

RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR  
FECUNDACIÓN IN VITRO

MARÍA CAMILA ZAMBRANO HERNÁNDEZ



UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA  
BOGOTÁ D. C.

7 DE SEPTIEMBRE DE 2019

**RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR  
FECUNDACIÓN IN VITRO**

**María Camila Zambrano Hernández**

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Especialista En  
Derecho de Familia**

**Trabajo dirigido por Sandra Arévalo Fonseca**



Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales.

Especialización en Derecho de Familia

Bogotá D. C.

RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR  
FECUNDACIÓN IN VITRO

10

**Tabla de contenido**

1	Resumen .....	12
	Palabras claves. ....	13
2	Abstract.....	14
	Keywords: .....	15
3	Introducción.....	16
4	Objetivos.....	19
	Objetivo General .....	19
	Objetivos Específicos .....	19
5	Capítulo I: Efectos jurídicos del parentesco en Colombia desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. ....	20
	5.1.1 El parentesco en Colombia. ....	20
	5.1.2 La fecundación humana como determinante del parentesco por consanguinidad y su diferencia con la filiación.....	24
	5.1.3 El estado civil como un efecto jurídico del parentesco reconocido por acta de nacimiento. 28	
	5.1.4 Otros efectos jurídicos del parentesco. ....	33
6	Capitulo II: El alquiler de vientres en Colombia desde la entrada en vigencia de la constitución política de 1991 .....	37

RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR  
FECUNDACIÓN IN VITRO

	11
6.1.1 Las técnicas de reproducción asistida y los derechos a la vida privada, familiar y a la autonomía personal. ....	37
6.1.2 La maternidad y el alquiler de vientres en Colombia. ....	46
7 Capítulo III: Realidades en el ejercicio del alquiler de vientres. ....	51
7.1.1 La prohibición del alquiler de vientres, la filiación derivada del parto, la filiación genotípica y la filiación pro creacional. ....	51
7.1.2 Circunstancias fácticas y jurídicas para el caso colombiano. ....	59
8 Capítulo IV: Excepción al parto como un hecho reconocido jurídicamente. ....	67
9 Conclusiones y Recomendaciones. ....	74
10 Bibliografía. ....	77
11 Anexos. ....	84

## 1 Resumen

El alquiler de vientres es una práctica que no se encuentra ni prohibida ni permitida en nuestro país, sin embargo, las personas que pretenden acudir a ella para la conformación de la familia, deben cumplir con las formalidades de ley, entre ellas, tener a su cargo los derechos y también las obligaciones que implican la concepción y nacimiento del niño o niña.

Ahora bien, si la relación materno filial se deriva del nacimiento, el cual se acredita mediante el certificado del médico que asiste a la madre en el parto, existe una contradicción legal entre las personas que tuvieron la iniciativa de conformar una familia que tienen vínculo de consanguinidad con el niño o niña, y entre la mujer que simplemente subrogó su vientre para gestar al menor, quien no tendría correspondencia genética con el recién nacido.

Lo anterior, es una dicotomía que se presenta en el derecho colombiano por cuanto, en el caso mencionado, existiría compatibilidad genética entre la mujer que no participó en el trabajo de parto y el niño que acaba de nacer en el vientre de otra mujer, pero, jurídicamente el parentesco del menor se encontrará determinado por el solo hecho del nacimiento y exclusivamente en relación con la mujer que realizó el trabajo de parto, sin que en principio se pueda admitir la maternidad genética de la mujer que aportó el óvulo donde estaba contenida la información genética necesaria para el desarrollo de ese niño o niña en el vientre de otra mujer.

La mencionada situación hace que se incurra en un delito al momento en que la madre biológica desea registrar al menor, pues, según el certificado del médico o enfermero que atendió el parto,

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

13

ella no es la que ostenta el vínculo de consanguinidad con el recién nacido sólo por el hecho de no haber sido ella quien efectuó el trabajo de parto; en últimas, lo que se presenta, es que un documento, en este caso el certificado del médico que asistió el parto, está estableciendo vínculos de consanguinidad que en algunas ocasiones pueden no corresponder con la realidad fáctica de esa familia, con lo cual, se genera inseguridad para las personas que acuden a la práctica del alquiler de vientres, como quiera que no se tiene certeza acerca de la titularidad de derechos y obligaciones que tienen las madres para con sus hijos biológicos.

**Palabras claves:** Maternidad subrogada, alquiler de vientre, parentesco, estado civil, filiación, maternidad, derecho a un nombre, responsabilidad parental.

## 2 Abstract

The rent of bellies is a practice that is neither prohibited nor allowed in our country, however, people who intend to go to it for the formation of the family, must comply with the formalities of law, including having their I charge the rights and also the obligations that imply the conception and birth of the child.

However, if the maternal - filial relationship is derived from birth, which is accredited by the certificate of the doctor who assists the mother in childbirth, there is a legal contradiction between people who had the initiative to form a family that have a bond of consanguinity with the boy or girl, and among the woman who simply subrogated her belly to gestate the child, who would not have genetic correspondence with the newborn.

The foregoing is a dichotomy that is presented in Colombian law because, in the aforementioned case, there would be genetic compatibility between the woman who did not participate in labor and the child who has just been born in the womb of another woman, but , legally the relationship of the child will be determined by the sole fact of birth and exclusively in relation to the woman who performed the labor, without in principle the genetic maternity of the woman who provided the ovule where the ovule was contained could be admitted genetic information necessary for the development of that boy or girl in the womb of another woman.

The aforementioned situation causes a crime to be incurred at the time the biological mother wishes to register the child, because, according to the certificate of the doctor or nurse who

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

15

attended the birth, she is not the one who has the consanguinity link with the newborn just because it was not her who performed the labor; in the end, what is presented is that a document, in this case the certificate of the doctor who attended the delivery, is establishing links of consanguinity that in some occasions may not correspond to the factual reality of that family, with which, It creates insecurity for people who come to the practice of renting bellies, since there is no certainty about the ownership of rights and obligations that mothers have for their biological children.

**Keywords:** Surrogate motherhood, belly rental, kinship, marital status, parentage, maternity, right to a name, parental responsibility.



### **3 Introducción**

En ejercicio del derecho a la vida privada y familiar en consonancia con la autonomía personal y reproductiva y el goce de los beneficios del progreso científico, se encuentran las técnicas de reproducción asistida que facilitan la práctica del alquiler de vientres con el fin de dar nacimiento a un niño gestado por una mujer, quien ha aceptado un pacto o compromiso mediante el cual debe entregar al recién nacido a otra mujer que figurará como su madre.

Bajo ese entendido, se genera controversia respecto al parentesco jurídico determinado por la ley con relación al niño gestado, debido a que los derechos y deberes de una madre, de conformidad con la ley de Colombia, surgen con ocasión al parto, desvaneciéndose la exigencia de correspondencia entre lo genético y lo jurídico en aquellos casos en donde fue utilizada la técnica de reproducción asistida consistente en la fecundación in vitro, en la cual se usa el material genético de aquella mujer que no efectuará el parto; entonces, el problema se hace evidente por cuanto al momento de registrar al menor se debe acreditar el nacimiento mediante certificado del médico o enfermero que haya asistido a la madre en el parto, documento que en últimas constituye el fundamento del parentesco del recién nacido con su madre biológica.

Por lo anterior, y si por alguna razón llegare a existir incompatibilidad entre el documento mencionado, conocido como certificado médico, y el registro civil de nacimiento del niño, se configuraría el delito de suposición del estado civil; adicionalmente, se denota que la práctica del alquiler de vientres no está ni prohibida ni permitida en nuestro país, constituyendo así un limbo

jurídico para los que acuden a ella para la conformación de la familia por no saber cómo actuar una vez deciden recurrir a ese acuerdo de voluntades.

Es en virtud de lo anterior que radica la importancia de la presente investigación toda vez que una vez definida la identificación jurídica de la relación materno filial entre el niño gestado y la persona con la que realmente se tiene vínculo de consanguinidad pero que no realiza trabajo de parto en los casos de alquiler de vientres, se ampararía no solo los derechos de la mujer relativos al ejercicio de la patria potestad y al desarrollo de su personalidad, configurándose incluso en ella la exigencia de las obligaciones legalmente ordenadas para con su hijo, sino también los derechos del menor a tener una identidad y un estado civil que corresponda con su realidad material y genética, lo cual está ligado, de forma simultánea, con el reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho que les asiste en materia de alimentos y de vocación hereditaria; haciéndose notorio con tal reconocimiento jurídico la exclusión de la mujer gestante, pues, ella simplemente asumió el compromiso de entregar al niño apenas naciera y de prestar su vientre para permitir la gestación del mismo.

Es de mencionar que en el presente caso no se estudiará un problema que está tomando bastante importancia en el escenario colombiano, relacionado con el vacío existente en la legislación actual al no tener en cuenta los problemas jurídicos que surgen cuando se utiliza la inseminación artificial, en donde puede existir identidad biológica entre el recién nacido y su madre pero no siempre va a presentarse esa correspondencia con el padre, incluso pudiendo presentarse una total falta de correlación genética con los que ostentan la voluntad procreacional, en relación con

RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR  
FECUNDACIÓN IN VITRO

18

el niño o niña dado a luz, que en últimas complejiza la fecundación in vitro post mortem, o la que se realiza en mujeres solteras. (Cárdenas, 2011, p. 52)

## **4 Objetivos**

### **Objetivo General**

Identificar jurídicamente la relación materno – filial entre el niño gestado y la mujer con la que se tiene el vínculo de consanguinidad, pero que no realiza el trabajo de parto, en los casos de alquiler de vientres en Colombia desde la promulgación de la Constitución Política de 1991.

### **Objetivos Específicos**

1. Describir los efectos jurídicos del parentesco y la filiación en Colombia desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.
2. Analizar la figura del alquiler de vientres en Colombia a la luz de la Constitución Política.
3. Identificar las circunstancias jurídicas y fácticas de la relación entre las parejas que acuden al alquiler de vientres y el hijo nacido de esta práctica.
4. Analizar la exclusión del parto como hecho biológico reconocido jurídicamente para identificar jurídicamente la relación materno – filial en el alquiler de vientres por fecundación in vitro.

**5 Capítulo I: Efectos jurídicos del parentesco en Colombia desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.**

**5.1.1 El parentesco en Colombia.**

El parentesco es definido por Cúcalon & Cano (2001 p. 83) como “el conjunto de vínculos que unen o atan a los miembros de una misma familia”. Es definido como aquel vínculo “en razón de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción”, el cual genera obligaciones y derechos recíprocos entre unos y otros, el cual se mide en grados y se organiza en líneas. (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, s.f., p. 1)

La legislación civil colombiana, específicamente los artículos 35, 47 y 50 de la Ley 57 de 1887, Código Civil Colombiano, presuponen la existencia de tres parentescos. Por una parte, se encuentra el parentesco por afinidad, el cual surge en virtud de la celebración del matrimonio, y de la consolidación de la unión marital de hecho, creando así una relación jurídica entre los miembros de la pareja y sus parientes consanguíneos. (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM., s.f.)

Otro de los parentescos existentes para el derecho colombiano es el parentesco civil como resultado del procedimiento de adopción, en donde la ley cataloga como “padres” a unas personas que no tienen vínculo de consanguinidad con el que denominan “hijo”. (L. 57, art. 50, 1887). Es decir, esta clase de relación “se adquiere por la celebración de una adopción” (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM., s.f.)

Al respecto la Corte Constitucional Colombiana ha emitido pronunciamientos relativos a la evolución de la institución jurídica del parentesco civil, concluyéndose que las modificaciones normativas inciden sobre el vínculo del adoptado con la familia que lo adopta, de tal forma que se puede generar una modificación del sistema jurídico, conllevando a una derogatoria orgánica del artículo 50 del Código Civil como consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley 5 de 1975, que posteriormente fue derogada por el artículo 64 de la Ley 1098 de 2006, más conocido como Código de Infancia y la Adolescencia, que se encargó de extinguir el parentesco de consanguinidad del adoptado en todas sus líneas y grados, respecto a su relación genética con aquellos que lo concibieron. (C.C., C-336/16, 2019)

Al anterior parentesco se le puede asociar con el concepto de filiación por adopción, al establecerse una relación filial entre las personas que no la tienen por naturaleza, como consecuencia de un procedimiento jurídico-administrativo que se realizó para determinar cuál era la mejor alternativa que se podía adoptar para conseguir la protección de los derechos del niño, niña o adolescente. (Awad & Narvaez, 2001)

Por otra parte, de acuerdo al Código Civil Colombiano, se encuentra el parentesco de consanguinidad o natural, definido como aquella relación que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, comúnmente caracterizado por la existencia de una unión por vínculos de sangre. En ese sentido, en atención a la definición consagrada en la legislación civil, los grados de consanguinidad se cuentan por el número de generaciones, siendo oportuno indicar que existe una línea recta de parentesco cuando se cuenta bajando del tronco a los

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

22

miembros de la familia, es decir, sería descendente el padre para con sus hijos, así como con sus nietos y biznietos. (L. 57, art. 35, 1887)

Continuando con lo anterior, el parentesco puede ser legítimo y se presenta cuando “el nacimiento del hijo es producto de la concepción dentro del matrimonio de sus padres” mientras que puede ser extramatrimonial “cuando el hijo no es concebido dentro de una relación matrimonial entre sus padres” (C.C, T-354/12, párr. 62, 2019). Con base en los argumentos expuestos se evidencia que la legitimidad o no del parentesco va ,ligado con la temporalidad donde este se produjo, es decir, si fue dentro de un matrimonio se estará en presencia de un escenario jurídico totalmente distinto al que se produciría por fuera de ese contrato solemne, aspecto que se profundizará más adelante. (Awad & Narvaez, 2001)

Ahora bien, la jurisprudencia y la legislación divide la filiación en dos aspectos, uno que comprende las circunstancias de una “sentencia judicial declarativa, en firme de la paternidad o maternidad” (C.C., T-1045/10, párr. 63, 2019), en donde basta con que exista legitimación por activa para iniciar el proceso judicial que girará en torno a la prueba de ADN o la confesión del progenitor demandado; y la otra circunstancia tiene asidero en el “reconocimiento expreso y voluntario del padre o de la madre”, lo cual obliga a que exista una confesión por parte de uno u otro progenitor, que es un acto personal, voluntario, expreso, unilateral, solemne, irrevocable por quien lo efectúa y con efectos absolutos. (C.C., T-1045/10, 2019).

