

MOVIMIENTO DE FRONTERAS EN EL DERECHO DE
FAMILIA: LOS DESAFÍOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

*TRANSFORMATION IN FAMILY LAW: THE CHALLENGES OF
SURROGACY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2282-2309

Diana Sthefania
MUÑOZ-
GÓMEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La Maternidad Subrogada (MS) es una técnica de reproducción humana asistida, vigente alrededor del mundo, cuya práctica plantea múltiples discusiones desde el ámbito jurídico, social y bioético referidas a la conveniencia o no de este tipo de práctica, a sus implicaciones y a los desafíos que ella conlleva. El propósito de este texto consiste en caracterizar los desafíos jurídicos que conlleva la práctica de la maternidad subrogada y los movimientos que ha causado en conceptos clásicos del derecho de familia, tales como el de la filiación, la maternidad, la paternidad y la adopción. Para ello se transitará por cuatro casos emblemáticos pertenecientes a México, Colombia, España e Italia. Finalmente, se plantea la discusión relativa a las implicaciones que conlleva la transformación de las fronteras en el derecho de familia desde la mirada del principio del interés superior del menor para contribuir desde allí a la discusión sobre las nuevas fronteras del Derecho de Familia.

PALABRAS CLAVE: Maternidad subrogada; gestación subrogada; derecho de familia; filiación; maternidad; paternidad; adopción.

ABSTRACT: *Surrogate Motherhood is an assisted human reproduction technique, carried out around the world, which practice raises multiple discussions from the legal, social and bio-ethical fields regarding its implications and challenges. The purpose of this text is to characterize its legal challenges and the changes that it has caused in classic concepts of family law, such as that of filiation, maternity, paternity and adoption. To this end, four emblematic cases belonging to Mexico, Colombia, Spain and Italy will be explored. Finally, the discussion about the implications of the transformation of borders in family law from the principle of the best interest of the minor is raised, to contribute from that standpoint to the discussion on the subject.*

KEY WORDS: *Surrogacy; surrogate gestation; family law; filiation; maternity; paternity; adoption.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.- I. Características diferenciadoras del ecosistema de la maternidad subrogada.- III. DESAFÍOS JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.- IV. MOVIMIENTO DE FRONTERAS CAUSADOS POR LA MATERNIDAD SUBROGADA.- I. Instituciones en movimiento.- A) La filiación.- B) La maternidad.- C) La paternidad.- D) La adopción.- V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Es habitual encontrar en los textos modernos del derecho de familia la afirmación que sostiene que la familia, como institución social y sus dinámicas, han cambiado en los últimos tiempos, particularmente en temas de reproducción familiar por el impacto que tienen las nuevas tecnologías en las distintas esferas de la persona, especialmente en temas de salud reproductiva y de métodos reproductivos¹.

Esta realidad, ha implicado a su vez la aparición de tensiones, a veces insuperables, en los linderos del derecho de familia, como área del derecho que regula las implicaciones personales y patrimoniales de las distintas realidades que ocurren al interior de las familias. Estas tensiones ocurren en la medida en que los principios clásicos bajo los cuales fue establecido el Derecho de Familia se enfrentan hoy a realidades que en su momento eran impensables, tales como las que demanda la incorporación de las técnicas de reproducción asistida (TRHA) en la estructuración de los vínculos familiares y filiatorios que originalmente eran causados únicamente por los vínculos de consanguinidad y civiles.

El caso de la maternidad subrogada (MS) es uno de los casos donde más se evidencian tensiones respecto a los principios, conceptos e instituciones jurídicas clásicas del derecho de familia en la medida en que este fenómeno quiebra, en distintos momentos y actores, realidades que acontecían en un mismo espacio (núcleo familiar) y con unas mismas personas (los cónyuges o compañeros permanentes).

No obstante, la MS y sus promotores, especialmente los *stakeholders* que la promueven y facilitan, así como los altos tribunales nacionales, han ido abriendo sutilmente caminos en el derecho para lograr la formalización de los efectos que se pretenden lograr a través de la técnica (lograr el vínculo filiatorio con el niño encargado), generando así unos movimientos en apariencia tenues, pero con

1 GONZÁLEZ MARTÍN, N.: "Adopción internacional, gestación por sustitución e interés superior del menor en el derecho mexicano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm.13, pp. 618-645.

• **Diana Sthefania Muñoz-Gómez**

Investigadora del Instituto de La Familia de la Universidad de La Sabana. E-mail: diana.munoz5@unisabana.edu.co.

amplias y profundas implicaciones de cara a la conservación de la seguridad jurídica del sistema jurídico en general.

Este texto pretende caracterizar los desafíos jurídicos que conlleva la práctica de la MS y los movimientos que ha causado en conceptos clásicos del derecho de familia, tales como el de la filiación, la maternidad, la paternidad y la adopción. Para ello se transitará por cuatro casos emblemáticos pertenecientes a México, Colombia, España e Italia. Finalmente, se presentará la reflexión sobre las formas de interpretación del principio del interés superior del menor en los casos de MS y se plantearán algunos interrogantes para aportar en la discusión sobre las implicaciones que conlleva la transformación de las fronteras en el derecho de familia.

II. EL CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) son entendidas como “los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción”².

Médicamente son definidas como el “conjunto de técnicas biomédicas que conducen a facilitar, o substituir, los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc.”³

Dentro de las TRHA, se encuentra la Maternidad Subrogada⁴ (MS), la cual ha recibido distintas denominaciones alrededor del mundo, tales como “maternidad sustituta”, “maternidad por sustitución”, “gestación sustituta”, “gestación por sustitución”, “alquiler de vientre”, “útero subrogado”, “uso solidario de vientre” entre otras⁵.

Tales denominaciones varían de acuerdo con la concepción que se tiene de la maternidad, ya sea desde una idea de ésta como un proceso integral que involucra todo en cuanto la mujer es y vive; o un proceso independiente, reducido a la mera

2 Instituto Interamericano De Derechos Humanos: *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*, Editorama, San José de Costa Rica, 2008, p.11.

3 SANTAMARIA-SOLÍZ, L.: “Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos”, *Cuadernos de bioética*, 2000, núm. 41. p. 37.

4 Aunque, no existe consenso sobre el hecho de si la MS es realmente una TRHA en sí o no, puesto que para algunos sectores no es una técnica sino un procedimiento que hace uso de varias técnicas como la fecundación in vitro o la transferencia embrionaria.

5 GONZALEZ MARTIN, N., ALBORNOZ, M. M.: “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2016, Núm. 16, pp. 1-27.

vivencia del proceso de la gestación. Así, la primera se concentra sobre el hecho general de la maternidad, y la segunda sobre el hecho particular de la gestación y el parto.

Por ejemplo, la expresión vientres de alquiler se refiere sin más a una relación contractual que formaliza la división de maternidades, mientras que la de gestación subrogada y maternidad subrogada comparten la idea de la delegación. Ahora bien, afirma Torres, “si en el término gestación subrogada se alude a la contribución gamética como la que confiere derechos parentales, en el de maternidad subrogada queda visible lo que el anterior oculta, la maternidad, aunque se trata de una visión distorsionada de esta desde el momento mismo en que los derechos derivados del embarazo se transfieren gracias a un contrato legitimador de la subrogación”⁶.

