de la niña empleando el apellido de la madre (comitente).

Puerto Rico

De acuerdo con el nuevo Código Civil de Puerto Rico de 2020 (Ley 55-2020) la GS ha sido incorporada explícitamente. El art. 556 establece que la filiación se obtiene por vínculo genético, por TRHA o por adopción. Mantiene la presunción de la maternidad originada por el parto, pero dispone como excepción la maternidad subrogada gestacional. En la *maternidad subrogada gestacional* no existe vínculo genético entre la gestante y el niño/a, ya que la gestante no aporta material genético, sino que se le transfiere un embrión fecundado empleando las técnicas de fecundación in vitro (FIV).

Para los supuestos de GS cuando la gestante aporta material genético, los comitentes deberán recurrir al procedimiento de adopción para la inscripción del niño/a nacida empleando esta técnica.

Otro punto controvertido en la regulación de Puerto Rico es la ausencia de reglamentación en torno a la persona gestante que garantice sus derechos fundamentales, evitando situaciones abusivas y la trata de personas con fines de explotación reproductiva. Explica la catedrática Esther Vicente de la Facultad de Derecho Universidad Interamericana de Puerto Rico con relación a la necesidad de regulaciones que den certeza a este instituto:

Los médicos y las clínicas que ofrecen el servicio se guían por los principios de la libertad de contratación; se remiten a los estándares emitidos por la Sociedad Americana para la Medicina Reproductiva y por los reglamentos de la Administración Federal de Drogas y Alimentos de Estados Unidos (FDA) (Centro de estudios constitucionales de la SCJN, México, 2022, p. 317)

República Dominicana

En República Dominicana no existe legislación que regule la GS. Existe una regulación para las TRHA mediante inseminación asistida, y los centros de salud que brindan esos servicios (Resolución 1, de 2017, emitida por el Ministerio de Salud de ese país). Los acuerdos de GS no están regulados, tampoco prohibidos por el marco legal dominicano. Este vacío normativo puede dar lugar a la falta de certeza en los vínculos filiatorios

producto de GS y en situaciones abusivas como consecuencia de la trata de personas con fines de explotación reproductiva.

Conclusiones

Durante siglos, el derecho se sostuvo sobre una verdad que parecía inamovible: *mater semper certa est*, el dictado romano que sentenciaba que la madre siempre es cierta por el hecho del parto. La ciencia y la tecnología han provocado una auténtica revolución en el campo de la procreación, rompiendo el vínculo milenario entre la procreación y la sexualidad. En este nuevo escenario, el cuerpo ya no es el único mapa para definir el parentesco, lo que obliga a las sociedades a distinguir entre los vínculos biológico-gestacionales (que dan lugar a una identidad estática) y los vínculos socio-afectivos (que dan lugar a la identidad dinámica).

Esta transformación nos invita a repensar algunos conceptos. Mientras en el sistema se habla de reproducción -término que nos reduce a engranajes de una maquinaria que busca copias fieles-, surge con fuerza la idea de procreación o generación, ligada a un plan de vida y a la dignidad humana. En este contexto, la voluntad procreacional emerge como el nuevo corazón del derecho de familia sostenido en el amor filial.

Como hemos visto en este trabajo, algunos países de América Latina han comenzado a aceptar la GS a través de las sentencias de sus tribunales. El eje central para determinar la filiación que utilizan en sus argumentos es el concepto de voluntad procreacional frente a los vacíos legales. En Brasil, la voluntad se formaliza en acuerdos y el Registro Civil ya comienza a priorizar a quienes planearon el nacimiento por sobre quien dio a luz, con reglas que garantizan y protegen a la gestante frente a situaciones de mayor vulnerabilidad. En Chile, los jueces han tenido que completar el silencio de la ley, recurriendo a la identidad dinámica (realidad socio-afectiva) para reconocer que una madre es quien tiene la intención de criar, incluso si su cuerpo no pudo gestar. El caso emblemático de Ecuador “Satya” y el reconocimiento de la doble filiación materna por parte de la Corte Constitucional que prohíbe a los registros alegar vacíos legales para desconocer derechos de identidad de las infancias y la no discriminación de quienes asumen los roles parentales.