Adicionalmente, en el escenario extramatrimonial, la Ley 75 de 1968, indica que existen cuatro medios legales por los cuales se puede hacer el respectivo reconocimiento con miras a generar consecuencias jurídicas en materia de la filiación. (L. 75, art.1, 1968, 2019)

El primer medio es constituido por aquella manifestación de voluntad que se realiza ante un juez de la república, y que se concreta cuando se adelanta un proceso con el fin de reconocer al hijo como suyo, “o cuando dentro del trámite propio de un juicio, en alguna pieza procesal se encuentra la manifestación inequívoca del reconocimiento, del cual se deduce con absoluta certeza la paternidad de quien la hizo.” (C.C., T-1045/10, párr. 64, 2019); el segundo medio que se encuentra es descrito por parte de la Corte Constitucional y consiste en que el padre o la madre otorguen una escritura pública, buscando materializar esta intención de filiación, para lo cual se hace necesario concurrir ante un notario para que dé fe pública del acto y adicionalmente, inserte “la respectiva nota marginal sobre la identificación del instrumento público mediante el cual obró el reconocimiento” (C.C., T-1045/10, párr. 64, 2019)

Otra de las alternativas es la posibilidad de realizar el reconocimiento haciendo uso del testamento, que debe cumplir con todas las rigurosidades que establece la ley en caso de ser abierto o cerrado, y que, en últimas, va a ser un documento idóneo que por consignar esta intención del testador, va a generar efectos jurídicos para las personas allí interesadas.

Por último, se encuentra el consistente en el reconocimiento por acta de nacimiento, el cual comprende la manifestación inequívoca de la paternidad, realizada ante el funcionario encargado del registro civil, esto quiere decir, que se lleva a cabo una denuncia ante el notario, por parte del



progenitor, que debe quedar consignada en un acta. Con relación a este último medio es de destacar que en la normatividad mencionada se enuncia la circunstancia de la manifestación por parte del progenitor masculino, pero, no se pronuncia en lo relativo al reconocimiento de la maternidad por acta de nacimiento, situación que a todas luces está generando consecuencias jurídicas adversas en el escenario actual.

### **5.1.2 La fecundación humana como determinante del parentesco por consanguinidad y su diferencia con la filiación.**

La vida humana es originada en una relación sexual sostenida entre un hombre y una mujer que permite que un espermatozoide fecunde un óvulo. En efecto, el proceso de fecundación se convierte en un fenómeno complejo por cuanto es necesario que entre millones de espermatozoides, uno logre la fusión con el óvulo, cosa que ocurre después de una práctica eugenésica natural. (Cárdenas, 2011)

Es así como, de una serie de espermatozoides que logran depositarse en la parte interna del cuello uterino de la mujer, después de ser introducidos en la vagina de esta, solo una parte logra llegar a la trompa de Falopio para encontrarse con el óvulo que se desprende de una de las dos trompas e inicia su recorrido hacia el útero, finalmente solo una célula reproductora masculina traspasa la membrana externa del óvulo, para dar inicio al proceso de singamia donde se mezclan las cargas cromosómicas de los gametos femeninos y masculinos. (Cárdenas, 2011). De esta manera y después de la fusión y multiplicación celular, conocida como primera y segunda segmentación, se continúa con el proceso de anidación, permitiendo que el desarrollo

embrionario se vuelva uno distinto del de la madre, surgiendo así un binomio en el útero de la mujer.

Es pertinente indicar que una vez ocurre la anidación del pre-embrión se hace necesario que se den una serie de condiciones para que la fusión de los gametos derive en una persona humana, dentro de las cuales se encuentra que el denominado blastocito o embrión, reciba de la mucosa uterina del cuerpo materno, una información adicional que permita el proceso natural e independiente del feto. (Cárdenas, 2011)

Al llegar a este punto es de resaltar que la fase unicelular del individuo, es decir el cigoto, comprende material heredado de los progenitores, caracterizándose por ser una célula con organización polarizada distinguiéndose por contenerlas primeras divisiones celulares estructuradas en una unidad vital “tanto en sus estructuras espaciales como en sus funciones.” (Moratalla, 2004, p. 6) En suma, desde un aspecto antropológico, al genoma humano se le ha asociado con los aspectos más importantes de la persona, ligado no solo con la identidad o el carácter único de cada ser, sino también ligado a su dignidad. (Rodríguez, Valdebenito, & Lolás, s.f.)

Ahora bien, el desarrollo biotecnológico nos permite hablar de una segunda forma de fecundación que permite el surgimiento del ser humano a partir de artificios tecnológicos (Cárdenas, 2011), y es lo que es conocido como técnicas de reproducción asistida, clasificada en las técnicas denominadas como inseminación artificial y fecundación in vitro, sin embargo, el desarrollo de este tipo de fecundación será abordado más adelante.

A propósito de la formación independiente del feto dentro del vientre materno, se hace necesario hablar del parto como una circunstancia que pone fin a la gestación y del cual jurídicamente se derivan consecuencias atinentes al estado civil del que ha nacido. Ante todo, el parto se divide en dos fases distinguidas como aquella anterior o latente y posterior o trabajo de parto, clasificándose esta última fase activa del trabajo en tres periodos consistentes en las contracciones uterinas, la dilatación completa del cuello uterino y la expulsión fetal. (Andina, 2002)

Ciertamente, con ocasión a la expulsión fetal ocurrida es que el Decreto 1260 de 1970 señala que “el nacimiento se acreditará ante el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil mediante certificado del médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto” circunstancia que deriva en varios inconvenientes cuando el parentesco y sus efectos se determinan por esta circunstancia y no por la realidad material de existir una vinculo genético y de consanguinidad en los casos de alquiler de vientres, como consecuencia de haber usado la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro, es decir, cuando la mujer que presta su vientre no dona su ovulo para el proceso gestacional, y en consecuencia el recién nacido no tiene correspondencia genética con la que realizó el trabajo de parte. (Dec. 1260, art. 48, 1970)

Hay otro aspecto que es pertinente destacar relacionado con el concepto de filiación, definido desde un aspecto doctrinal y jurisprudencial como ese vínculo que une a un hijo con su progenitor, es la relación de parentesco establecida en la ley entre un ascendente y su descendiente. (Awad & Narvaez, 2001)

Con relación a este concepto es permitido hablar de filiación legítima o extramatrimonial, aplicable para el parentesco por consanguinidad, y, en el caso de la adopción se tendrá que hacer referencia al vínculo de naturaleza civil. Bajo el anterior entendido, la diferencia para con el parentesco radicaría en que este último comprende la relación entre todos los miembros de un mismo tronco, tal y como se mencionó, mientras que la filiación está determinada por la relación bilateral entre dos miembros de una familia. Es así, como la Constitución Política de Colombia señala que la familia se constituye no solo por vínculos naturales sino también por vínculos jurídicos, unido a la decisión libre y la voluntad responsable de conformarla. (Cons. P., art. 42, 1991)

No hay que ignorar en este punto que mediante sentencia de la Corte Constitucional, esta corporación ha caracterizado a “la familia como institución básica de la sociedad debe ser protegida y amparada por el Estado” y en consecuencia la protección se extiende tanto a las familias que surgen en virtud de cualquiera de los lazos de consanguinidad o del parentesco civil, como a las familias de facto o familias de crianza, composición familiar que “supone la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y el respeto mutuos que van consolidando los núcleos familiares de hecho.” (C.C., T- 569/16, párr. 101, 2019).

Adicionalmente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que las relaciones familiares se encuentran determinadas no solo por vínculos biológicos si no también jurídicos, y en ese sentido para efectos de establecer la filiación la ley presume su fuente en “el trato sexual de los presuntos padres”. (C.S.J., Sala C. Civ., SC6009/18, 2019). Sin embargo, las

normas al regular la filiación en nuestro país a través de los vínculos de consanguinidad, consagraron una excepción la cual se encuentra determinada por la presunción de paternidad extramatrimonial, que se asocia con la acreditación de la posesión notoria del estado del hijo y no a la regla de las relaciones carnales entre los padres.

### **5.1.3 El estado civil como un efecto jurídico del parentesco reconocido por acta de nacimiento.**

La Constitución Política de 1991, consagra el derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano. (Cons. P., art. 14, 1991). Lo anterior encuentra consonancia con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobados mediante la ley 74 de 1968 y la ley 16 de 1972, respectivamente. (C.C., T-283/18, 2019).

En este sentido, se ha señalado que el derecho a la personalidad jurídica no se reduce a la capacidad de la persona humana de ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende también la posibilidad de que posea, por el simple hecho de existir, determinados atributos que “constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho” (C.C., C-109/95, párr. 53, 2019), tales como el nombre, el estado civil, el domicilio, la nacionalidad, y la capacidad para adquirir derechos y obligaciones, entre otros.

En consecuencia de lo anterior, se ha indicado que el medio para acreditar la personalidad e identificar a las personas corresponde a la cédula de ciudadanía, documento que tiene como

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

29

herramienta para su elaboración el Registro Civil de Nacimiento, toda vez que es este en donde se consagra la información que permite el reconocimiento de la personalidad jurídica. Ahora bien, en palabras de la Corte Constitucional “el certificado del registro civil es el documento en el que se consigan los hechos y actos relativos al estado civil de las personas, entre ellos el nacimiento, el cual se encuentra reglamentado en el Decreto 1260 de 1970” (C.C., T-354/12, párr. 54, 2019)

Con relación a lo anterior, y en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al presidente de la Republica de Colombia, por el literal d) del artículo 1 de la Ley 8 de 1969, se expidió el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas, mediante el Decreto 1260 de 1970, definiéndose allí el Estado Civil como “la situación jurídica en la familia y la sociedad” que determina la capacidad para contraer obligaciones y ejercer derechos. (Dec.1260, art 1, 1979)

De acuerdo con el estatuto, esta situación jurídica es indivisible, indisponible, imprescriptible y su asignación corresponde a la ley, lo anterior por cuanto:

El estado civil es único y no admite división, aunque puede posibilitarse el cambio según la regulación pertinente; igualmente, no puede renunciarse a él, ni transferirse a otros por actos de su titular, de ahí su condición de indisponible; como consecuencia necesaria de su indisponibilidad aparece el atributo de la imprescriptibilidad, toda vez que no es factible su extinción por voluntad expresa o deliberada de su titular. (Instituto Colombiano de Bienestar Familia ICBF, 2014, párr. 3)

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

30

Ahora bien, el decreto indica que los hechos y actos relativos al estado civil deben ser inscritos en el competente registro civil, especialmente “los nacimientos, reconocimientos de hijos naturales, legitimaciones, adopciones, alteraciones de la patria potestad, emancipaciones”, entre otros. (Dec.1260, art. 5, 1979)

En desarrollo de la circunstancia relativa al registro de nacimiento, el decreto refiere que la inscripción del mismo debe ser en consecuencia a aquellos nacimientos que ocurran en el territorio nacional, o en el extranjero de personas hijas de padres o madres colombianos, o en el extranjero de personas hijas de padre o madre colombianos de nacimiento o por adopción, o de extranjeros residentes en el país a solicitud del interesado. (Dec.1260, art. 44, 1979). Adicionalmente, que entre otros, la madre y el director o administrador del establecimiento público o privado en que haya ocurrido el nacimiento, se encuentra en el deber de denunciar el nacimiento, así como de solicitar su registro y debe hacerse dentro del mes siguiente a su ocurrencia. (Dec.1260, art. 45, 1979).