En ese sentido, la MS ha recibido distintas definiciones, López De Armas y Amado la definen como: “El proceso en el cual una mujer ofrece su vientre para gestar él bebe de otra pareja hasta el momento de su nacimiento. Tras su nacimiento, el bebé es entregado a la pareja en cuestión, y la madre de alquiler que lo ha gestado durante todo el embarazo debe renunciar a cualquier derecho legal que pudiera tener sobre el recién nacido, a cambio de un beneficio económico”⁷.

Por su parte, el Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Cataluña de España la ha definido como el acto que permite a una pareja (o a una persona sola) tener un hijo mediante la colaboración de una mujer gestante, que se compromete a someterse a técnicas de reproducción asistida para quedar embarazada y a entregar al bebé que nazca a los comitentes, mediante contraprestación o de forma gratuita⁸.

A su vez, la Corte Constitucional de Colombia la definió en la sentencia T-968/09 como: “El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este”⁹.

No obstante, a la fecha no existe consenso sobre el término conceptual adecuado para referirse a este fenómeno dado que hay una fragmentación e

6 GONZÁLEZ MARTIN, N. Y ALBORNOZ, M. M.: “Aspectos transfronterizos”, cit., pp. 1-27.

7 LÓPEZ DE ARMAS Y AMADO.: “Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada”, *Revista de Derecho Privado*, 2014, Núm. 52, pp. 2-18.

8 CASADO, M., NAVARRO-MICHEL, M.: *Documento sobre gestación por sustitución*, Editorial de la Universidad de Barcelona, España, 2019, p. 27.

9 T-968/09, Corte Constitucional de Colombia, 2009.

incertidumbre entre los determinantes de la maternidad biológica o genética, la maternidad gestacional, la maternidad legal y la maternidad social¹⁰.

Para efectos de este estudio, y siguiendo la línea conceptual del proyecto de investigación del que nace este artículo, seguiremos la denominación de maternidad subrogada por dos razones, la primera debido a que es el concepto que incluye no sólo el escenario de la subrogación del proceso de la gestación, sino también los escenarios en los que la subrogación incluye el aporte del material genético de la madre subrogante y los de las problemáticas adyacentes que se presentan por la disociación de maternidades ; y por ende, es la denominación que abarca de manera más completa las distintas modalidades y problemáticas.

La segunda, porque al realizar la búsqueda de estas denominaciones en metabuscadores de información, maternidad subrogada es la que más resultados arroja en la medida en que la mayoría de los autores han optado por ésta, como lo reconoce Souto¹¹, y por ende se constituye en una denominación clave para el tema de estudio.

Con independencia de la denominación por la que se opte, esta TRHA se trata de un supuesto en el que una mujer engendra un hijo por encargo de otra u otras personas y después de su nacimiento lo entrega, bajo precio o de forma gratuita, a las mismas (denominadas «comitentes»)¹².

Respecto a la clasificación de la casuística de la MS, el estudio de Rodríguez¹³, la clasifica en dos categorías, la subrogación total y la parcial. La primera, implica que la mujer subrogante sea inseminada con sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto entregue el hijo al padre biológico, renuncie a todos los derechos que la maternidad le otorgan y admita la adopción de la pareja del padre biológico en relación con la maternidad del menor.

La segunda, se da cuando la madre gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido transferido, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja contratante. Autores como Andorno¹⁴ denomina a la mujer del primer caso madre sustituta y la del segundo, madre portadora.

10 BRENA, I.: "La Maternidad Subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?", *Revista de Derecho Privado*, 2009, Núm. 23, pp. 141-157

11 SOUTO GALVÁN, B.: "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho", *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 2005, núm.1, pp. 275-294.

12 CASADO, M., NAVARRO-MICHEL, M.: *Documento gestación*, cit., p. 27.

13 RODRÍGUEZ LÓPEZ, D.: "Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto del contrato", *Revista de Derecho Privado*, 2005, núm. 11, pp. 96-127

14 ANDORNO, R.: *Bioética y dignidad de la persona*. Tecnos, Madrid, 2012.

Asimismo, dentro de la anterior clasificación, en la categoría de subrogación parcial, se debe agregar una tercera casuística correspondiente a los casos en los cuales el embrión fecundado in vitro, que le es transferido a la madre subrogante, proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de unos terceros donantes¹⁵

I. Características diferenciadoras del ecosistema bioreproductivo de la MS.

Ante la presencia de la MS a nivel mundial, actualmente nos encontramos frente a un nuevo ecosistema reproductivo denominado ecosistema bioreproductivo de la MS¹⁶ y que se caracteriza por tres elementos fundamentales: el primero, la incorporación de las nuevas tecnologías en el proceso reproductivo a través de las TRHA; el segundo, la ruptura de la relación directa entre sexo y reproducción; y tercero, el incremento del espacio de intervención de actores múltiples y diversos¹⁷ -entre los que se encuentran no solo personas naturales sino también jurídicas.

En ese orden de ideas, dentro del ecosistema bioreproductivo de la MS intervienen, al menos, cinco sujetos diferentes con características particulares de acuerdo con el rol o función que desempeñan. A saber:

Madres subrogantes: Aquellas que viven el proceso del embarazo y se comprometen a entregar a unos padres intencionales contratantes el hijo nacido vivo a cambio de una contraprestación que puede o no ser económica. Según la motivación puede clasificarse en¹⁸:

Madres subrogantes con ánimo de lucro: Se da cuando una mujer acepta embarazarse por otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.

Madres subrogantes con fin altruista: Se da cuando una mujer acepta gestar un hijo por cuenta de otra de manera gratuita, generalmente por mediar entre ella y la pareja implicada un lazo de amor, amistad o parentesco.

Padres comitentes: Aquellos que tienen la voluntad procreacional y desean tener un hijo mediante el acuerdo de MS debido a motivaciones de distintas naturalezas, tales como la infertilidad física de la pareja, el tiempo y los costos inherentes a un proceso de adopción, la existencia de una anomalía genética en la esposa que puede ser transmitida al bebé, o la decisión de la mujer, por

15 MARÍN VÉLEZ, G. A.: "El arrendamiento de vientre en Colombia", *Opinión Jurídica*, 2015, núm. 2, pp. 69-86.

16 MUÑOZ-GÓMEZ, D.S.: "Biotecnologías reproductivas y el rol del estado: el caso de la maternidad subrogada en Colombia", *Serie Memorias*, 2019, núm. 10, pp. 256-268.

17 SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.: "Los acuerdos de Maternidad Subrogada: nuevos retos en la protección de los derechos de la mujer y la infancia", *Cuadernos ibero-americanos de derecho sanitario*, 2016, núm. 5, pp. 146-178.

18 GONZÁLEZ MARTÍN, N. Y ALBORNOZ, M. M.: "Aspectos transfronterizos", cit., pp. 1-27.

razones de conveniencia y sin que exista una razón médica, de no tener un hijo por ella misma¹⁹.

Padres biológicos: Aquella mujer que aporta el óvulo y aquel hombre que aporta el espermatozoide, es decir, aquellos que hacen el aporte del material genético que se utiliza en la aplicación de la técnica. Estos pueden ser o no los mismos padres comitentes.

Niños: Son aquella(s) persona(s) objeto de la MS. De acuerdo con su nivel de desarrollo puede clasificarse en:

Niños en gestación: Son aquellos que se encuentran en etapa de desarrollo en el vientre de la madre subrogante.

Niños nacidos: Son aquellos que han salido del vientre materno y han respirado o manifestado cualquier otro signo de vida.