Sin embargo, este camino no está exento de sombras. En Colombia, la falta de regulación ha llevado a situaciones dramáticas donde las infancias corren el riesgo de la apatridia o

quedan atrapados en conflictos donde se intenta usar su bienestar económico como una moneda de cambio, olvidando que los vínculos humanos no son transacciones contractuales. Sin leyes claras, existe el riesgo de ver a la persona gestante y al niño/a como meros instrumentos o productos, cuando en realidad la GS debería ser un acto de mutuo respeto y gratitud.

En este escenario donde la tecnología avanza más rápido que las leyes, el vacío legal deja espacio a la incertidumbre. En este silencio normativo, existe el peligro latente de que la persona gestante y las niñas o niños nacidos dejen de ser vistos como personas para ser reducidos a la categoría de productos o instrumentos de un sistema. Sin una regulación que garantice los derechos fundamentales, la gestación por sustitución corre el riesgo de transformarse en una forma de explotación reproductiva o, incluso, en un terreno fértil para la trata de personas. La desprotección legal tiene consecuencias que se hacen más radicales para las personas con mayores vulnerabilidades. En Colombia, el caso de apatridia de una niña y el contexto de la guerra de Ucrania-Rusia, muestra cómo la falta de normas que contemplen la dimensión transnacional de estos nacimientos puede dejar a las infancias en un limbo jurídico absoluto, sin patria ni identidad clara. En el caso de la reciente sentencia de la CSJN de Argentina que propone la adopción de integración, como un mecanismo de parche legal que permite al padre o madre comitente obtener el vínculo filiatorio con el niño, conlleva el costo de mantener el lazo filiatorio con la gestante, que no se corresponde con la realidad afectiva y de crianza de la familia. Además, el impedimento de tener más de dos vínculos filiatorios simultáneamente, impediría la adopción integrativa en algunos supuestos generando situaciones de discriminación.

Otro riesgo derivado de la ausencia de regulación es la criminalización de las personas que, frente al deseo de formar una familia a través de la GS, incurren en delitos al intentar inscribir a sus hijos en países en los que falta de una vía administrativa o judicial clara como vimos en el caso de Guatemala. Esta inseguridad jurídica desplaza a las familias a destinos donde la práctica se rige únicamente por la libertad de contratación y estándares privados, sin los controles estatales necesarios para asegurar que los vínculos sean de mutuo respeto y protección de la dignidad humana. Al final, la falta de ley no detiene el uso de la técnica, sino que la desplaza hacia la clandestinidad y la vulnerabilidad.

El derecho ya no puede ser un espectador indiferente. Países como Puerto Rico y algunos estados de México han comenzado a codificar estas realidades, y tribunales en México y

Perú instan a sus estados a proteger el interés superior del niño. Estamos presenciando la transición desde el determinismo biológico a la realidad socio-afectiva de las infancias, donde la voluntad de amar y cuidar es la que define finalmente los vínculos filiatorios.

Bibliografía

ATIENZA, M. (2022) Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca en Revista Bioética y Derecho. 2022; 56: 107-124. DOI 10.1344/rbd2022.56.40721
www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

BUTLER, J. (2017) Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea.

Paidós, Buenos Aires

CADORET, A. (2009) Parentesco y figuras maternas. El recurso a una gestante subrogada por una

pareja gay en Revista de Antropología Social, núm. 18, Madrid, 2009, pp. 67-82.

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DE LA SCJN, Corte Suprema de Justicia de México

(2022). La gestación por subrogación en Américalatina, Ed. Nicolás Espejo Yaksic Claire Fenton-Glynn Fabiola Lathrop Gómez Jens M. Scherpe. México, CEC y Cambridge Family Law.

DEL PRECIO, E. (2020) La falacia de los derechos reproductivos: entre la sangre, la sexualidad y el

cuidado en Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica, Vol. 1, pp. 33-59

DOBERNIG GAGO, M (2022) La maternidad subrogada en México en Rev. Bioética y Derecho

2022; 56: 75-92. Universidad de Barcelona

GARAYCOCHEA CANNON, V.A. (2023) Gestación subrogada, ¿estamos preparados en Perú? Una

reflexión desde la ética en Rev peru ginecol obstet. 2023;69(2). DOI:
10.31403/rpgo.v69i2517

GIL DOMÍNGUEZ, A. (2014) La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico,
Ediar,

Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

GIL DOMÍNGUEZ (2015) El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil
y

Comercial. Cita Online Thomson LL: AR/DOC/2441/2015

LAMM, E. (2018) Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de
vientres.