Es necesario agregar a lo anterior, que los artículos 48 y 49 refieren que “solo se inscribirá a quien nazca vivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Código Civil” y “el nacimiento se acreditará ante el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil mediante certificado del médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto, (Dec.1260, 1979)

La inscripción se descompone en la sección genérica en donde se consignan solamente los nombres del inscrito, sexo, municipio, fecha de nacimiento, la oficina donde se inscribió, los

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

31

números del folio, e información general de la oficina central, pero, se debe adicionar una sección específica en donde se consignarán, la hora y el lugar del nacimiento, el nombre de la madre, el nombre del padre, en lo posible la identidad de uno y otro, su profesión u oficio, su nacionalidad, su estado civil y el código de sus registros de nacimiento y matrimonio; el nombre del profesional que certificó el nacimiento y el número de su licencia. (Dec.1260, art. 52 1979)

En efecto, el artículo 53 del estatuto, modificado por el artículo 1 de la Ley 54 de 1989 indica que en el registro se inscribirán como apellidos del inscrito, el primero del padre seguido del primero de la madre, si fuere hijo legítimo o extramatrimonial reconocido o con paternidad judicialmente declarada; en caso contrario, se le asignan los apellidos de la madre. (Dec.1260, 1979), No obstante, el artículo 60 del reiterado decreto, señala que una vez se definida legalmente la paternidad o maternidad natural, o ambas “por reconocimiento o decisión judicial en firme” el funcionario respectivamente procederá a corregirla y a extender una nueva acta con reproducción fiel de los hechos consignados en la primitiva, debidamente modificados, como corresponda a la nueva situación. (Dec.1260, 1979)

Ahora bien, respecto al artículo 48 anteriormente citado la Corte Constitucional ha indicado que:

La prueba principal para acreditar el nacimiento es el certificado médico o de la enfermera que haya asistido a la madre en el parto, pero el reconocimiento por acta de nacimiento también admite como prueba supletoria la declaración juramentada de dos testigos hábiles, quienes deben suscribir o firmar la respectiva inscripción del estado civil. (C.C., T-1045/10, párr. 66, 2019).



Con todo lo anterior y cumplidos los requisitos para efectuar el registro de nacimiento la Corte Constitucional ha indicado que dichas inscripciones gozan de presunción de autenticidad y pureza en materia probatoria según el artículo 103 del Decreto 1260 de 1970, razón por la cual se ha entendido que el registro de nacimiento es la prueba idónea para establecer el estado civil de las personas y en consecuencia se constituye en el documento necesario para demostrar la relación filial entre padre e hijo, tan es así que la Corte Constitucional ha ratificado esta postura posibilitando que el parentesco se demuestre con el Registro Civil de Nacimiento. (C. C., T-354/12, 2019)

Al respecto esa corporación ha indicado lo siguiente:

El registro civil de nacimiento constituye la herramienta idónea para garantizar el derecho a la identidad de los niños en la primera infancia y por tal motivo el legislador dispuso la inscripción inmediatamente después del alumbramiento, como garantía del goce efectivo de los derechos de los menores de edad, ya que es indispensable para el reconocimiento de su personalidad jurídica. (C.C., T-719/17, párr. 46, 2019)

Aunado a lo anterior, el artículo 75 de la Ley 153 del 15 de agosto de 1887, por medio de la cual se adicionan y reforman los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887, señala que “la partida o acta de nacimiento no servirá de prueba para establecer la maternidad”. (L.153, art. 75, 1887). Sin embargo, la importancia de los apartes transcritos se relaciona con la relevancia jurídica de dichos documentos, por cuanto antes de la vigencia del Decreto Ley 1260 de 1970, e

incluso de la Ley 92 de 1938, se tenía como prueba principal del estado civil de una persona las partidas eclesiásticas de nacimiento expedidas por la Iglesia Católica (Registratura Nacional del Estado Civil, s.f.), circunstancia que en la actualidad no es aplicable, pues, en palabras de la Corte el registro civil de nacimiento es la única prueba idónea para acreditar el parentesco. (C.C., T-1045/10, 2019)

#### **5.1.4 Otros efectos jurídicos del parentesco.**

Previo a indicar las consecuencias jurídicas del parentesco, es de señalar que la “ley limita los efectos jurídicos del parentesco y casi nunca los extiende más allá del cuarto grado de consanguinidad” a pesar de que el parentesco es indefinido en razón a las costumbres y a la naturaleza de esa institución, sin embargo, la razón de ser de esa delimitación en el derecho colombiano es consecuencia de que las personas suelen tener descendientes hasta un tercer grado y no más allá. (Escudero, 2019, p. 15)

Ahora bien, como fue expresado en una oportunidad, con ocasión al parentesco se generan obligaciones y derechos recíprocos, en ese sentido, el título XII del Libro Primero del Código Civil consagra las obligaciones ente los padres y los hijos, dentro de las cuales se enlistan: el respeto y la obediencia (art. 250 C.C.), el cuidado y el auxilio mutuo (art. 251 C.C.), la crianza y educación (art. 253 C.C.), el derecho de visitas (art. 256 C.C.), el derecho de corrección (art. 262 C.C.), y los derechos comprendidos con la patria potestad a favor de los padres sobre sus hijos no emancipados (art. 288 C.C.), entre otros. (L. 57, 1887)

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

34

Es así como, relativo a la institución de la patria potestad, se ha indicado que la misma corresponde conjuntamente a ambos padres y que esta “se radica en cabeza de ambos padres, sin importar la circunstancia del nacimiento del menor, el tipo de relación existente entre los padres y si alguno de estos convive directamente con el hijo o no”. (C.C., T-705/16, 2019). Así mismo que “el nacimiento genera automáticamente la patria potestad en los eventos que no hay problemas de filiación.” (C.C., T-705/16, párrs. 130-131, 2019)

Con relación a este punto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, en múltiples conceptos ha reiterado que:

La patria potestad es una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. (ICBF, 2016)

Es así como la patria potestad se convierte en una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. (ICBF, 2016)

En relación con lo anterior, el Código de infancia y adolescencia señala a la responsabilidad parental como complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil y como la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. (L. 1098, art. 14, 2006) Esto incluye la

responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. (L. 1098, 2006)

Por otro parte Escudero (2019) citando a Zea (1970), enfatiza en que uno de los efectos más importantes desde el punto de vista jurídico emanado desde la filiación es la vocación hereditaria, en virtud de la cual “la ley llama a heredar a los parientes consanguíneos más próximos” (p. 15)

Empero, los aspectos mencionados no son los únicos que se desprenden de la filiación, también se encuentran otros como por ejemplo la obligación de suministrar alimentos en virtud de la ley y de acuerdo con el artículo 411 del Código Civil, que consagra que se deben alimentos “al cónyuge, a los descendientes, a los ascendientes, a los hijos naturales, a su posteridad y a los nietos naturales, a los ascendientes naturales, a los hijos adoptivos, a los padres adoptantes y a los hermanos legítimos.” (L. 57, 1887)

Así mismo, otro efecto es aquel impedimento en virtud de una norma prohibitiva consistente en permitir contraer matrimonio solo con aquellos parientes que se encuentren después del tercer grado de consanguinidad, de conformidad con el numeral 9 del artículo 140 del Código Civil el cual expresa que “el matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes (...) cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes o son hermanos.” (L. 1098, art. 14, 2006)

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

36

En otro sentido, se encuentran las circunstancias relativas a los beneficios de la pensión de sobreviviente o de la sustitución pensional en virtud de la prueba del registro civil de nacimiento que “además de demostrar la calidad de hijo frente al pensionado fallecido, también sirve para acreditar la minoría de edad del beneficiario” convirtiéndose el registro civil de nacimiento en “prueba idónea para acreditar la condición de parentesco.” (C.C.,T-1045/10, párr. 56, 2019)

Adicional a lo anterior, en el derecho penal existe la prohibición referida a realizar acceso carnal o ejecutar actos sexuales entre parientes consanguíneos, e incluso civiles, podría ser acreedor de una sanción bastante grave, pues, es claro que el legislador tenía como objetivo proteger la institución de la familia de esta clase de actuaciones, que incluso toma más importancia cuando existen estudios que demuestran el aumento de probabilidad de que un hijo fruto de esa clase de relaciones tiene más posibilidad de nacer con afectaciones físicas de bastante gravedad; por esa razón, entre otras, es que se encuentra el artículo 237 del Código Penal.

Consecuentemente la Convención sobre los Derechos del Niño señala que el niño debe ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En ese sentido este instrumento internacional insta a los Estados Partes a poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, siendo obligación de estos o de los representantes legales, la crianza y el desarrollo del menor. (L. 12, art.7, 1991)

Por otra parte, en la declaración de los Derechos del Niño se encuentra el principio séptimo por medio del cual se indica que el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; en ese sentido, tal y como se desprende de los argumentos que se han desarrollado, esta responsabilidad reposa de forma primigenia en los padres del niño niña o adolescente. (L. 1098, 2006)

## **6 Capítulo II: El alquiler de vientres en Colombia desde la entrada en vigencia de la constitución política de 1991**

### **6.1.1 Las técnicas de reproducción asistida y los derechos a la vida privada, familiar y a la autonomía personal.**

Como fue indicado anteriormente, y según Cárdenas (2011) el desarrollo biotecnológico permite hablar de una segunda forma de fecundación la cual admite el surgimiento del ser humano gracias a artificios tecnológicos y es lo que es conocido como fecundación asistida. Dentro de la fecundación o reproducción asistida se encuentran varias clasificaciones como lo son la inseminación artificial y fecundación in vitro. Al respecto, la inseminación artificial consiste en “hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera” (p. 48), manipulando los gametos masculinos ya sea para lograr la sola fecundación o en consecuencia el embarazo y el nacimiento del niño.

En efecto, esta técnica se clasifica en tres formas básicas de procedimiento: la inseminación intravaginal, la intracervical y la intrauterina, diferenciadas cada una de ellas en la colocación del

semen extraído del esposo, pareja de la mujer o de otro hombre, es decir, en cada una de ellas se aplica el semen en una zona diferente ya sea en la parte superior de la vagina, mediante el uso de una jeringa, o en el cuello uterino o directamente dentro del útero (Cárdenas, 2011).

Por otro lado, este autor describe otra práctica denominada como de moderada complejidad consistente en la fecundación in vitro por medio de la cual una vez se obtienen los gametos masculinos y femeninos, se fusionan los mismos de forma extracorpórea y se hace la transferencia embrionaria al útero materno. Al respecto, para la obtención del gameto femenino es necesaria una estimulación ovárica para provocar una multiovulación, recogándose el material genético por medio de la aspiración, para después proceder a la fusión de dicho material con el gameto masculino, siendo de manera vital que se haga la transferencia del embrión a un útero humano.

A saber, existen cuatro procedimientos que permiten la transferencia de este embrión al útero denominadas PROST, ZIFT y TET. La transferencia en estado pronuclear a las trompas de Falopio (PROST) es una primera alternativa, por medio de la cual se hace la transferencia 24 horas después de introducida la esperma en el óvulo, es decir, no se han terminado de funcionar los gametos, haciéndose la transferencia de una composición celular anterior a la formación de lo que es conocido por embrión. Ahora bien, en la transferencia del cigoto intra Falopio (ZIFT) el procedimiento se realiza 36 horas después de que inició la fusión de los gametos, trasladándose al útero un cigoto en sus primeras etapas de vida, evitando riesgos con este procedimiento, como quiera que se puede constatar microscópicamente que ocurrió la fusión. En relación con la

transferencia del embrión a las trompas de Falopio (TET) la transferencia se hace 48 horas después “lo que garantiza un embrión plenamente formado” (p. 51).

A causa de lo anterior, se encuentra una técnica asistida intermedia entre la fecundación in vitro y la inseminación artificial conocida como la transferencia intratubárica de gametos (GIFT), cuya práctica consiste en realizar el traspaso de los gametos en sí mismo, buscando que surja la fecundación natural en las trompas de Falopio.