Stakeholders (prestadores del servicio y su personal): Son las personas jurídicas, públicas y/o privadas, involucradas en la práctica de las TRHA y son el actor que asegura la disponibilidad de las condiciones técnicas (infraestructura, tecnología, insumos, etc.) y de capital humano para hacer las veces de facilitador, intermediario, ejecutor, promotor, etcétera. También incluye las instituciones públicas implicadas en la gobernanza, como el Congreso, Ministerio de Salud, etc.

Dentro de esta categoría se agrupan también las personas naturales, correspondientes al personal técnico y profesional de los stakeholders, encargados de realizar la ejecución de la MS.

III. DESAFÍOS JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

El fenómeno de la maternidad subrogada ha suscitado y mantiene vigente un intenso debate en el ámbito social, ético y jurídico en la medida en que su puesta en práctica genera conflictos de difícil solución y que revelan, sin duda, la complejidad del asunto.

En ese sentido, a continuación, se presentan algunas de las casuísticas más problemáticas que desencadena la práctica de la maternidad subrogada y que fueron identificadas hace más de treinta años por la Comisión Especial de

19 TILLER, S.: "Litigation, Legislation, and Limelight: Obstacles to Commercial Surrogate Mother Arrangements", *Iowa Law Review*, 1987, núm. 2, p. 147.

Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas en España -Comisión Palacios²⁰ (1987):

Cuando la mujer subrogante está casada o forma pareja estable, requiriendo contar con el consentimiento del varón.

Cuando la mujer subrogante contrae una grave enfermedad por efectos del embarazo, de carácter crónico, que pueda afectarla toda su vida.

Cuando la mujer subrogante contrae una enfermedad que puede producir graves anomalías al feto, por ejemplo, de tipo vírico, y la pareja estéril solicitante pide la interrupción del embarazo.

Cuando se invierte el caso anterior y es la mujer estéril quien realiza o pretende realizar el aborto.

Cuando la pareja solicitante se divorcia, o muere uno de los miembros o los dos, durante el embarazo.

Cuando el hijo nace con malformaciones o anomalías y no es aceptado por la pareja contratante o solicitante.

Cuando la mujer embarazada no renuncia a la maternidad, desea conservar el hijo y que sea plena y legalmente suyo.

Cuando existieran conflictos derivados de una comercialización descubierta por la crisis originada.

Cuando la mujer gestante cede al hijo y ello le produce daños psicológicos de importancia en su vida.

Cuando hubiere otras personas (los donantes de material genético ya sean óvulos o esperma, por ejemplo) con intenciones de reclamar derechos de maternidad o paternidad, etc.

Cuando el hijo reivindica su origen genético y obstetricia.

Además de los anteriores casos problemáticos, identificados por la Comisión Palacios, hoy en día se identifican otros como los siguientes²¹:

20 Esta Comisión fue creada por el legislador español antes de regular el campo de las técnicas de reproducción humana, estuvo integrada por un grupo de expertos biólogos, ginecólogos, juristas, filósofos y moralistas quienes tuvieron el encargo de asesorar al cuerpo legislativo sobre los problemas genéticos, biológicos y éticos que planteaba la reproducción asistida. A la luz de los criterios del informe final de esta Comisión la Ley española de 1988 prohibió la práctica de la maternidad subrogada.

21 SOUTO GALVÁN, B.: "Aproximación estudio" cit., pp. 275-294.

Cuando la madre subrogante evidencia un estilo de vida riesgoso para el bebe durante el periodo gestacional.

Cuando la madre subrogante después de haber entregado el hijo a la pareja solicitante o contratante desea contactar al hijo.

Cuando la madre subrogante desarrolla con posterioridad al parto enfermedades físicas o psíquicas, o secuelas, que exceden la cobertura del contrato de subrogación.

Cuando no hay acuerdo entre la madre subrogante y los padres contratantes o solicitantes sobre la toma de decisiones de diagnóstico prenatal, de elección de la vía de nacimiento o de otras decisiones del proceso gestacional.

Cuando alguna de las partes se retracta de la celebración del contrato de maternidad subrogada.

Adicional a los anteriores, el contexto mundial marcado por la pandemia causada por el COVID 19 causó que emergieran otras tales como²²:

Cuando hay condiciones de orden público que impiden el desplazamiento de la madre subrogante a las instalaciones donde se tiene programado el parto.

Cuando ocurre el parto en instituciones no aliadas de los stakeholders y se registra a la madre subrogante como madre en el registro de nacido vivo.

Cuando ocurre el parto y la madre subrogante no puede entregar al niño e inician una vida en común generando un vínculo de apego entre ella y el recién nacido.

Cuando hay condiciones de orden público que impiden el encuentro de los padres intencionales con los menores o del regreso de las madres subrogantes a sus lugares de origen.

Sin lugar a dudas, son múltiples y complejas las situaciones que puede desencadenar la práctica de la maternidad subrogada, e independiente del contexto legislativo que se tenga en cada estado, como sostiene González, es necesario propender por una verdadera, real e integral protección de los derechos humanos de todos aquellos interlocutores que participan en el acto, es decir la

22 MUÑOZ-GÓMEZ, D.: "Barreras comunicacionales en la práctica de la maternidad subrogada. Una crisis en tiempos de pandemia", *Revista Bioética y Derecho*, 2021, núm. 52, pp. 61-83.

protección de aquellos que desean ser progenitores, mujeres madres subrogantes y especialmente de aquellas niñas y niños que nacen por este tipo de acuerdos²³.

IV. MOVIMIENTO DE FRONTERAS CAUSADOS POR LA MS.

A continuación, se presenta el estado de la cuestión con relación a algunos de los principales conceptos jurídicos que presentan tensiones y movimientos en los planteamientos clásicos del derecho de familia y que develan la necesidad de cuestionar la validez y conveniencia del movimiento de fronteras en los mismos.

I. Instituciones en movimiento.

A) La filiación.

El concepto tradicional establece que la filiación consiste en el vínculo que existe entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo. Este vínculo tiene una dimensión biológica, proveniente del hecho reproductivo, y está ligada a una dimensión jurídica; además de otras dimensiones importantes como la sociológica, la afectiva, etc. El punto de partida del derecho de filiación es la relación biológica existente entre generantes (padre y madre) y generados (hijos): sin la existencia de esa peculiar relación biológica no cabría hablar de filiación. Éste es un hecho natural, es decir, no es fruto de la cultura, la historia o el derecho positivo, sino de la propia naturaleza humana.²⁴

Sin embargo, este vínculo no es solamente biológico, sino que tiene una indisoluble dimensión jurídica toda vez que entre padre-madre e hijo surgen relaciones de justicia que obligan a los padres a prestar asistencia moral y material a sus hijos.

En ese sentido, la determinación de la dimensión biológica y legal de la filiación ha estado fácilmente determinada, en el caso de la relación madre-hijo se ha caracterizado como una relación directa, inmediata y de fácil determinación al ser derivada de un hecho común y próximo en el tiempo que son la gestación y el parto. En cambio, en el caso de la relación padre-hijo, se ha identificado como una relación mediata, indirecta y conocida por conducto de la madre. Por ello, se podría afirmar que la determinación legal de la maternidad se reduce sustancialmente a la constatación de hechos concretos y (más o menos) fácilmente demostrables –identidad del hijo con el alumbrado por la madre en un parto concreto–.

23 GONZÁLEZ MARTÍN, N.: "Adopción internacional", cit., pp. 618-645.

24 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La filiación, entre biología y derecho", *Prudentia Iuris*, 2013, núm.76, pp. 117-133.