Colección de Bioética. Universidad de Barcelona.

RODOTÁ, S. (2019). Derecho de amor. Madrid: Trotta.

DOCUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

ISSN 2796-809X

1. **Bulcourf, Pablo.** Algunas reflexiones sobre la investigación científica y sus desafíos.
2. **Barbato, Constanza.** El ejercicio ético del periodismo con perspectiva de género. Un camino hacia una práctica profesional no sexista.
3. **Ochoa, María Laura.** ¿Se puede enseñar Derecho sin hablar de pobreza? La importancia del contexto en la formación de los operadores jurídicos.
4. **Argnani, Agustina y Cibeira, Cecilia.** El Aprendizaje Servicio como modelo pedagógico y didáctico en la USI.
5. **Torres, Marcelo.** Documentar el pasado: los modelos visuales en la construcción científica.
6. **Bruzzo, Julia Leonor.** Nuevo paradigma en el perfil del profesional de la abogacía conforme la Ley Nacional de Educación Superior.
7. **Flori Brito, Sofía Candela.** Cómo se representa la maternidad en una serie televisiva: el caso de *Friends*.
8. **Torres, Marcelo.** La construcción discursiva de la representación científica.
9. **Argnani, Agustina y Cibeira, Cecilia.** El Aprendizaje Servicio como modelo pedagógico y didáctico en la USI. Parte II.
10. **Bruzzo, Julia Leonor y Ochoa, María Laura.** Nuevas reglas para una ética profesional de la abogacía desde un enfoque de derechos humanos.
11. **Torres, Marcelo.** La construcción discursiva de la representación científica. Recorrido metodológico en la construcción del objeto científico.
12. **Secul Giusti, Cristian.** Prácticas socioculturales en la década del 80. Medios, estéticas y narrativas de época en la Argentina.
13. **Zarabozo Mila, María Victoria.** Una ética ambiental para la educación y formación en los valores Pan Ambientales.
14. **Costanzo, Gabriela.** Un análisis sobre el cuento “Mujeres desesperadas” de Samanta Schweblin: la puesta en escena del orden de género.
15. **Secul Giusti, Cristian; Leonart, Inés y Vargas, Marina.** Reflexiones recientes sobre los 80: narrativas y expresiones culturales en Argentina.

16. **Zarabozo Mila, María Victoria y Palacio, Mayra Cecilia.** Pan Ambientalismo, Niñez y Violencia Ambiental. Primeros casos de reconocimiento y de defensa judicial efectiva.
17. **Primiterra Emiliano.** Acercamiento a las condiciones de apropiación legítima en Locke: Una breve descripción sobre las formas (“legítimas”) de adquirir bienes basados en las diferencias de raza, sexo, capacidad y cultura.
18. **Garibotti, Luis Enrique.** Evolución de los diagnósticos categoriales en psicoterapia infantojuvenil. Análisis de las nosologías de los Manuales DSM (1952-2013)
19. **Almada, María de Luján; Ancao, Florencia; Bruzzone, Julia Leonor; Ochoa, María Laura y Zárate, Yamila.** Autorregulación y control en el campo jurídico. Relevamiento de sentencias del tribunal de disciplina del Colegio de Abogados de San Isidro.
20. **Mendoza Aguila, Ramiro.** Representaciones sociales en profesionales de Trabajo Social sobre los procesos de institucionalización de personas con consumo problemático: Un acercamiento epistemológico.
21. **Humphreys Eduardo.** El oficio de estudiar en la secundaria nocturna: trayectorias, ansiedades y emociones en juego.
22. **Garibotti, Luis Enrique.** Adolescencia y edad de imputabilidad. Una mirada desde la Teoría Psicogenética y las Neurociencias.
23. **Ciuna, Davide.** Metodología de investigación: apuntes por una nueva teoría.
24. **Ciuna, Davide.** Metodología de investigación.
25. **Ochoa, María Laura.** Cuestiones socio-jurídicas en torno a la procreación humana. Del paradigma biologicista a la realidad socio-afectiva.