Con todo, el uso de las técnicas de reproducción asistida se convierten en una oportunidad para aquellas parejas que no han podido concebir sus propios hijos por distintas circunstancias, pero que de igual forma buscan un hijo por encima del proceso de adopción, procurando que sea hijo biológico de la pareja, es decir, que tenga relación de consanguinidad con alguno de ellos. (C.C., T-968/09, 2019)

Al respecto, dentro de las principales circunstancias por las cuales las parejas no pueden concebir sus propios hijos se encuentra la infertilidad y la esterilidad, ambas limitando de forma clara la posibilidad procreacional de la pareja; siendo necesario aclarar que la esterilidad consiste en la terminación de la vida fértil ya sea como consecuencia de enfermedades no transmitidas sexualmente, como la tuberculosis o la malaria, enfermedades de transmisión sexual (ETS) como la gonorrea, sífilis, herpes genital, microplasma y clamidia, o por problemas de salud que pueden generar enfermedad inflamatoria pélvica (EIP), el uso del dispositivo intrauterino (DIU), la mutilación genital femenina, entre otras causas. (Ruiz, 2001)



En cambio, la infertilidad ha sido definida como aquella “imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales”, en los hombres se presenta de forma principal por bajos niveles de esperma, mientras que en las mujeres esta situación puede ser originada como consecuencia de “daños en las trompas de Falopio, adherencias tubo-ováricas, (...) endometriosis, factores inmunológicos, pobre reserva ovárica”, entre otros. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 21)

Adicionalmente, dentro de las circunstancias en la mujer que se convierten en factores de riesgo de infertilidad existen la edad materna avanzada, el tabaquismo, las quimioterapias y radioterapias, la enfermedad pélvica inflamatoria, la obesidad y el estrés, lo cual genera una disminución de la calidad de los ovocitos e incluso la anulación en la producción de estos. (Ramos, Gutiérrez, Monroy, & Medina, 2008)

Es de indicar que en ocasiones existen dificultades de tipo económico para aquellas parejas para pretender acceder a un tratamiento de fertilización y no lo pueden hacer, motivo por el cual se crean frustraciones de tipo personal a consecuencia de la imposibilidad de materializar su interés de ser padres, motivo por el cual se acude a la intervención de un tercero experto para que se precisen los motivos que conllevan a la infertilidad, siendo esto lo más oportuno como quiera que de acuerdo con Cañaverall-Londoño C & Orozco J.A (2015) citando al Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad – CECOLFES, “en la mayoría de los casos los problemas de infertilidad son previsible y alrededor del 80% pueden corregirse acudiendo a controles rutinarios” (Orozco & Cañaverall, 2015, p. 85)

Ahora bien, respecto al tipo de infertilidad se ha propuesto una determinada solución que permite la posibilidad de creación de un nuevo ser indicándose las siguientes de acuerdo con Awad & Narvaez ( 2001, p. 11), dependiendo del escenario específico del que se esté tratando, es decir:

Cuando la madre y el padre con capacidad de concebir tienen problemas para fecundar naturalmente se utiliza el procedimiento de inseminación artificial homóloga, utilizando la esperma del que será el padre junto con el óvulo y el útero de la futura madre, sumado a un apoyo científico del proceso de fecundación. De modo similar, se encuentra la circunstancia cuando el que será el padre es infértil toda vez que se acude es al procedimiento de inseminación artificial heteróloga, en el que se utilizan el óvulo y el útero de la mujer, pero se reemplaza la esperma del futuro padre, por la de un donante anónimo. En otro sentido, cuando el padre tiene una baja posibilidad de fertilidad y la madre tiene una buena capacidad de concebir, se utiliza el procedimiento de inseminación artificial mixta, haciendo uso del óvulo y del útero de la mujer que será la madre, así como de la esperma de un donante, que será mezclada con la esperma del padre, para que se pueda proceder con la fecundación del óvulo.

En las anteriores circunstancias se encuentra correspondencia genética, natural y jurídica en la mujer que aparecerá y fungirá como madre en razón al material genético, a la gestación y a la consecuencia jurídica de la expulsión fetal, esto quiere decir, que no se presentará ninguna situación que pueda generar una contraposición de intereses en sede de la filiación del que está por nacer.

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

42

Ahora bien, existen dos casos en donde el procedimiento de fecundación in vitro se convierte en una solución para concebir a un niño sin necesidad de acudir al alquiler de vientre, pero, que de igual forma, requiere el apoyo de una donante externa y es cuando se tiene a una madre infértil capaz de portar el feto o, el otro escenario es que exista una pareja infértil y una madre idónea para llevar a cabo el proceso de gestación; vale la pena tener en cuenta que en la primera situación la esperma será del padre y en la segunda será de un donante. En estas circunstancias, y con relación a la mujer, existe un rompimiento fáctico entre el material genético y la expulsión fetal como quiera que se tiene a una donante anónima de óvulo y a otra mujer que llevará a cabo el proceso de gestación derivándose a favor de ella y del menor, como consecuencia de la expulsión fetal, una consecuencia jurídica al querer y tener la obligación de asumir la maternidad del recién nacido.

A este respecto se podría hablar de la problemática de esta investigación en un sentido positivo por cuanto si bien se tiene el óvulo de una donante anónima, la mujer que realiza trabajo de parto, que no tiene vínculos de consanguinidad con el menor, será la que aparezca como madre de este en virtud de la presunción de maternidad con ocasión del parto que se aplica en el derecho colombiano, razón por la cual esta mujer que tuvo la voluntad de procreación, asumiría los efectos del parentesco por consanguinidad, que en realidad no existe, abriendo la posibilidad de un problema jurídico bastante serio, siempre que la donante anónima pretendiera reclamar derechos sobre el menor, en razón al óvulo donado.

Ahora bien, cuando tenemos a una madre infértil e incapaz de portar el feto encontramos que se utiliza una técnica de reproducción asistida en la que la esperma puede ser donada por el padre,

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

43

pero se tendría un óvulo donado y un vientre alquilado, pudiendo ser ambas de la misma mujer; lo característico en este caso, es que la misma mujer que dona su óvulo y hace el trabajo de parto, sería la titular del parentesco por consanguinidad, y eso estaría acorde con la ley, mientras que la madre infértil, que tenía la voluntad procreacional, tendría que acudir a otra clase de procedimiento para poder ostentar su rol materno para con el niño o niña recién nacido.

Sin embargo, cuando se presenta la situación de una pareja fértil y una madre incapaz de portar el feto o una madre fértil incapaz de portar el feto y padre infértil, se exterioriza la problemática de esta investigación en un sentido negativo por cuando el vientre es alquilado pero se utiliza el óvulo, no de una donante sino de aquella que fungirá como madre, en contraposición del sentido positivo anteriormente descrito, en donde sin tenerse en cuenta si es el padre o un donante el que aporta su espermatozoos, la mujer que aportó su óvulo es la que acude a la práctica de alquilar el vientre para convertirse en madre, por cuanto no puede portar el feto pero su fertilidad no se discute.

Lo anteriormente narrado refleja el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar en consonancia con la integridad personal, la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva y el goce de los beneficios del progreso científico y tecnológico, amparados todos por la Constitución Política de 1991, como quiera que la decisión de tener hijos biológicos con apoyo de la ciencia pertenece a la esfera más íntima de una persona y se incluye dentro de la vida privada de cada uno, pues es una proyección de su ser y de su proyecto de vida; es por esa razón, que la maternidad se convierte en una parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de una mujer, tanto así que “la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

44

privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 43)

Lo anterior, se encuentra relacionado con lo expuesto por la Corte Interamericana de Derecho Humanos y lo descrito en la Convención Americana de Derechos Humanos incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 16 de 1972, por medio de la cual se protegen los derechos a la vida familiar complementaria en virtud de los artículos 11.2 y 17 del mencionado instrumento internacional, que “reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general” que permite evidenciar cómo la protección a la familia conlleva a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. (L.16, 1972)

Esta protección a los derechos reproductivos fue analizado en Sentencia T - 274 de 2015 por parte de la Corte Constitucional así como por parte de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia STC20614 del seis (6) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) dentro del proceso radicado No. 05001220300020170077801.

Análogamente, en Colombia, por medio del Decreto 1546 de 1998, se reglamentó parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, adoptándose condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva o centros similares que manejen esta clase de asuntos. (Dec. 1546, 1998)

Así es como, por medio del mencionado decreto se regularon las circunstancias relacionadas con los programas de Biomedicina Reproductiva deben basarse en la selección de donantes y así como lo atinente al control, vigilancia sanitaria, medidas de seguridad, procedimiento y sanciones por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), a las Direcciones Territoriales y Distritales de Salud. (Dec. 1546, 1998)

Aun así y relacionado con el tema de investigación, esta normativa hace referencia a la conservación y la valoración médica y de laboratorio al que se deben someter los gametos y pre embriones previo a la utilización en los procedimientos de reproducción tanto homólogos como heterólogos, sin embargo, no hubo pronunciamiento alguno sobre la consecuencias jurídico familiares de dicho procedimiento. (Dec. 1546, art. 47-48, 1998)

En otro sentido en materia jurisprudencial la Corte Constitucional ha indicado que con relación a los tratamientos de infertilidad no existe vulneración de derechos fundamentales al no someter a una afiliada a los tratamientos de fertilidad, en razón a que en principio la regulación sobre los servicios comprendidos en el POS no se encuentra dicho tratamiento, decisión legítima en desarrollo de la facultad de configuración legislativa, que está ligada con el principio de universalidad; y en segunda medida, si bien la Constitución Política dispone que:

Durante el embarazo y después del parto la mujer ha de ser objeto de la especial asistencia y protección del Estado, ese deber de asistencia y protección opera siempre que

la procreación sea posible y sólo impone el deber de no obstruir o limitar el derecho de la mujer a procrear. (C.C., T-946/02, párr. 26, 2019).

Todo lo anterior relacionado con la inviabilidad de la acción de tutela para extender la cobertura del POS en virtud de la inexistencia de obligación por parte del Estado para garantizar la procreación a través de los planes obligatorios de salud (C.C., T-760/08, 2019). Ahora bien, si en dado caso se hubiera iniciado el tratamiento por la EPS y se suspendiere sin concepto científico justificativo, según la Corte Constitucional se debe dar continuidad al tratamiento, conforme a la jurisprudencia del mencionado tribunal (C.C., T-512/03, 2019).

### **6.1.2 La maternidad y el alquiler de vientres en Colombia.**

En la procreación tradicional se entendía que la mujer no solo aportaba el óvulo sino también su útero para la gestación del menor y en consecuencia, en virtud de la regla antigua del derecho romano, la maternidad era determinada por el hecho del parto, circunstancia que hoy en día encuentra en vigencia a partir del artículo 48 del Decreto 1260 de 1970, por medio del cual, existe una presunción de maternidad derivada de la acreditación del nacimiento mediante el certificado del médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto. (Lamm, s.f., p. 33)

Sin embargo, ante el fracaso de la fecundación entre parejas heteroparentales para la conformación de la familia, las técnicas de reproducción asistida, en especial la del alquiler de vientres, se convierten en un tratamiento médico utilizado para facilitar la consecución de un

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

47

embarazo, siendo en ocasiones, la única alternativa para materializar el deseo de la paternidad como parte del proyecto de vida de cada persona (Orozco & Cañaverl, 2015).

En efecto, la utilización de este tipo de técnicas de reproducción contribuye al surgimiento de nuevas formas de familia, como quiera que antes de la década de 1970 no existía esta posibilidad, marcando un hito incluso en la historia familiar. Lo anterior, protegido constitucionalmente en atención a las distintas formas de composición familiar, entre ellas las “derivadas de la adopción, nacidas en un vínculo jurídico que permite prohijar como hijo legítimo a quien no lo es por lazos de la sangre” (C.C., T-292/16, párr 130, 2019).

Se agrega a lo anterior, “las familias de crianza, las familias monoparentales, conformadas por un solo progenitor y sus hijos y las familias ensambladas” (Baccino, s.f., p. 57). De ahí que, previo a definir el alquiler de vientres desde la perspectiva colombiana, hay que mencionar que al momento de asistir médicamente a una pareja para lograr el embarazo puede ocurrir una concurrencia de maternidades tales como la fisiológica, la biológica y la afectiva. (Marin, s.f.)

Esta concurrencia de maternidades fue expuesta en oportunidad anterior al relacionarse la primera con el acto médico del parto, la segunda con la aportación del óvulo para implantarse en un útero ajeno, y la última relacionada con el “rol cumplido por la mujer que funge como madre y que velará por el desarrollo integral del niño, como auténtico ser humano.” (Marin, s.f., párr.

32)



## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

48

Ahora bien, de acuerdo con Awad & Narvaez (2001), dentro de las definiciones dadas sobre lo que es el alquiler de vientre existen coincidencias relativas a indicar que es aquella circunstancia por medio de la cual “una mujer lleva en su vientre un ser humano con el compromiso de entregárselo a otra mujer inmediatamente después de ocurrido el nacimiento” en virtud de un acuerdo previo, y en atención a una deficiencia reproductora de la segunda mujer. (p. 25)

Es así como mediante la Sentencia T 968 del dieciocho (18) de diciembre de dos mil nueve (2009) la Corte Constitucional de Colombia acudiendo a la doctrina expresa que “el alquiler de vientre no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico” (C.C., T-968/09, párr. 279, 2019), así mismo, definió el mismo 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 éste. (C.C., T-968/09, párr. 279, 2019)

A la luz de lo anterior, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos y en comparación con las otras técnicas de reproducción se señala que:

La ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios sus hijos, (...) es que el niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el esperma del padre. (C.C., T-968/09, párr. 282, 2019)

En este sentido, en el año 2009 la Corte Constitucional ya indicaba que en el ordenamiento no existía una prohibición expresa para la realización de esta práctica, empero, la maternidad subrogada o sustituta, se encuentra legitimada jurídicamente, de conformidad al artículo 42 constitucional, el cual prevé que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.” (C.C., T-968/09, 2019)

A este respecto y con ocasión a la falta de regulación, la Corte Constitucional precisó que para el ejercicio de la práctica se debe tener en cuenta en principio la mujer que acude a la práctica y pretende ser madre deber demostrar la existencia de problemas fisiológicos para concebir razón por la cual los gametos que se requieren para la concepción deberían ser aportados por aquella y no por la mujer gestante o que facilita su vientre. De igual manera, indicó que la mujer que facilita el vientre no debe tener un fin lucrativo, y en consecuencia cuando la mujer gestante cumpla con requisitos tales como la mayoría de edad, salud psicofísica y haber tenido hijos, estará en la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; preservándose siempre la identidad de las partes y una vez firmado un consentimiento informado por parte de la mujer que facilitó el vientre e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor (C.C., T-968/09, 2019)

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

50

Adicionalmente, la Corte indicó la existencia de una serie de condiciones: 1) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; 2) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y, 3) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica. Ahora bien, esta institución no se pronunció sobre las consecuencias jurídicas de tipo familiar con relación a ese nacimiento, y tampoco debería, por cuanto es deber del Congreso de la Republica reflexionar sobre este asunto, evidenciándose así la situación jurídica ambigua existente al momento de acudir a este tipo de prácticas incluso pasados nueve años del pronunciamiento del máximo tribunal constitucional en Colombia. (C.C., T-968/09, 2019)

De acuerdo con (Bernal, 2015) citando a Vargas (1989) en Colombia el primer caso conocido sobre el alquiler de vientres data desde 1987 (p. 3), pero a pesar de lo anterior, la legislación se encuentra rezagada en cuanto a la determinación jurídica de la relación que debe existir entre el niño nacido de esta práctica y la mujer que aportó su óvulo pero que no gestó en su vientre.