En la determinación de la filiación de los niños nacidos a través de la MS hay tres criterios que concurren: la intencionalidad de los padres comitentes, la aportación genética y la realidad biológica del parto, y que tan sólo este último puede ser determinante para atribuir legalmente la filiación. Por su parte, la aportación de gametos tiene relevancia genética, pero es una cuestión externa al proceso propio de la gestación, toda vez que puede tener relevancia a efectos de reclamación de la paternidad, pero carecerá de toda relevancia a efectos de determinar la maternidad y la consecuente filiación respecto de la madre²⁵.

En esa medida, al enfrentar la realidad operante de la MS con el concepto clásico de filiación del derecho de familia, nos encontramos con que la forma de determinación de la filiación de la MS no encaja con la estructura clásica del concepto en la cual la dimensión biológica determina la dimensión jurídica. Esto ocurre en la medida en que quien es la madre subrogante (la que tiene el vínculo biológico por el hecho del parto y que además puede o no tener el vínculo genético dependiendo si aportó o no su óvulo) no coincide con quien se espera sea reconocida como la madre legal del niño nacido, y de esa manera hay un fraccionamiento entre la dimensión biológica y legal de la filiación.

Por ese motivo, los promotores de la MS han tenido que crear nuevos criterios o buscar nuevos caminos jurídicos para abrir espacios en el derecho, mover las fronteras del concepto tradicional de filiación y lograr obtener la declaración del vínculo jurídico que la biología no les permite obtener.

En ese camino de buscar la forma de lograr el efecto jurídico filiatorio en la MS, se han creado distintas estrategias para lograrlo, la principal de ellas es la creación del concepto de filiación intencional, el cual pretende crear el vínculo filiatorio a partir de la voluntad intencional procreacional de la pareja o de la persona que encarga la MS.

En ese sentido, la voluntad procreacional es entendida como una forma de reconocer el consentimiento informado de las personas que deciden usar las técnicas de reproducción asistida, como la MS, para el efecto de que se acredite y permanezca su intención de ser padres²⁶.

No obstante, la pretensión de lograr la declaración del vínculo filiatorio legal a partir de la voluntad de los padres intencionales no ha sido suficiente en la mayoría de los casos en la medida en que no tiene validez en muchos de los ordenamientos legislativos alrededor del mundo. De allí que lograr la filiación respecto del niño encargado a través de la MS sea el principal desafío jurídico que tiene la MS y

25 MARCO VILA, P.: *La determinación de la filiación en la gestación por sustitución. Principios éticos, bienes jurídicos y doctrina jurisprudencial*, Tesis de Doctorado, 2006, Universidad de Valencia.

26 GONZÁLEZ MARTÍN, N.: "Adopción internacional", cit., pp. 618-645.

es considerado el quid del asunto, debido a que la filiación es, como lo sostiene Martínez de Aguirre, “la clave de bóveda del derecho de familia”²⁷.

De tal manera, la discusión de fondo del tema radica en cuál debe o puede ser el criterio a partir del cual se puede generar el vínculo filiatorio, toda vez que el derecho de familia clásico estableció como causa filiatoria únicamente el vínculo biológico y/o genético y la propuesta de los promotores y defensores de la MS es ampliar el criterio para que la generación del vínculo se pueda dar también por la voluntad intencional.

Ahora bien, la cuestión mayor que queda por resolver no es meramente si debe ampliarse el concepto de filiación con la categoría de la voluntad procreacional, sino si dicho movimiento, brinda la seguridad jurídica pretendida a través de la figura de la filiación a los casos de niños obtenidos a través de la MS, o si por el contrario se incurre en una posible situación de inseguridad jurídica para los niños, las madres subrogantes y los padres intencionales. Sobre esta cuestión se discutirá en el capítulo final de este texto.

Finalmente, en esta discusión es importante no perder de vista que, independiente de la postura que se tenga a favor o en contra de la ampliación del concepto, se debe recordar que la forma de determinación de la relación paterno filial siempre debe estar basada en el principio del interés superior del menor, el cual debe ser atendido de manera prioritaria al momento de determinación de la relación paterno-filial en nacimientos derivados de la gestación por sustitución²⁸.

B) *La maternidad.*

Maternidad es un concepto que proviene del vocablo latino maternitas, y hace referencia a la condición de madre: la mujer que concibió y parió uno o más hijos y que ejerce un rol de cuidado con afecto y responsabilidad. De esta concepción se extrae la dimensión biológica, legal, sociológica y afectiva del concepto.

Jurídicamente, la maternidad tiene la naturaleza de un hecho jurídico, asociado con el hecho reproductivo del ser humano del cual surgen derechos y obligaciones²⁹. Durante muchos años, incluso siglos, se pensó que la determinación de la maternidad no tenía mayores complejidades, sin lugar a duda por la influencia de la máxima Paulina “mater semper certa est”, de la que, con excesiva generalización,

27 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ, C.: “La filiación”, cit., pp. 117 -133.

28 GONZÁLEZ MARTÍN, N.: “Adopción internacional”, cit., pp. 618-645.

29 KURCZYN VILLALOBOS, P.: *Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo*, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 121.

se ha considerado que no hay problemas en la determinación y pruebas de la maternidad y que es fácil su demostración por el mismo hecho del parto³⁰.

En esa línea, por mucho tiempo, se daba como implícita y de universal aceptación la idea de que madre es la mujer que gesta y pare el hijo, la maternidad era el resultado biológico del acercamiento natural, por acto sexual, del gameto masculino con el gameto femenino. De tal manera, la maternidad incluía la herencia genética, la relación fisiológica del embarazo y parto, y el rol social y cultural de la crianza. En resumen, por mucho tiempo la ecuación maternidad igual a parto, ha sido la premisa para definir legalmente la maternidad.

En esta cuestión, autoras como Patricia Marco sostienen que el principio jurídico paulino “mater semper certa est” mantiene su vigencia³¹, sin embargo, es una discusión abierta, puesto que, para otros afirman que éste se ha puesto en tela de juicio en la medida en que la determinación de la filiación materna ya no es claramente el resultado del hecho biológico del parto³².

Hoy la cuestión presenta nuevas perspectivas y grandes desafíos, los nuevos tiempos y las nuevas realidades, como la MS, han puesto en discusión este concepto clásico al encontrar una disociación de las distintas dimensiones o realidades de la maternidad que originalmente se concentraban sobre una misma mujer y que ahora, a partir de las alternativas que ofrecen las TRHA, pueden estar en cabeza de distintas mujeres³³.

Por ejemplo, en México, en el estado de Tabasco, uno de los dos estados que tienen legalmente permitida la práctica de la MS, la regulación específica para el tema creó una nueva figura para la determinación de la maternidad, estableciendo que en el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta (es decir aquella que proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético), se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. Y en los casos en los que participe una madre subrogada (es decir aquella que aporta el material genético y el proceso de gestación), se deberá acudir a la figura de la adopción plena³⁴.

De dicha legislación se extraen dos nuevos criterios fundamentales; en primer lugar, cuando la mujer gestante no tiene una vinculación genética, la madre

30 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Mater Semper”, cit., pp. 5- 96.

31 MARCO VILA, P.: “Determinación filiación” cit., p. 14.

32 VALDÉS DÍAZ, C.C.: “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 2014, núm. 31, pp. 459-482.

33 LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Edicions Universitat Barcelona, España, 2012, p. 31.

34 Código Civil De Tabasco, art. 92.

intencional será reconocida como madre legal del nacido, sin importar que el ovulo sea de la madre intencional o de una tercera donante. En segundo lugar, cuando la mujer gestante tiene una vinculación genética con el niño, entonces será reconocida como madre legal y deberá renunciar a la maternidad en favor de la madre intencional, quien deberá adoptarlo para ser reconocida como madre legalmente".³⁵.