Por otra parte, y desde un aspecto constitucional la Corte ha manejado una línea jurisprudencial enfocada en lo relacionado a los tratamientos para la infertilidad, para lo cual es oportuno reseñar que dentro de los fines del Estado se encuentra la garantía al goce del derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, asociándose a esta garantía la atención en salud como servicio público, sin embargo, en palabras de la Corte se indicó que:

Si en gracia de discusión se admitiera que la maternidad es un estado esencial para la realización personal de la mujer, y tuviera el Estado colombiano el deber posible de

garantizar el goce del derecho prestacional correspondiente, no tendría que acudir a la atención en salud para hacer efectivo el supuesto deber estatal. Ciertamente, el ordenamiento jurídico nacional provee la posibilidad de satisfacción al derecho mencionado mediante la maternidad adoptiva, previo el cumplimiento de los debidos requisitos legales. Esto, en atención a la contundencia del ordenamiento respecto a la equiparación de los derechos y deberes inherentes a la relación padre madre - hijo, sea ésta biológica o adoptiva. (C.C.,T-1104/00, párr. 67, 2019)

Sin embargo, como será abordado más adelante, para el caso en particular, la satisfacción del derecho a ser madre mediante la maternidad adoptiva no tendría fundamento jurídico cuando existe una correspondencia de consanguinidad incluso protegida por la ley, pero que, a partir de un acto biológico pierde su esencia por una presunción de maternidad con ocasión al parto.

## **7 Capítulo III: Realidades en el ejercicio del alquiler de vientres.**

### **7.1.1 La prohibición del alquiler de vientres, la filiación derivada del parto, la filiación genotípica y la filiación pro creacional.**

En consonancia con lo anterior, de acuerdo con Bernal ( 2015), y con respecto al ejercicio de la práctica de alquiler de vientres, en especial con la filiación derivada de esta práctica, existen cuatro posturas que son necesarias para comprender de forma adecuada esta temática, evidenciándose como la maternidad subrogada abre la posibilidad de fragmentar la filiación. (Torre., s.f., p. 217)

Por una parte, se encuentra la postura relativa a la prohibición expresa de la gestación por sustitución y la presunción de la maternidad con ocasión al parto en países como España y en algunos estados de Estados Unidos. En ese sentido es oportuno indicar que en España fue proferida la Ley 14 del 26 de mayo de 2006, por medio de la cual se pretende no solo regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida acreditadas científicamente, sino también prevenir y tratar las enfermedades de origen genético, así como regular lo relativo a la utilización de gametos y pre embriones humanos crio conservados. (Lamm, s.f., p. 26)

Respecto a la técnica de reproducción asistida relativa a la fecundación in vitro esta ley indica que en principio para esta práctica solo es permitida la transferencia de un máximo de tres pre embriones y que los centros de fecundación in vitro deben disponer de un seguro financiero con el fin de compensar a las parejas que acuden a esa práctica, el cual sería ejecutable en los supuestos en que se produjera un accidente que afecte la crio conservación.

Ahora bien, el artículo 7 de la mencionada ley indica que la filiación de aquellos nacidos en virtud de las técnicas de reproducción se regulará por las leyes civiles salvo algunas especificaciones dadas por la misma ley; posteriormente, el artículo 8 establece un régimen de determinación legal de la filiación, para lo cual indica que ni la mujer progenitora ni su marido podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de la fecundación, cuando presten su consentimiento de forma previa y expresa para la fecundación con contribución de donantes, con lo cual, considera el legislador español, que es indudable la existencia de un documento extendido ante el centro o servicio encargado del registro civil,

donde se refleja el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, quedando a disposición de este último de la posible reclamación judicial.

Ahora bien con relación a la gestación por sustitución esta ley se limita a indicar que la filiación de los hijos nacidos por este tipo de práctica será determinada con ocasión al parto sin perjuicio de la reclamación de paternidad respecto del padre biológico.

Por otra parte y según Bernal (2015), encontramos aquellos países en donde no está expresamente prohibida esa práctica, como es el caso de Alemania, país en donde existe un rechazo a la práctica pero no se sanciona ni a esta ni a los implicados.

En tercera medida, se encuentra el permiso otorgado a las personas para la realización de este tipo de práctica, siempre y cuando sea sin fines lucrativos, pero, con la disposición exclusiva de que la mujer embarazada será considerada la madre del niño a título exclusivo, como en el caso de Canadá, Brasil e Inglaterra. Al respecto de este último país, vale la pena resaltar que allí si existe un pronunciamiento respecto a la filiación del niño, consignado en el Acta de 1985 "Surrogac Arrangement" Chapter 49 (s.f.), por medio del cual se permite en el ejercicio de la práctica tanto en la circunstancia de existir un acuerdo anterior a la gestación del niño, así en cualquier entrega de un niño junto con los derechos parentales sobre este y a una persona ajena, aclarándose que dicha práctica debe ser ejercida sin fines económicos, porque en dado caso se considerará como una conducta delictiva.

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

54

Sin embargo, en Inglaterra se encuentra la ley de fertilización humana y embriología del 1º de noviembre de 1990, que en su artículo 27, encabezado como “significado de madre”, se indica que en principio la mujer embarazada como resultado de implantarle un embrión, sea lo anterior realizado en el mismo Reino Unido o no, deberá ser considerada a título exclusivo como la madre del niño con excepción de los casos de adopción. (Ley de Fertilización Humana y Embriología , 1990) Ahora bien, en Brasil existe la condición consistente en permitir este tipo de prácticas pero bajo el supuesto de que existan relaciones de parentesco en virtud del numeral 4 del artículo 199 de su constitución nacional (Bernal, 2015, p 12)

Por último, encontramos aquellos países en donde se encuentra permitida la práctica y se admite la filiación genotípica del feto existiendo algunas circunstancias relativas al consentimiento dado por los intervinientes en la práctica y relativos al asunto que aquí se investiga, procediendo de la siguiente manera:

En la India y con ocasión a la regulación dada por el Indian Council of Medical Research, se admite el alquiler de vientres indicándose que “la identidad, la ciudadanía y el lugar socialmente asignado para el feto subrogado depende de la filiación genotípica que otorgan los gametos fecundados, así como de la continuidad del ADN que han proveído los padres biológicos” (Bernal, 2015, p. 11). En consecuencia, el certificado de nacimiento es expedido a nombre de los padres genéticos o comitentes, quienes deben demostrar su vínculo genético con el recién nacido.

Ocurre de forma similar en Ucrania, donde se establece en el artículo 123.2 del Código de Familia, que aquellos nacidos de una gestante serán hijos de los padres que aportaron sus

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

55

gametos y recurrieron a dichos servicios, impidiendo así que la gestante reclame su filiación materna respecto del concebido, como consecuencia del consentimiento que esta última otorga ante un notario para el registro del niño. Ahora bien, si no ocurriere la circunstancia del consentimiento la única vía que tendría aquella mujer que aportó su óvulo es iniciar la respectiva acción judicial para que se ordene al registro civil inscribir a los padres del menor. (Lamm, s.f., p. 175)

De igual manera, sucede en Rusia en donde se encuentra la Orden N°. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación, por medio de la cual se permite la práctica del alquiler de vientres, con la condición de que solo los padres genéticos ostentarán la calidad de tales en virtud de los artículos 51 y 52 del Código de Familia Ruso y el artículo 16 de la Ley de Actos del Estado Civil, siendo oportuno resaltar que es necesario “que la gestante otorgue su consentimiento para que los comitentes sean inscritos como los padres del nacido” (Lamm, s.f., p. 173), con el fin de evitar futuras controversias de índole jurídica y con ocasión al principio de “mater semper certa est” traducido como “la madre es siempre cierta”.

Análogamente ocurre en Grecia, país en donde se encuentra regulada la práctica del alquiler de vientres a partir de las leyes 3089 de 2002 y 3305 de 2005, para lo cual el Código Civil Griego indica que aquellos que acudieron al alquiler se convierten en padres legales del niño. La legislación griega diferencia aquellos niños nacidos a partir de los procedimientos de inseminación artificial, en donde existe igual identidad entre la mujer que aportó el óvulo y el útero, en comparación a los procedimientos en donde la mujer que aportó su óvulo no es la misma que gesta al niño. Al respecto, a partir de una presunción de derecho consistente en que



## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

56

en los casos de inseminación artificial la mujer que motivó el procedimiento tiene una autorización judicial para considerarse como madre del niño, y en consecuencia, aquella que alquiló el vientre tendrá seis meses contados a partir del nacimiento, para impugnar la maternidad.

En ese sentido en este país y de acuerdo con Lamm (s.f.), el médico continuará con el procedimiento típico de emitir el certificado de nacimiento con la circunstancia de que se trata de una gestación por sustitución, y al momento de acudir a la oficina de registro, aquellos deberán declarar el nacimiento, acompañados en dado caso de una copia de la resolución judicial (p. 153). Circunstancia similar ocurre en Israel en donde el alquiler de vientres se encuentra regulado en virtud de la Ley 5756, sobre acuerdos de gestación por sustitución, de 1996 y en donde debe existir autorización judicial que establezca la maternidad legal de un niño nacido por dicha práctica, intentada por los interesados dentro de los siete días posteriores al nacimiento, evidenciándose según la regla establecida por la ley, que aquellos que consintieron en el alquiler de vientres, deben ser los padres legales del niño. (p. 162).

Por otra parte, en Argentina antes del año 2015 no existía norma legal que regulara la práctica del alquiler de vientres, y con ocasión de eso el pasado 23 de febrero de 2011, la ex presidente Cristina Fernández de Kirchner, mediante el Decreto 191 del 28 de febrero de 2011 creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, creándose una Subcomisión de Bioética y la Subcomisión de Familia, con el fin de regular la gestación por sustitución, incorporando al Código Civil Argentino (p. 114). En dicha subcomisión se propuso que en los casos de alquiler

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

57

de vientres debería existir una filiación por voluntad procreacional, para el cual se debería exigir un consentimiento informado y libre entre los intervinientes del procedimiento y el cual, debería homologarse por autoridad judicial, y posteriormente, presentarse ante la oficina del registro civil, junto con el certificado de nacimiento y la identidad de los involucrados.

Es así como el 1 de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que en su artículo 565 indica como principio general que la maternidad es determinada por la inscripción hecha con el certificado del médico o agente de salud que atiende a la mujer en el parto a quien se le atribuye la maternidad del nacido, para lo cual, en atención al libre uso de las técnicas de reproducción asistida, existe una filiación extramatrimonial determinada por el reconocimiento y consentimiento previo, informado y libre, evidenciándose que el origen de la filiación no es estrictamente con ocasión a no ser engendrando por fuera de un vínculo matrimonial si no en virtud de dicho consentimiento el cual se presta de conformidad con lo dispuesto de dicho código.

En virtud de lo anterior, es que se dispuso en Argentina una norma transitoria a la aplicación de la nueva disposición, por medio de la cual se indicó que aquellos nacidos antes de la entrada en vigencia del Código y a partir de técnicas de reproducción humana asistida:

Son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

58

siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta.

(Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2015)

De igual manera, es de señalar que el artículo 560 del Código en mención preceptúa en que el centro de salud en donde se adelanta el procedimiento, es el que debe lograr el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al mismo, indicándose la instrumentación del consentimiento y reconociendo legalmente la voluntad procreacional en su artículo 562.

En México el 6 de febrero de 2013 fue promulgado el Código Familiar de Sinaloa mediante el Decreto 742 del Congreso del Estado, por medio cual se regulo expresamente el alquiler de vientre con la posibilidad de que fuera con fines económicos. Este señala que desde la fecundación el que nacerá es hijo de los padres que aportaron su material genético aclarándose que el certificado de nacido vivo es el documento que expide el médico que asiste a la mujer gestante y que junto con la constancia expedida por la Secretaria de Salud, se enunciará que ocurrió la técnica de reproducción humana asistida (Lamm, s.f.).

Lo anterior encuentra relación con lo legislado en el país español, solo que dicha nota marginal o documento anexo que informa que el nacimiento fue con ocasión a una técnica de reproducción asistida no es predicable cuando se usa el alquiler de vientres como si ocurre en el país mexicano.