Ahora bien, como hemos introducido en el acápite anterior, la discusión sobre el tema no se concentra sólo en la necesidad de modernizar el derecho de familia o de cambiar o ampliar los conceptos tradicionales, sino en las implicaciones jurídicas que ello trae, por ejemplo, respecto del concepto puntual de maternidad, en materia de derechos sociales y laborales, se deducen a su vez las consecuencias sobre el concepto y normativa de la licencia de maternidad, la cual, plantea el interrogante de a quién se le debe conceder la licencia, si a la mujer madre subrogante que gestó y vivirá en su cuerpo naturalmente el proceso biológico del postparto y puerperio, o a la madre intencional que asumirá las labores de cuidado y crianza del niño. O si debe otorgar a ambas debido a que cada una, de manera independiente, asumirá las labores propias de la dimensión biológica de la maternidad y de la labor social y de afecto de esta. En dado supuesto, consecuentemente deviene la inquietud del costo financiero de dichas implicaciones para los sistemas de salud y seguridad social de los estados.

Por ejemplo, en Colombia se conoció recientemente el caso de la sentencia de tutela T-275 de 2022, en el que la Corte Constitucional Colombiana conoció el caso de una tutela interpuesta por un hombre que había contratado la maternidad subrogada y quien reclamaba el reconocimiento de la licencia de maternidad para él, toda vez que era quién cumplía con las labores de cuidado de la niña que obtuvo a través del contrato de gestación subrogada.

En este caso, la Corte decidió otorgarle al padre de la menor la licencia de maternidad que solicitaba, retirar el reconocimiento de la licencia de maternidad que le habían otorgado a la madre subrogante y en cambio, reconocerle a esta una incapacidad médica por siete semanas. Por lo cual, es un caso que permite ver de manera evidente el movimiento que ha tenido no sólo la legislación civil sobre el concepto de maternidad, sino también, en la legislación laboral el concepto de licencia de maternidad.

En dicho precedente, la Corte Constitucional Colombiana, recordó además que las licencias de maternidad y paternidad son instituciones previstas para que el padre o madre tengan derecho a disfrutar de cierto número de días remunerados para contar con los medios económicos que les permitan velar por

35 ÁLVAREZ, N.: *La Maternidad subrogada en México: leyes en cada estado y precios*, Babygest, México, 2019.

su subsistencia y la de su menor hijo. También, señaló que estas licencias tienen como fundamento último y común el interés superior de la niñez, por eso buscan propiciar las condiciones adecuadas para garantizar el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a recibir el cuidado y amor por parte de sus padres³⁶.

De igual forma, aclaró que la licencia de maternidad también reconoce a la madre un período destinado a la recuperación física. En este sentido, la jurisprudencia colombiana ha reconocido que el tiempo de licencia se asocia al lapso en el que la madre, al tiempo que se recupera de haber dado a luz, le brinda el cuidado y el amor al recién nacido.

Este caso permite evidenciar el progresivo reconocimiento que se ha venido haciendo por parte de los distintos Tribunales nacionales para aquellas personas que su maternidad o paternidad es fruto de un contrato de maternidad subrogada³⁷.

No obstante, lo anterior no implica que la licencia de maternidad sea exclusiva de las mujeres que han dado a luz a sus hijos, puesto que la ley, en este caso la colombiana, reconoce que también es aplicable a las madres adoptantes y al padre ante la muerte de la madre biológica y el padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente³⁸.

Por lo cual, quedan las dudas sobre cuál debe ser el criterio para determinar la asignación de este tipo de derechos, que originalmente son causados como consecuencia de la maternidad legal, pero que ante desafíos como los que plantea la MS, se encuentra ante la necesidad de crear nuevas formas de interpretación con miras a no privar de sus derechos a las madres que viven la dimensión biológica de la maternidad, a las madres y padres intencionales que viven la dimensión social y afectiva de la maternidad y especialmente, a los niños objeto de estas prácticas, sobre quienes debe existir un lugar de especial y superior protección.

C) *La paternidad.*

La paternidad es un concepto que procede del latín *paternitas* y se refiere a la condición de ser padre. Consiste en la relación jurídica entre el padre y el hijo que genera una serie de derechos y deberes recíprocos. Este concepto, a su vez reúne la dimensión biológica, jurídica y sociológica (cultural y afectiva) de la paternidad. Desde el punto de vista biológico la paternidad se determina a través de la información genética que el varón transmite al menor procreado

36 T-275-2022, Corte Constitucional de Colombia, MP. Cristina Pardo Schlesinger.

37 RUIZ FRANCO, A.: "Un análisis crítico del progresivo reconocimiento de los derechos vinculados a la maternidad subrogada". *Revista Bioética y Derecho*, 2018, núm. 44, pp. 41-56.

38 T-1078-2003, Corte Constitucional de Colombia, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

con una mujer; sin embargo, la definición de este concepto se vuelve mucho más compleja³⁹.

Desde el marco de la dimensión jurídica, la determinación de la paternidad puede tener distintas vías para su reconocimiento. La primera, cuando no existe una discusión entre los padres, se puede establecer de forma voluntaria; es decir se reconoce al hijo tenido en común o criado. Segunda, puede establecerse mediante evidencias circunstanciales, por ejemplo, cuando un hombre incluye al niño en su familia, casa y lo presenta a la sociedad como su propio hijo. Tercera, cuando opera la presunción de paternidad que establece que se presume que los hijos tenidos dentro del matrimonio son del padre casado con su esposa, el cual nació durante o poco después de su matrimonio. Y cuarta, cuando hay discusión o dudas entre los padres, a través de la prueba genética de ADN.

Por ello, se afirma que a diferencia de la determinación legal de la maternidad que se reduce sustancialmente a la constatación de hechos concretos y fácilmente demostrables, la determinación de la paternidad necesita de instrumentos jurídicos, lógico-formales, vinculados a la mediatez de la relación inicial⁴⁰.

Ahora bien, en el caso concreto de la MS el desafío de la determinación legal de la paternidad se hace aún más complejo, toda vez que el criterio biológico-genético puede estar o no en cabeza del padre intencional que pretende lograr el reconocimiento del vínculo legal como padre del niño objeto de la técnica.

Lo anterior ocurre en la medida en que el embarazo pudo ser con el aporte genético del padre intencional o con el de un tercero donante. En el primer supuesto, bastaría la práctica de la prueba genética para acreditar el vínculo de la relación paterno filial, mientras que, en el segundo, tendría que recurrir a otras vías tales como la adopción plena, o el reconocimiento judicial de la categoría de la voluntad procreacional como criterio para determinarla, sin embargo, a hoy, no es una opción que brinde el derecho regulado sino una salida a la que se accede únicamente vía proceso judicial.

Por ejemplo, un reciente caso conocido en España por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) presentó el típico caso de MS llevada a cabo en el exterior y que busca nacionalizar los efectos jurídicos de la relación paterno filial con el menor. Se trata de un caso en el cual una niña nacida por MS en Ucrania en 2018 y luego fue llevada a España donde fue inscrita y reconocida como española bajo el argumento del interés superior de la menor: "Debe primar, en casos como

39 DELGADILLO, J. N. G., BERMÚDEZ, G. M.: "Análisis jurídico de la paternidad con perspectiva de género: una visión desde la masculinidad", *Revista latinoamericana de derecho social*, 2015, núm. 20, pp. 31-59.