Es así como la regulación del alquiler de vientres en el mundo encuentra divergencias, tal y como se muestra en el anexo 1, siendo oportuno que Colombia tome una posición e impida la prolongación de la inseguridad jurídica para aquellos que acuden a esta práctica. (Organización Mundial de la Salud, 2016)

### **7.1.2 Circunstancias fácticas y jurídicas para el caso colombiano.**

En Colombia se ha pretendido legislar sobre el asunto de maternidad subrogada, para lo cual se encuentran de forma reciente dos proyectos de ley presentados ambos María del Rosario Guerra de la Espriella y Santiago Valencia González, senadora de la república y representante a la cámara de representantes, respectivamente.

Por una parte se encuentra aquel presentado el 26 de Julio de 2016 en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes y por medio del cual se pretendía prohibir la maternidad subrogada con fines de lucro y reglamenta su práctica. En el texto del proyecto de Ley 026 de 2016, se buscaba reglamentar esta práctica para parejas colombianas que presenten incapacidad biológica para concebir exigiéndose la existencia de un certificado médico en el que se demuestre incapacidad física o biológica para concebir y un consentimiento libre e informado de la mujer gestante, la cual debería ceder su filiación derivada de la maternidad y renunciar a los derechos sobre el recién nacido. Esto de conformidad con la ponencia publicada en la gaceta del Congreso del 4 de mayo de 2017 (República de Colombia, 2017)

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

60

Ahora bien, en el informe de ponencia alternativa para primer debate de este proyecto se hicieron algunas precisiones relativas al proyecto en el entendido de que el presentado tiene una definición restringida de lo que es el alquiler de vientres motivo por el cual era necesario que se incorporara lo relativo al origen de los gametos. De igual manera se precisó que en el texto original se restringía lo relativo al certificado médico, recomendándose para este asunto incluir la favorabilidad de la ejecución de la práctica de maternidad subrogada para así proceder con el registro del menor. A pesar de lo anterior las recomendaciones en nada se refirieron sobre la filiación derivada del parto, manteniéndose en el texto original del proyecto la existencia de un consentimiento informado en donde la mujer no pueda retractarse de la entrega del menor.

A este respecto esta imposibilidad de retractación de la entrega del menor pretendida con el proyecto de ley, no tendría fundamento si se modificara lo relativo a la presunción de la filiación materna derivada del parto como se pretende con la presente investigación, por cuanto el hijo nacido biológicamente no es de la madre gestante y dicho consentimiento relativo a la cesión de la filiación y renuncia de derechos no encontraría un fundamento material por lo anotado.

Sin perjuicio de lo anterior, esta iniciativa fue negada en plenaria del Senado y archivada el 18 de septiembre de 2017 en virtud de conflictos de orden legislativo relativos a tramitarse como ley ordinaria o estatutaria, siendo oportuno que se radicará el proyecto como ley estatutaria. Es por ello que se presentó un proyecto de ley el 1 de Agosto de 2018 pero sin las modificaciones sugeridas en un primer momento, empero este fue archivado conforme a la disposición del artículo 153 de la Constitución Política.

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

61

En otro sentido y como fue mencionado en oportunidad anterior, mediante la Sentencia T 968 del dieciocho (18) de diciembre de dos mil nueve (2009) la Corte Constitucional Colombiana formulo ciertas pautas relativas a la práctica del alquiler de vientres pero no lo abordó a profundidad por cuanto esta sentencia surgió con ocasión a la configuración de la circunstancia anotada en capítulos anteriores, esto es que existió una concurrencia de maternidades a consecuencia de una madre infértil e incapaz de portar el feto, que acudió a otra que dono su ovulo y gesto en su propio vientre, y a la cual se le aplicó la presunción de ley de maternidad con ocasión a la realidad material, amparándosele en ese sentido sus derechos de maternidad con relación de la primera que si bien intento implantar sus óvulos en el vientre de la segunda este procedimiento no surtió efectos.

Ahora bien, para el tratamiento de reproducción asistida estudiado en la sentencia, el trio inmiscuido en el conflicto falto a la verdad al indicar que la mujer que aparentenme alquilaba su vientre y donaba su ovulo, era esposa del hombre que buscaba ser padre, y a pesar de ello, el registro de los hijos nacidos fue hecho solo por esta mujer, lo cual dificultó el análisis de esta práctica por parte de la magistratura como quiera que esta considero que no había operado el alquiler de vientres.

Sin embargo, en esta sentencia se realizó un estudio sobre los menores de edad que es relevante estudiar para el capítulo final de esta investigación. Al respecto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección, son prevaes incluso sobre los derechos que tienen sus padres, fundamentándose esto por su situación de fragilidad en atención a su desarrollo personal y ante una sociedad que si bien busca promover y compartir principios de

tolerancia e igualdad no puede corregir el déficit de participación de los niños ante el sistema político que legisle para su propia protección.

En ese sentido, la Corte Constitucional hace un recuento sobre las “reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño” discriminándolas en las garantías del desarrollo integral del menor, las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, la protección del menor frente a riesgos prohibidos, el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, y la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones materno filiales. (C.C., T-968/09, 2019)

En este punto es de resaltar lo anotado por la magistratura con relación a la prevalencia de los derechos del menor con ocasión al equilibrio de estos y los de sus padres, indicando que “cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor” (C.C., T-968/09, 2019)

Es así como la Corte Constitucional resalta que cuando se busque separar a un menor de su familiar biológica solo es procedente “cuando quiera que las circunstancias del caso indiquen claramente que ésta no es apta para cumplir con sus funciones básicas en relación con el interés superior del menor” estudiando en cada caso ciertos criterios que se relacionan con la existencia de motivos suficientes para decidir en contra de la ubicación del niño y para adoptar medidas de

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

63

protección, lo cual se asocia con la evidencia de riesgos para la integridad del niño o antecedentes de abuso en contra del mismo. (C.C., T-968/09, 2019)

Ahora bien, de forma reciente la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional en Sentencia 316 del dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018) dentro del expediente T-6.494.257, tutela instaurada en contra del Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, el Fondo Financiero Distrital de Salud y FAMISANAR EPS, señaló la necesidad de que el Congreso de la Republica regule sobre las siguientes cuestiones:

i) la donación de óvulos; ii) la congelación de embriones sobrantes; iii) la filiación legal que resulta de la utilización de embriones después de la muerte de los padres; iv) la inexistencia de limitaciones o protocolos para la implantación de óvulos fecundados en vientres distintos de las madres biológicas, lo que es conocido también como “maternidad subrogada” o “maternidad sustituta”; v) las cuestiones relativas al registro de la identidad de los donantes de espermatozoides u óvulos; vi) el número de descendientes de cada donante; vii) la obligatoriedad en que estarían las entidades promotoras de salud de conseguir óvulos cuando quien solicita la fecundación in vitro, no los produce; y, la posibilidad de comercio óvulos, entre otras. (C.C., T-316/18, 2019)

En otro sentido, el Decreto 1546 de 1998 modificado parcialmente por el Decreto 2493 de 2004, dentro de las definiciones relativas a la donación de gametos y pre embriones que se utilizan en las Unidades de Biomedicina Reproductiva contempla las de donante homologo, donante



## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

64

heterologo y receptor. A este respecto la norma define al primero como “la persona que aporta sus gametos para ser implantados en su pareja con fines de reproducción” mientras que el segundo es aquella “persona anónima o conocida que proporciona sus gametos, para que sean utilizados en personas diferentes a su pareja, con fines de reproducción.” Ahora bien el receptor es definido como “la persona en cuyo cuerpo se trasplantan componentes anatómicos biológicos” (Dec. 1546, 1998)

En este punto y de la lectura de la definición de donante dada por la norma, se contempla que donante es una persona de cuyo cuerpo se extraen un componente anatómico para trasplantarlo a otra persona. De lo anterior es posible extraer que no se contempla en esta legislación lo relativo a la práctica de alquiler de vientres, en especial lo concerniente al uso del vientre de una persona anónima, esto en razón a que en esta práctica no existe una extracción de componente anatómicos en un sentido estricto como lo exige la norma para que se encuadre a mujer anónima que propicia su vientre en la definición de donante, así como tampoco es posible encuadrarla como donante heterologo por la simple concepción legislativa de lo que es un donante.

Ahora bien de la lectura del artículo 17 de la Resolución No. 3199 de 1998 del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, se concluye que si bien puede existir un consentimiento voluntario, libre y consiente del donante homologo, donante heterologo y receptor, esto no tendría aplicación a la práctica de subrogación del vientre como se anotó, en razón a que esta normatividad se encuentra enfocada es en los procedimientos científicos utilizados en la práctica de subrogación como la inseminación, transferencia de óvulos, pre embriones e incluso la crio preservación, y no propiamente en el alquiler de vientre, lo cual

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

65

presenta una incompatibilidad con la circunstancia misma de la práctica que aquí se estudia por cuanto no se extrae ningún componente anatómico de la mujer que gesta sino que por el contrario se introduce en ella componente extraído lo cual si encuentra regulación de practica pero que genera problemáticas con relación a sus efectos jurídicos como aquí se ha descrito.

Ahora bien respecto a la participación de instituciones privadas en el ejercicio de la práctica de alquiler de vientres, cuando la Corte Constitucional procede a fallar la Sentencia T 968 del dieciocho (18) de diciembre de dos mil nueve (2009), requirió al director del programa de fertilización in vitro del Centro de Reproducción Asistida Fecundar con el fin de que aclarara circunstancias relativas al procedimiento, las condiciones y la asistencia dada a la partes inmersas en el conflicto jurídico, ante lo cual el director en esa institución indico que “El Centro de Medicina Reproductiva Fecundar, al no ser clara la reglamentación en Colombia sobre madre sustituta, recomienda este tratamiento siempre con una pariente o familiar ” (C.C., T-968/009, párr. 147, 2019). De igual manera fue requerido el gerente clínico de la Unidad de Medicina Reproductiva Centro Médico Imbanaco de Cali el cual indico expresamente que dicha entidad no realiza procedimiento de fertilidad con útero subrogado.

En virtud de lo anterior y con ocasión a las circunstancias fácticas en el ejercicio de este procedimiento se intentó comunicación con distintas entidades que ejecutan tratamientos de fertilidad en Bogotá D.C., específicamente preguntándoles sobre la práctica de alquiler de vientres y sobre la asesoría jurídica, presentándose las siguientes respuestas.

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

66

Por una parte se encontraron aquellas entidades que negaron el ejercicio de la fecundación in vitro con alquiler de vientre en su respectiva unidad reproductiva tales como el caso de “Asociados en Reproducción Humana S.A.S.”, la Clínica de fertilidad en Bogotá y la Unidad de Fertilidad del Country Conceptum, los cuales si bien practican la fecundación in vitro con donantes de esperma o de ovulo, no recomiendan ni atienden pacientes que busquen la subrogación.

En otro sentido se encontraron aquellas entidades que si realizan la práctica pero la asesoría con el especialista jurídico tiene costo elevado como lo es el caso de Centro de Fertilidad Reprotec, la Unidad de Fertilidad PMA (Procreación Medicamente Asistida) de la Clínica de Marly en Bogotá, y la Unidad De Fertilidad Fertivida S.A.S., motivo por el cual no pues posible acceder a la información.

Ahora bien, la Registraduría Nacional del Estado Civil el pasado 14 de noviembre de 2018, por medio de su registraduría delegada para el registro civil emitió resolución 266 con el fin de modificar la circular única de registro civil e identificación, en la cual se indicó que con ocasión a la sentencia proferida por la Corte Constitucional SU 696 del 12 de noviembre de 2015 y para la inscripción en el registro civil de hijos de parejas del mismo sexo, es extensible la presunción de hijo contenida en el artículo 213 del Código Civil. Lo anterior significa que la presunción de hecho referida a que “el hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho, tiene por padres a lo cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad” es aplicada a los hijos concebidos por parejas del mismo sexo, motivo por el cual una vez declarada la paternidad

dichos hijos son sujetos de las reglas generales aplicables a los hijos concebidos durante el matrimonio. (Registraduría Nacional del Estado Civil, 2018)

En ese sentido, si bien se habla es sobre lo relativo a la presunción de hijo y no a la presunción de maternidad, en la circular se indicó que cuando se presenten las parejas homoparentales a registrar a su hijos deberán hacer una declaración relativa a la filiación para con el niño en el libro de varios, siendo suscrita dicha declaración con la firma tanto del funcionario que lo autoriza como del declarante; circunstancia que se predica en el mismo sentido cuando una pareja heteroparental acude a hacer la inscripción, pero a los cuales se les requerirá para que aporten alguno de los documentos idóneos, tal como el certificado de nacido vivo que aquí se estudia o la sentencia de declaración de la maternidad con ocasión al proceso judicial, circunstancia última que generan dificultades para con la mujer que aportó su óvulo y no hizo trabajo de parto como se enunciará más adelante.

#### **8 Capítulo IV: Excepción al parto como un hecho reconocido jurídicamente.**

Como ha sido desarrollado a lo largo de la presente investigación, las personas que acuden al alquiler de vientres se tropiezan con la presunción de la maternidad y la determinación de la filiación y el parentesco por el hecho biológico del parto.