40 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español", *Anuario de derecho civil*, 1997, núm. 50, pp. 5- 96.

el analizado, el interés superior del menor: básicamente se trata de que el niño, niña en este caso, desde su nacimiento solo conoce el núcleo familiar que es el formado con su padre biológico, el hoy apelado, desvinculándose por completo de la mujer que le dio a luz⁴¹”

El TSJM se pronunció tras el recurso de apelación que presentó la Abogacía del Estado, contra una sentencia previa de un juzgado contencioso administrativo de Madrid que reconoció el derecho que tenía el padre biológico, a disfrutar del permiso de maternidad.

La Abogacía del Estado presentó dos argumentos centrales, el primero, que la ley de reproducción humana asistida⁴² considera “nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante y de un tercero y, además, que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Y el segundo, que la sentencia apelada pretendía “hurtar” la condición de madre a la madre biológica para atribuírsela al padre “cuando lo cierto es que la hija del apelado se ha convertido en objeto de comercio”. Y añadió que la discusión no es si el padre “puede cuidar a la menor; sino si el mismo debe ser retribuido con cargo a los Presupuestos Generales del Estado mientras lo hace”.

Finalmente, en mayo de 2021 el TSJM el dictó sentencia en la que confirmó el permiso de maternidad al padre biológico entendiendo que, si no se le otorga la prestación por maternidad en este caso “se produciría una discriminación en el trato dispensado a este, por razón de su filiación”. Lo resume con esta frase: “La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación subrogada no supone que al menor se le prive de determinados derechos establecidos, conforme doctrina uniforme y reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en atención y favor del interés superior del niño cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que le afecte”. Además, señaló que el periodo de permiso es en primer lugar para la recuperación del parto, pero también para “la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor”. Y añadió que en los casos de menores nacidos por MS “se producen también las especiales relaciones entre el padre y el hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor, por lo que han de ser debidamente protegidas”.

Como se puede constatar en el anterior caso, a través de este precedente se amplió no sólo el concepto de paternidad legal, sino que además el de licencia de maternidad y de paternidad, tal como en el caso colombiano anteriormente

41 TSJM 7 mayo 2021 (5079-2021).

42 Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 2006

estudiado, por lo cual, es evidente cómo la lucha por abrir caminos que legalicen los efectos de la práctica de la MS no se detiene.

D) La adopción.

La adopción, es una figura que se remonta en el Imperio Romano, en donde la "adoptio" era una de las formas para adquirir la patria potestad de los hombres, por medio de un acto solemne en que el adoptado era recibido en la familia civil como nieto o hijo, "filias familias non solum natura verum et adoptiones faciunt", ("no solo la naturaleza sino también las adopciones hacen hijos de la familia")⁴³.

Posteriormente, la figura de la adopción fue acogida por el Código Civil francés en 1804 y al igual que en el derecho romano, la adopción era un mero derecho del adoptante, sin embargo, posteriormente el Código Francés concibió la adopción como una figura que, al contrario de tutelar los derechos del adoptante, tiene como único propósito proteger al adoptado, esta idea es la base de todo el desarrollo legal y jurisprudencial tanto nacional como internacional que hoy en día existe como marco normativo de la adopción⁴⁴.

A hoy, la adopción es una medida de protección y garantía de los derechos de menores que no están integrados a una familia, encaminada a garantizar su derecho a una familia, incorporándolos a un hogar donde les proporcionen las condiciones adecuadas para su desarrollo. En ese sentido, la intervención del Estado responde al principio de la integración familiar para encontrar un ambiente familiar que sea idóneo para el normal desarrollo del menor.

De acuerdo con la legislación internacional, un principio que rige la actuación judicial en relación con el derecho a una familia de los infantes, es el de inserción en el núcleo familiar biológico; sin embargo, ello no implica que sea una regla a seguir en todos los casos de adopción, pues por el significado y alcance del interés superior del menor, hay casos en los que lo más conveniente es integrar al menor a un núcleo familiar distinto a aquel en el que se tienen lazos biológicos, pues el Estado tiene la obligación de buscar la familia idónea para su desarrollo, por lo que no en todos los casos conviene preservar las uniones biológicas, sino verificar la que le resulte más favorable ⁴⁵.

En Italia, por ejemplo, país donde la maternidad subrogada está legalmente prohibida, no son pocos los casos de personas y parejas que acceden a esta práctica

43 MUÑOZ-GÓMEZ, D.S., ARBELÁEZ LUNA, D.: "Fallas en el sistema de adopciones en Colombia", *Persona y Familia*, 2022, núm. 11, pp. 49-69.

44 MUÑOZ-GÓMEZ, D.S. Y ARBELÁEZ LUNA, D.: "Fallas Adopción", cit., pp. 49-69.

45 GONZÁLEZ MARTÍN, N.: "Adopción internacional", cit., pp. 618-645.

en otros países, donde sí está permitida o al menos no prohibida, y luego buscan el camino jurídico para importar a su país los efectos paternofiliales pretendidos.

Uno de los casos emblemáticos del tema es el caso “Paradiso y Campanelli vs. Italia”⁴⁶ en el cual un matrimonio italiano recurrió a encargar la maternidad subrogada con el espermia del padre comitente. El bebé nació en febrero de 2011, la madre subrogada dio su consentimiento escrito para que el niño fuera registrado como hijo de los contratantes y de conformidad con la legislación rusa, los padres contratantes fueron registrados como padres del niño y el certificado de nacimiento ruso –que no mencionaba la gestación por sustitución– fue apostillado de acuerdo con la Convención de La Haya.

En mayo de 2011, cuando los padres contratantes solicitaron el registro del certificado de nacimiento por parte de las autoridades italianas (quienes habían sido informadas por el Consulado italiano en Moscú de que el certificado contenía información falsa) fueron acusados por la alteración del estado civil del niño y por infringir la ley de adopción. El Ministerio Público solicitó el inicio de un proceso de adopción fundamentando en que el niño debía ser considerado en estado de adoptabilidad. El Tribunal italiano solicitó una prueba de ADN cuyo resultado estableció que no existía vínculo biológico entre el niño y los padres contratantes –de manera contraria a lo que habían declarado-. El Tribunal italiano decidió separar al niño y prohibir el contacto entre ellos, rechazó el registro del certificado de nacimiento ruso y ordenó la emisión de un nuevo certificado de nacimiento en el que se indicara que el niño era hijo de padres desconocidos y se le otorgara un nuevo nombre. Los padres contratantes se opusieron a todas las medidas y solicitaron la adopción del niño, que les fue negada.

El caso llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la sección segunda del TEDH concluyó que la separación del niño de los padres contratantes había constituido una violación al art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Conv.EDH). Entre sus fundamentos jurídicos, la Corte sostuvo que:

“...se deben tomar en cuenta los vínculos familiares de hecho. En este sentido, se señala que los peticionarios han pasado junto con el niño las primeras etapas importantes de su joven vida: seis meses en Italia a partir del tercer mes de vida del niño. Con anterioridad a ese período, la peticionaria ha pasado algunas semanas junto a él en Rusia. Aunque el período es relativamente corto, la Corte estima que los peticionarios se han comportado en relación con el niño como sus padres y concluye que existe una vida familiar de hecho entre ellos. De esto se desprende que en el presente caso se aplica el art. 8 de la Convención” (Cf. párr. 69).

46 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aplicación 25358, 2012.

En este sentido aclaró que el art. 8 de la Conv.EDH no solo protegía la vida familiar sino también la vida privada aún incluye el derecho de las personas a formar relaciones con los demás. Además, explicó que:

“...la referencia al orden público no puede constituirse en una carta blanca que justifique cualquier medida porque la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño incumbe al Estado con independencia de la naturaleza del lazo parental, genético u otro [...] En efecto, la separación del niño del contexto familiar es una medida extrema que debe adoptarse como último recurso. Para que una medida de este tipo se justifique, debe cumplir con el objetivo de proteger al niño que se encuentre expuesto a un peligro inmediato para su persona” (Cf. párr. 80).

Posteriormente, el 1 de junio de 2015, el caso fue reenviado a la Gran Sala por iniciativa del gobierno italiano y en esta instancia se determinó que la decisión de los Tribunales italianos, que determinó retirar la tenencia del menor a los padres contratantes de la maternidad subrogada y que por ende no poseían relación biológica con el niño, no constituía una violación al respeto a la vida privada y familiar consagrada en el artículo 8 de la Conv.EDH, y como consecuencia revocó la sentencia que había dictado la Sala de la Segunda Sección de la misma CEDH.

Este caso es una muestra de cómo la MS viene pretendiendo movilizar las fronteras del derecho de familia, y sus conceptos clásicos, para dar espacio a la legalización de una práctica en muchos casos prohibida, como es en Italia, y que quiebra significativamente las bases estructurales de las relaciones paternofiliales.

En el caso concreto de la adopción, no son pocos los casos donde se opta por esta estrategia legal para obtener la declaración del vínculo filiatorio, por lo cual ha pasado de ser una medida de protección encaminada a garantizar el principio de integración familiar para un menor, para convertirse en un mecanismo para formalizar las consecuencias de un acuerdo privado de las voluntades contrario a la legislación nacional y lograr el deseo de tener un hijo y la promesa contractual del negocio de los *stakeholders* intermediarios.

2. El criterio del Principio de interés superior del menor.

En el capítulo anterior se presentaron algunas de las transformaciones que han tenido conceptos clásicos del derecho de familia como la filiación, la maternidad, la paternidad y la adopción, y se evidenció cómo los distintos tribunales que han ampliado dicho concepto lo han hecho a partir de la interpretación del principio del Interés Superior del menor (ISM). A continuación, se presentará una descripción de este principio y se plantean algunas discusiones sobre la forma de interpretarlo, antes y después de llevar a cabo la práctica de la MS.

El principio del ISM es un término complejo e indeterminado, que no debe, ni puede, ser conceptualizado porque el mismo varía según el caso específico del que se trate, interactuando en el tiempo y en el espacio. En este sentido, este principio implica que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se entenderá será el interés superior del menor⁴⁷.

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

En ese sentido, conviene observar que, para asegurar, en la mayor medida de lo posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el art. 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia. Por lo que es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características especiales y personales de la situación en la que se halla el niño⁴⁸.

En ese orden de ideas, en la discusión sobre las tensiones jurídicas que desencadena la MS, el choque entre los derechos reproductivos de los padres intencionales, frente a los derechos de los niños objeto de la práctica, es claro que siempre debe darse una prioridad a los derechos de los menores sobre los derechos de las personas adultas, lo que es conocido como el “puerocentrismo”.

Ahora bien, en el escenario de la MS se plantea además la discusión del reconocimiento de los niños como objetos o sujetos de derecho, en esa línea, Carmen Lázaro ha planteado que el concepto de persona como sujeto de derechos es un paradigma que forma parte de nuestra cultura occidental y que, hasta hace poco, no era cuestionado. Sin embargo, sostiene que la MS, “antes que una figura jurídica ha empezado siendo una práctica por medio de la cual terceros encargan a una mujer, con o sin precio, la gestación y parto de un bebé, el cual,

47 CALVENTO SOLARI, U.: *Conferencia Regional sobre Adopción Internacional, documento para guía de discusiones*, Conferencia Inter-Gubernamental sobre Adopción Internacional, Chile, 1999, p. 6.

48 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

en consecuencia, pasa a ser objeto y no sujeto de derecho, quedando afectada además de la persona su filiación⁴⁹

En la reflexión sobre los movimientos, lentos y progresivos, que ha venido teniendo el derecho de familia para dar cabida jurídica a los efectos pretendidos a través de la MS, es claro en primera instancia que al pensar en el interés superior de los menores objeto de esta práctica la respuesta más favorable, o quizás menos dañina, es otorgar el reconocimiento legal de los efectos de la MS y asegurar los derechos filiatorios y a una familia. Sin embargo, la discusión debe ir más a fondo y cuestionar cuál es el verdadero interés superior para los menores, toda vez que en los casos donde ya se tiene el niño o niña en medio de un entorno familiar, donde ya es un hecho cierto que se llevó a cabo la práctica, no caben dudas de que lo conveniente es asignarle legalmente el vínculo que lo haga perteneciente a la familia que lo encargó y que lo quiere.

Sin embargo, la discusión es distinta si se va un poco más atrás de ello, si pensamos en si lo más favorable para un niño es nacer a través de un técnica donde desde el minuto cero de su existencia, es decir, desde el momento en que se desea, se está convirtiendo en un objeto de selección y de transacción comercial, en el sentido en que esta práctica permite no sólo alquilar un vientre y subrogar el proceso de gestación por parte de una mujer, sino que permite que los padres intencionales puedan hacer una selección de las características físicas e intelectuales del futuro niño, elegir, por ejemplo, si quieren que sea de tez morena o blanca, de ojos azules o negros, con capacidades altas para actividades deportivas, entre otros rasgos, y todo ello sobre el valor de un precio en el mercado bioreproductivo.

Esta es quizás la discusión más profunda del tema, si la práctica de la MS nos ubica ante el escenario de una nueva eugenesia, donde unos niños valen más que otros, así como unas mujeres y su servicio subrogativo vale más que el de otras dependiendo de si su lugar de origen es el tercer o primer mundo. Entonces, queda la inquietud, cuál es el verdadero interés superior de los niños en los casos de MS, debemos abrir las barreras jurídicas para formalizar esta nueva forma reproductiva, o quizás debemos zanjar límites claros que prioricen el valor superior de la dignidad de la persona, especialmente de los niños, que lo queramos o no, son el objeto y producto de esta práctica.

49 LÁZARO PALAU, C. M.: "El concepto de persona como elemento clave de la identidad europea: el caso de la maternidad subrogada", *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2019, núm. 2, pp. 189-201.

V. REFLEXIONES FINALES.

Como se ha presentado en el recorrido hecho a través de las transformaciones que ha tenido el concepto de filiación, maternidad, paternidad y adopción ante los casos de necesidad de legalizar los efectos jurídicos de la MS, es una realidad que el marco tradicional del derecho de familia no se adecúa a nuevas realidades familiares como lo es el tener un hijo(s) a través de estas técnicas, sin embargo, la reflexión final no es hasta donde debe moverse el derecho de familia para que estas nuevas realidades puedan entrar y estar reguladas por el derecho, lo cual sin lugar a dudas es una necesidad, (los tiempos cambian y el derecho debe cambiar también), sino sobre todo, en qué medida, deben adaptarse los linderos clásicos de las instituciones, de manera que no desprotegen los intereses superiores y originalmente protegidos por el derecho de familia.