Sobre este aspecto y tal como es abordado por Awad & Narvaez (2001), por medio del procedimiento judicial se puede establecer la maternidad, empero “casi todos los hijos prueban la maternidad a través del acta de nacimiento” (p. 55), y si en dado caso falta este, debe hacerse la

inscripción con fundamento en declaración de testigos. Ahora bien, es ante la ausencia de las anteriores circunstancias que surge la acción judicial de investigación de la maternidad la cual se apoya en las declaraciones de testigos presenciales del nacimiento y la denominada notoria posesión del estado del hijo. Sin embargo esta acción judicial se podrá instaurar también cuando exista el acta de nacimiento pero existía una suposición del parto o la suplantación en el parto.

Es de esta manera como jurídicamente la mujer que acudió al alquiler de vientre no tiene herramientas legales para que el nacido sea considerado como hijo suyo cuando biológicamente lo es, y es en atención a que de la presunción del parto se erigen las acciones judiciales para desvirtuarse, razón por la cual Awad & Narvaez (2001), indican que en caso de que se acepte el procedimiento de alquiler de vientres es oportuno que se distinga esta situación, es decir que en el certificado de nacido vivo y en el registro civil de nacimiento se indique lo que biológicamente es cierto y es que la mujer que realizó el trabajo de parto no es la madre biológica del niño, y en consecuencia se legisle sobre los efectos relativos a esta circunstancia.

A la misma conclusión llegaron Leon & Millán (2013) quienes indicaron que sean cuales sean las circunstancias contractuales o no de la práctica del alquiler de vientre, es necesario una legislación que tenga en cuenta los efectos de filiación derivados de esta práctica, ya que, en cuanto a la filiación en la maternidad subrogada, debe el legislador señalar taxativamente el alcance de su configuración, permitiendo que sean los padres genéticos quienes detenten la filiación sobre el menor cuando se cumplan los requisitos de validez para la existencia del acto jurídico de maternidad subrogada.

Ahora bien, distinto a la alternativa poco compatible para lograr la filiación directa entre el niño nacido de la práctica del alquiler de vientres y la mujer que introdujo su ovulo en otra mujer, es decir la acción judicial de impugnación de la maternidad, se habla del procedimiento de adopción como una forma irrevocable por la cual se establece la relación materno filial entre personas que no la tienen por naturaleza (Bernal, 2015).

Ya se había mencionado que mediante la Sentencia T 968 del dieciocho (18) de diciembre de dos mil nueve (2009) la Corte Constitucional de Colombia había indicado que la manera de garantizar el goce del derecho prestacional correspondiente a la realización personal de la mujer como madre es prevista por el ordenamiento jurídico nacional mediante la maternidad adoptiva, previo el cumplimiento de los debidos requisitos legales. (C.C., T-968/18, 2019)

A este respecto, sin entrar en debates de profundidad que no atañen a esta investigación, en el caso de estudio si existe una relación filial por naturaleza motivo por el cual el procedimiento de adopción no es el más adecuado. Aunado a la circunstancia de que en virtud a una presunción de la ley se está separando a un menor de su familiar biológica, lo cual como fue estudiado y según los presupuestos de la Corte Constitucional, esta solo es procedente “cuando quiera que las circunstancias del caso indiquen claramente que ésta no es apta para cumplir con sus funciones básicas en relación con el interés superior del menor” (C.C., T-968/18, 2019).

Adicional a lo anterior, la disposición consagrada en el artículo 66 de la Ley 1098 de 2006, el Código de Infancia y Adolescencia impediría el uso de esta medida de restablecimiento de derechos para el caso del alquiler de vientre, como quiera que este señala que se invalidaran los

acuerdos de adopción previos al nacimiento del niño, razón por la cual el juez competente para este asunto podría negar la adopción porque el acuerdo se dio mucho antes del nacimiento. (Bernal, 2015)

Ahora bien, se ha evidenciado la necesidad de una modificación de la disposición legal que establezca una excepción a la norma con ocasión a un hecho biológico, es así como Bernal (2015) citando a Álvarez & Burbano (2012), señala que si en un primer momento se vinculó una vez un hecho biológico con un hecho jurídico, es posible volver a relacionar otros hechos biológicos, como lo gametos implantados, a ese mismo hecho jurídico.

Con todo lo anterior, lo descrito por Lopez & Amado (2014) citando a Álvarez & Burbano (2012) es evidente, y es que el principio romano de “mater semper certa est” base de las normas de filiación en los países de derecho romano como el colombiano se ha desvirtuado y se debe hacer frente a este asunto. Sin embargo no cabe duda que siendo la maternidad el vínculo jurídico y natural que une al hijo con la mujer, es el legislador el que debe precisar cuándo si dicho nexo surge con ocasión de concepción o del nacimiento.

En virtud de todo lo anterior es prudente indicar que la solución para el ejercicio jurídico de la práctica de alquiler de vientre por fecundación in vitro encuentra fundamento en la excepción y exclusión de un hecho reconocido jurídicamente como el parto, para convertir lo genético como hecho biológico que fundamenta la circunstancia jurídica denominada maternidad, y así no interferir en las consecuencias que son determinadas por aquella como la filiación, el parentesco y los demás efectos. Más aun cuando se ha evidenciado en el caso de estudio que existe un

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

71

parentesco por consanguinidad amparado legalmente y determinado por la correspondencia genética, pero que sufre una ruptura circunstancial al momento presumirse la maternidad solo por el hecho del parto.

Ahora bien, para materializar lo anterior es prudente precisar que el artículo 49 del Decreto 1260 de 1970 señala únicamente que “el nacimiento se acreditará ante el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil mediante certificado del médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto, (...)” sin embargo de dicha circunstancia existe una presunción de la maternidad que ya ha sido estudiada en oportunidad anterior. (Dec. 1260, art.49, 1970)

En ese sentido en principio podría predicarse de la presunción de la norma en comento, es decir de la consecuencia de la aplicación de lo determinado en el artículo 49 de Decreto 1260 de 1970, una derogatoria orgánica como consecuencia de la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia la cual se encargó de la protección jurídica a los hijos procreados con asistencia científica quienes tiene iguales derechos y deberes mediante el artículo 42 constitucional, y los cuales no pueden ser separados de sus padres biológicos sino cuando se evidencie la existencia de motivos suficientes para decidir en contra de la ubicación del niño y con la certeza de riesgos para la integridad del niño.

Por otra parte, podría demandarse la inconstitucionalidad parcial de la norma en comento por cuanto la presunción de la maternidad derivada del parto con ocasión a lo aplicación normativa vulneran los intereses y derechos del menor que prevalecen sobre los demás derechos, tal como fue anotado en capítulos anteriores, esto como quiera que la identidad jurídica la relación



## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

72

materno filial entre el niño gestado y la mujer con la que se tiene el vínculo de consanguinidad, pero que no realiza el trabajo de parto, en los casos de alquiler de vientres en Colombia encuentra relación con el parentesco natural por la relación que existe al descender el primero de un mismo tronco o raíz que la segunda; mientras que su legitimación y determinación filiar estará ligado con la temporalidad de su producción, es decir, si fue dentro de un matrimonio se estará en presencia de un escenario jurídico totalmente distinto al que se produciría por fuera de ese contrato solemne como ya se indicó, y no por la mera circunstancia del parto.

Lo anterior con la esperanza de que la práctica fuere reglamentada y con la existencia de un documento extendido al certificado de nacido vivo para el registro civil de nacimiento en donde se refleje el consentimiento a la fecundación y la circunstancia del alquiler de vientre. Esto como quiera que “toda persona tiene el mínimo derecho a conocer de dónde proviene su herencia genética, sus rasgos físicos, y en general todas las características biológicas y psicológicas que lo determinan” (Awad & Narvaez, 2001, p. 168), y para prever aquella circunstancia positiva de utilizar un ovulo donado y que no tiene la intención de una posible reclamación judicial, sin lugar a su desconocimiento.

Empero, si se regulara la práctica sin pronunciamiento sobre la presunción de la filiación, si debería existir un consentimiento relativo a la cesión de presunción de la filiación pero no por los presupuestos anotados sobre los derechos que tenga la mujer que dio a luz sobre el nacido o sobre el rol de decisión de la pareja que busco el alquiler, sino que por la circunstancia biológica de que el niño no es suyo y que con ocasión a la presunción legal no conforme a derecho como se indicó, es oportuno suscribir tal consentimiento una vez ocurra el nacimiento.

Ahora bien, la existencia del consentimiento relativo a la cesión de la filiación se traduciría a la declaración relativa a la filiación en las parejas homoparentales con ocasión a la resolución 266 del 14 de noviembre de 2018, de la Registraduría Nacional del Estado Civil, sin embargo la exigencia de una sentencia relativa a la declaración de la maternidad, el certificado de nacido vivo o incluso una sentencia de adopción, dificultaría el ejercicio de la declaración, como quiera que en una primera medida tanto el proceso judicial como el proceso de adopción se ven cercenados por aspectos formales que ya fueron estudiados, y por otro parte, el certificado de nacido vivo como se maneja actualmente en nada se referiría a la mujer que busca su declaración y que aportó su ovulo, y menos sobre información relativa al padre que acompaña a esta, motivo por el cual si bien existiría una presunción del hijo con ocasión a la relación matrimonial o marital que estos demostrasen, los mismo no se predicaría de la presunción de la maternidad de aquella y se hacer oportuno replantear lo ya mencionado.

Todo lo anterior ampararía no solo lo derechos del menor una vez nacido a no ser separado de su madre biológica sino también que alumbraría un poco la circunstancias jurídicas de aquellos que acuden a esta práctica, los cuales a pesar de tener una protección constitucional referida a sus derechos de reproducción y relativos al parentesco natural o por consanguinidad, en especial al desarrollo de la personalidad de la mujer, no tendrían como amparar los mismos en atención a las posibilidades procesales que actualmente ofrece el ordenamiento colombiano y con ocasión a una ruptura circunstancial consistente en los hechos biológicos de fecundar, concebir y el de parir, lo cual desvirtúa el principio romano de “mater semper certa est” base de las normas de filiación en el país colombiano.

## **9 Conclusiones y Recomendaciones**

El alquiler de vientres es una práctica por medio de la cual las parejas heteroparentales que no pueden concebir sus propios hijos acuden a ella para la conformación de la familia, encontrando tropiezos jurídicos al momento de tener a su cargo los derechos y también las obligaciones que implican la concepción y nacimiento del niño o niña a consecuencia de la presunción de la maternidad derivada del parto.

Es así como la relación materno filial en el derecho colombiano se deriva del nacimiento, el cual se acredita mediante el certificado del médico que asiste a la madre en el parto, existiendo una contradicción legal entre las personas que tuvieron la iniciativa de conformar una familia y que tienen vínculo de consanguinidad con el niño o niña nacido de dicha práctica, y entre la mujer que simplemente subrogó su vientre para gestar al menor, como quiera que esta última no tendría correspondencia genética con el recién nacido pero a pesar de eso será registrada como la madre del menor, separándose al menor de su madre biológica y con ocasión a la aplicación de una norma que es anterior a la entrada en vigencia de la constitución política nacional.

Ha sido demostrado que la circunstancia de registrar a una mujer que dio a luz a un menor genera efectos de índole civil relativos a los derechos y obligaciones para con el niño o niña nacida de esta práctica, y que con ocasión a la presunción de maternidad se están desconociendo sus derechos al separársele de su madre biológica, sumado a la circunstancia de que la madre biológica no podría intentar su registro como quiera que en principio la acción judicial provista

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

75

por el ordenamiento jurídico colombiano como la impugnación a la maternidad actúan sobre la presunción del parto o su corrupción por la suposición del parto, y por otra parte la adopción no resulta como mecanismo idóneo para lograr lo pretendido por la madre biológica como quiera que si existe una filiación natural y dicho procedimiento es para establecerla entre aquellos que no la tienen.

Es por lo anterior que la identidad jurídica la relación materno filial entre el niño gestado y la mujer con la que se tiene el vínculo de consanguinidad pero que no realiza el trabajo de parto en los casos de alquiler de vientres en Colombia se asocia con el parentesco por consanguinidad o natural con ocasión a la circunstancia de descender de un mismo tronco, y su determinación filiar estaría afiliado es la temporalidad de su producción es decir si fue dentro de un matrimonio (matrimonial) o por fuera de este (extramatrimonial), y no por la mera circunstancia del parto.

Ahora bien, con la esperanza de que la práctica fuere reglamentada y con la existencia de un documento extendido al certificado de nacido vivo para el registro civil de nacimiento en donde se refleje el consentimiento a la fecundación y la circunstancia del alquiler de vientre, se podría proceder conforme a derecho excluyendo la presunción derivada de la aplicación del artículo 49 de Decreto 1260 de 1970 por cuanto es anterior a la constitución política nacional y desconoce tanto sus disposiciones como la jurisprudencia constitucional.