Podría decirse que es fácil ampliar el concepto clásico de filiación, maternidad y paternidad asociado al criterio de la voluntad procreacional, pero la verdadera pregunta es si hacer ese reconocimiento protege verdaderamente a los niños al permitir esta nueva forma legal de crear vínculo filiatorio. O si por el contrario lo que estamos haciendo es abrir el marco para que, a través de una industria altamente costosa, el que quiera, cuando quiera y tenga los medios económicos para hacerlo, pueda obtener el reconocimiento como madre o padre de un niño y consecuentemente, convertir el hecho de ser padres en una cuestión atada a las posibilidades económicas y de acceso a las TRHA.

Así mismo, es importante considerar que en el derecho las cosas se deshacen como se hacen, en ese sentido, emerge la inquietud de si la voluntad intencional puede crear el vínculo filiatorio, consecuentemente implicaría que ese vínculo podría disolverse por la misma falta de esa voluntad intencional.

Sobre este asunto, autores como Esther Farnos, al reflexionar sobre el emblemático y lamentable caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia, sostiene que tolerar y reconocer legalidad a la situación creada por los comitentes es equivalente a legalizar la situación creada por ellos contraviniendo importantes normas de Derecho italiano. Por lo cual, las posiciones tolerantes ante casos como *Paradiso* convierten las legislaciones nacionales en normas meramente simbólicas y vacías de contenido. Y recuerda que las autoridades nacionales están llamadas a velar por el cumplimiento de las normas ex ante, de forma preventiva⁵⁰.

De otro lado, situaciones como la problemática asociada al reconocimiento de los beneficios sociales de la maternidad y la paternidad, tales como a quién

50 FARNOS AMORÓS, E.: "Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho", *Revista de Bioética y Derecho*, 2017, núm. 40, pp.231-242.

se le hace la asignación de la licencia de maternidad y de paternidad, permiten ver la disyuntiva existente con este tipo de practica toda vez que al quebrarse o fraccionarse el concepto tradicional que da lugar a este tipo de beneficios, como lo son la maternidad y la paternidad en sí mismos, se encuentran situaciones jurídicas de difícil solución y con importantes repercusiones a la cartera fiscal de los estados.

Finalmente, siguiendo los planteamientos de Michael Sandel, en su texto "Contra la perfección humana"⁵¹, podríamos afirmar que ampliar los marcos del derecho de familia sin limitaciones para que se puedan formalizar los efectos filiatorios pretendidos a través de la MS, nos ubicaría ante una realidad de hijos a la carta, de hijos a la medida, de hijos en diseño, de hijos como producto y en esa medida, en el contexto de lo que se ha denominado, una nueva eugenesia.

Ante el caso de la MS, el asunto entonces no se trata sólo de ampliar o modernizar el derecho de familia, sino, sobre todo, de lograr instituciones sólidas que regulen y garanticen de manera eficaz y anterior la protección de la dignidad humana y los derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los menores como sujetos de especial protección. Es un hecho que el derecho debe actualizarse, moverse y adaptarse a los nuevos tiempos, la cuestión es hasta dónde o cuál es el límite.

51 SANDEL, M.: *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, Marbot, Barcelona, 2015.

BIBLIOGRAFÍA.

ÁLVAREZ, N.: *La Maternidad subrogada en México: leyes en cada estado y precios*. Babygest, México, 2019.

ANDORNO, R.: *Bioética y dignidad de la persona*. Tecnos, Madrid, 2012.

BRENA, I.: "La Maternidad Subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?", *Revista de Derecho Privado*, 2009, núm. 23, pp. 141-157

CALVENTO SOLARI, U.: *Conferencia Regional sobre Adopción Internacional, documento para guía de discusiones*, Conferencia Inter-Gubernamental sobre Adopción Internacional, Chile, 1999, p. 6.

CASADO, M., NAVARRO-MICHEL, M.: *Documento sobre gestación por sustitución*, Editorial de la Universidad de Barcelona, España, 2019, p. 27.

DELGADILLO, J. N. G., BERMÚDEZ, G. M.: "Análisis jurídico de la paternidad con perspectiva de género: una visión desde la masculinidad", *Revista latinoamericana de derecho social*, 2015, núm. 20, pp. 31-59.

FARNOS AMORÓS, E.: "Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho", *Revista de Bioética y Derecho*, 2017, núm. 40, pp. 231-242.

GONZÁLEZ MARTIN, N., ALBORNOZ, M. M.: Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2016, núm. 16, pp. 1-27.

GONZÁLEZ MARTÍN, N.: "Adopción internacional, gestación por sustitución e interés superior del menor en el derecho mexicano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 618-645.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*, Editorama, San José de Costa Rica, 2008, p. 11.

KURCZYN VILLALOBOS, P.: "Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo", Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 121.

LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Edicions Universitat Barcelona, España, 2012, p. 31.

LÁZARO PALAU, C. M.: "El concepto de persona como elemento clave de la identidad europea: el caso de la maternidad subrogada", *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2019, núm. 2, pp. 189-201.

LÓPEZ DE ARMAS Y AMADO.: "Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada", *Revista de Derecho Privado*, 2014, núm. 52, pp. 2-18.

MARCO VILA, P.: *La determinación de la filiación en la gestación por sustitución. Principios éticos, bienes jurídicos y doctrina jurisprudencial*, Tesis de Doctorado, 2006, Universidad de Valencia.

MARÍN VÉLEZ, G. A.: "El arrendamiento de vientre en Colombia", *Opinión Jurídica*, 2015, núm. 2, pp. 69-86.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La filiación, entre biología y derecho", *Prudentia Iuris*, 2013, núm.76, pp. 117 -133.

MUÑOZ-GÓMEZ, D.: "Barreras comunicacionales en la práctica de la maternidad subrogada. Una crisis en tiempos de pandemia", *Revista Bioética y Derecho*, 2021, núm. 52, pp. 61-83.

MUÑOZ-GÓMEZ, D.S., ARBELÁEZ LUNA, D.: "Fallas en el sistema de adopciones en Colombia", *Persona y Familia*, 2022, núm. 11, pp. 49-69.

MUÑOZ-GÓMEZ, D.S.: "Biotecnologías reproductivas y el rol del estado: el caso de la maternidad subrogada en Colombia", *Serie Memorias*, 2019, núm. 10, pp. 256-268.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español", *Anuario de derecho civil*, 1997, núm. 50, pp. 5- 96.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, D.: "Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto del contrato", *Revista de Derecho Privado*, 2005, núm. 11, pp. 96-127

RUIZ FRANCO, A.: "Un análisis crítico del progresivo reconocimiento de los derechos vinculados a la maternidad subrogada". *Revista Bioética y Derecho*, 2018, núm. 44, pp. 41-56.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.: "Los acuerdos de Maternidad Subrogada: nuevos retos en la protección de los derechos de la mujer y la infancia", *Cuadernos ibero-americanos de direito sanitário*, 2016, núm. 5, pp. 146-178.

SANDEL, M.: *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, Marbot, Barcelona, 2015.

SANTAMARIA-SOLÍZ, L.: "Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos", *Cuadernos de bioética*, 2000, núm. 41. p. 37.

SOUTO GALVÁN, B.: "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho", *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 2005, núm. 1, pp. 275-294.

TILLER, S.: "Litigation, Legislation, and Limelight: Obstacles to Commercial Surrogate Mother Arrangements", *Iowa Law Review*, 1987, núm. 2, p. 147.

VALDÉS DÍAZ, C.C.: "La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 2014, núm. 31, pp. 459-482.