Empero, si no se refiere la norma a la práctica del alquiler de vientres, si se debe reglamentar la existencia de un consentimiento que desvirtúe la presunción de la filiación por la circunstancia biológica de que el niño corresponde a otra persona, o que se reglamente de forma clara lo

## RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR FECUNDACIÓN IN VITRO

76

atinente a la declaración relativa a la filiación en las parejas heteroparentales con ocasión a la resolución 266 del 14 de noviembre de 2018, de la Registraduría Nacional del Estado Civil y sin la exigencia de una sentencia relativa a la declaración de la maternidad, el certificado de nacido vivo o el proceso de adopción. Lo anterior o para prever no solo el caso estudiado en la presente investigación sino también cuando exista una donante de ovulo, amparando el derecho que tiene toda persona de conocer su origen genético, posibilitando y limitando una reclamación judicial sobre el niño nacido por parte de una u otra mujer, y legitimando el ejercicio de la práctica de alquiler de vientres como bien lo hace el artículo 42 de la Constitución Política Nacional.

## 10 Bibliografía

Acción de tutela instaurada por Erlinda Mogollón Vargas contra Colseguros E.P.S., 512 (Corte Constitucional 19 de junio de 2003). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-512-03.htm>

Acción de Tutela instaurada por la Defensoría del Pueblo Seccional Atlántico contra el Instituto de Seguros Sociales. , 354 (Corte Constitucional 15 de mayo de 2012). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-354-12.htm>

Acción de tutela instaurada por LSVR en representación de su hijo menor de edad SAEV contra la Notaría Única de Plato -Magdalena- y la Registraduría Nacional del Estado Civil., 719 (Corte Constitucional 11 de diciembre de 2017). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-719-17.htm>

Acción de tutela instaurada por Milena del Carmen More Arrieta en representación de su menor hijo Juan José Bustamante More contra el Instituto de Seguros Sociales – Departamento de Atención al Pensionado de la Seccional Bolívar., 1045 (Corte Constitucional 14 de diciembre de 2010). Obtenido de [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-1045-10.htm#\\_ftnref20](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-1045-10.htm#_ftnref20)

Acción de tutela instaurada por Sarai, contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali., 968 (Corte Constitucional 18 de diciembre de 2009). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

Acción de tutela interpuesta por Efrén Rodríguez Pantoja y Oscar Hernán Osorio Agudelo a través de la Unión Sindical EMCALI, USE contra EMCALI EICE ESP., 705 (14 de

RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR  
FECUNDACIÓN IN VITRO

78

- diciembre de 2016). Obtenido de [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-705-16.htm#\\_ftn43](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-705-16.htm#_ftn43)
- Alvarez, D., & Burbano, C. (Junio de 2012). Maternidad subrogada y filiación a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. Obtenido de [http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/jspui/bitstream/10819/1147/3/Maternidad\\_Luz\\_Ordenamiento\\_Alvarez\\_2012.pdf](http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/jspui/bitstream/10819/1147/3/Maternidad_Luz_Ordenamiento_Alvarez_2012.pdf)
- Andina, E. (2002). Trabajo de parto y parto normal. Guia de practicas y procedimientos. *Revista del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá*, 21(2), 63-774. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/912/91221202.pdf>
- Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro vs. Costa Rica. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2012). Obtenido de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)
- Awad, M. I., & Narvaez, M. D. (2001). Aspectos juridicos en las tecnicas de reproducción asistida humana en Colombia. *Trabajo de Grado de Pregrado*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado el 2019, de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis02.pdf>
- Baccino, G. (s.f.). Homoparentalidad y técnicas de Reproducción Asistida. *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, 58-63. Obtenido de <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/psico/guia1.PDF>
- Bernal, M. C. (5 de junio de 2015). La filiación materna en el alquiler de vientres en Colombia. *Trabajo de grado de pregrado*. Bogota D.C. Obtenido de <https://documentodegrado.uniandes.edu.co/documentos/6862.pdf>

RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR  
FECUNDACIÓN IN VITRO

79

Cárdenas, H. M. (2011). *La reproducción humana asistida, un análisis desde la perspectiva biojurídica*. Ciudad de Mexico., Mexico: Fontamara.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. . (2015). Obtenido de [http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf).

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 50 del Código Civil., 336 (Corte Constitucional 29 de junio de 2016). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-336-16.htm>

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 88 (parcial) de la Ley 1709 de 2014., 569 (Corte Constitucional 2016 de octubre de 2016). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-569-16.htm>

Escudero, M. C. (2019). *Procedimiento de Familia y del Menor* (26 ed.). Bogotá: Uniacademica Leyer.

España, J. C. (26 de Mayo de 2006). Ley Numero 14 sobre técnicas de reproducción asisitda. . (126), 19947-19956. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/21.pdf>.

ICBF. (22 de septiembre de 2016). *Concepto 116*. Bogotá. Obtenido de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto\\_icbf\\_0000116\\_2016.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000116_2016.htm)

Impugnación formulada frente al fallo proferido por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en la acción de tutela promovida por Darine Yesennia Bogotá Pirabán contra el Juzgado de Familia de Soacha, TC6009 (Sala de Casacion Clivl de la Corte Suprema de Justicia 9 de mayo de 2018).

Instituto Colombiano de Bienestar Familia - ICBF. (21 de enero de 2014). Solicitud concepto sobre cuál es el procedimiento que debe seguir una colombiana que adoptó a un niño en



RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR  
FECUNDACIÓN IN VITRO

80

- Etiopía y quiere registrarlo en éste país. *Concepto 7*. Bogotá, Colombia. Obtenido de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto\\_icbf\\_0000007\\_2014.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000007_2014.htm)
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. (s.f.). *Capítulo Noveno El Parentesco*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/11.pdf>
- Lamm, E. (s.f.). *Gestación por Sustitución*. Barcelona, España: i Edicions Universidad de Barcelona. Obtenido de <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>
- Leon, K., & Millán, J. W. (2013). *El futuro de la maternidad subrogada en Colombia. Una perspectiva desde las experiencias de España y Mexico. Trabajo de Grado de Posgrado*. Bogotá. Obtenido de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/15354/LeonVelezCatherine2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ley 14. (26 de mayo de 2006). Madrid, España. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/21.pdf>
- Ley de Fertilización Humana y Embriología . (1 de Noviembre de 1990). Reino Unido. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/81.pdf>.
- Lopez, K. M., & Amado, C. (2014). Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada. *Revista de Derecho Privado*, 4-18. Obtenido de [https://ugc.elogim.com:2738/#CO/search/jurisdiction:CO+content\\_type:4/maternidad+subrogada/by\\_date/CO/vid/582241658/graphical\\_version](https://ugc.elogim.com:2738/#CO/search/jurisdiction:CO+content_type:4/maternidad+subrogada/by_date/CO/vid/582241658/graphical_version)
- Marin, G. A. (s.f.). *Revistas UDEM*. Obtenido de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1336/1338>

RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR  
FECUNDACIÓN IN VITRO

81

Moratalla, N. L. (2004). La realidad del embrión humano en los primeros quince días de vida.

*Persona y Bioética.*, 6-22. Obtenido de  
file:///C:/Users/Camila%20Zambrano/Downloads/Dialnet-

LaRealidadDelEmbriónHumanoEnLosPrimerosQuinceDiasD-2360894.pdf

Organizacion Mundial de la Salud. (2016). Study Guide. *UC3MUN 2016*, 2-21. Obtenido de

<http://uc3mun.anudi.org/wp-content/uploads/2016/02/WHO.pdf>

Orozco, J. A., & Cañaveral, D. C. (2015). La reproducción humana asistida en la jurisprudencia

de la Corte Constitucional colombiana y Corte IDH. (U. L. Colombia, Ed.) *Inciso*, 17(1),

84-92. Obtenido de <https://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/398/629>

Ramos, R. R., Gutiérrez, G. R., Monroy, I. A., & Medina, H. G. (diciembre de 2008).

Ginecología y Obstetricia de Mexico. *Factores de riesgo asociados con infertilidad*

*femenina*, 76(12), 717-721. Mexico. Obtenido de

<https://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsmex/gom-2008/gom0812d.pdf>

Registraduria Nacional del Estado Civil. (16 de Noviembre de 2018). Obtenido de

[https://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/Circular\\_Unica\\_RC\\_e\\_Identificacion\\_Version\\_2\\_28-02-19\\_compressed.pdf](https://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/Circular_Unica_RC_e_Identificacion_Version_2_28-02-19_compressed.pdf)

Registratura Nacional del Estado Civil. (s.f.). *Registratura Nacional del Estado Civil*. Obtenido

de [https://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/man\\_reg\\_civ.pdf](https://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/man_reg_civ.pdf)

Republica de Colombia. (4 de mayo de 2017). Gaceta del Congreso. Obtenido de

[http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias%202017/gaceta\\_297.pdf](http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias%202017/gaceta_297.pdf)

Rodríguez, E., Valdebenito, C., & Lolás, F. (s.f.). *El problema del manejo de la información*

*genética en Latinoamérica*. Chile. Obtenido de

RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR  
FECUNDACIÓN IN VITRO

82

file:///C:/Users/Camila%20Zambrano/Downloads/el%20problema%20del%20manejo%20de%20la%20informacion%20genetica%20en%20latinoamerica%20pdf.pdf

Ruiz, M. T. (20 de abril de 2001). Aspectos Demograficos de la infecundidad, la infertilidad y la esterilidad en España. Madrid, España: Centro d'Esudis Demogràfics. Obtenido de [https://ddd.uab.cat/pub/worpaper/2001/201463/papersdemografia\\_a2001n197.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/worpaper/2001/201463/papersdemografia_a2001n197.pdf)

Surrogacy Arrangements Act 1985. (s.f.). Londres. Obtenido de [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga\\_19850049\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf)

Sentencia 109 (Corte Constitucional 15 de Marzo de 1995). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-109-95.htm>

Sentencia 1104 (Corte Constitucional 23 de agosto de 2000). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1104-00.htm>

Sentencia 946 (Corte Constitucional 2002 de octubre de 2002). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-946-02.htm>

Sentencia 760 (Corte Constitucional 31 de julio de 2008). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>

Sentencia 292 (Corte Constitucional 2 de junio de 2016). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-292-16.htm>

Sentencia 283 (Corte Constitucional 23 de julio de 2018). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-283-18.htm>

Torre., F. J. (s.f.). *Bioética. Vulnerabilidad y responsabilidad en el comienzo de la vida*. Madrid: DYKINSON. Obtenido de <https://books.google.com.co/books?id=WlhQDAAAQBAJ&pg=PA217&lpg=PA217&dq=la+maternidad+subrogada+abre+la+posibilidad+de+fragmentar+la+filiaci%C3%B3n&s>

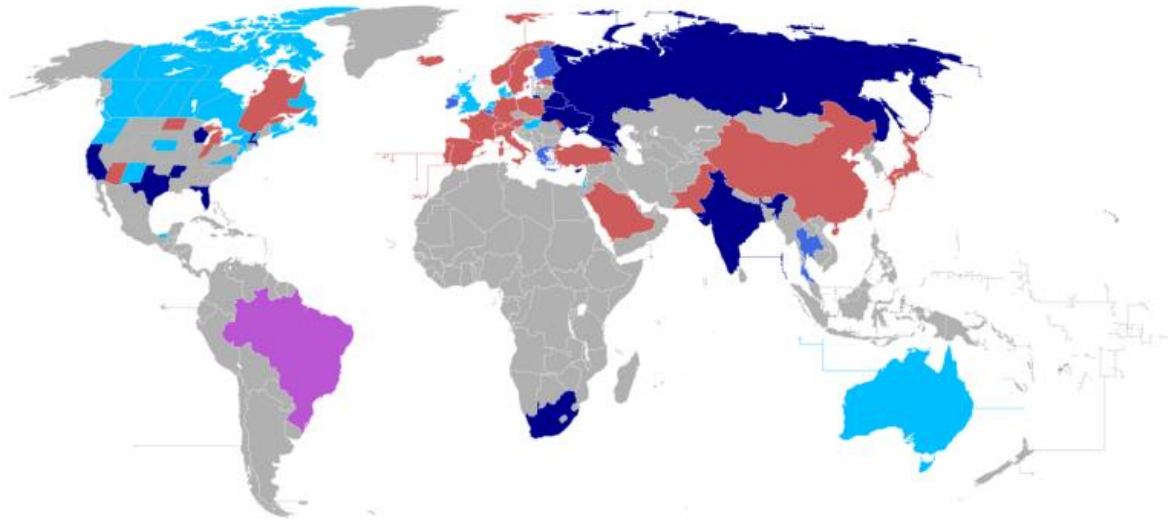
RELACIÓN JURÍDICA MATERNAL EN EL ALQUILER DE VIENTRES POR  
FECUNDACIÓN IN VITRO

83

ource=bl&ots=9\_Hlaws8TU&sig=ACfU3U3swERzb457bwPqED9e8DA3tI7SeA&hl=es  
-419&sa=X&ved=2ahUKEwjQuOD-zrvkAhXsuFk

## 11 Anexos.

### 11.1. Grafico 1.



Regulación legal de la gestación subrogada en el mundo:

- Legal las formas retribuida y altruista
- Sin regulación legal pero se realiza
- Legal sólo de forma altruista
- Permitida entre familiares hasta segundo grado de consanguinidad
- Prohibida
- No regulada/situación incierta