



Revista de Derecho Privado

E-ISSN: 1909-7794

mv.pena235@uniandes.edu.co

Universidad de Los Andes

Colombia

López De Armas, Karen Margarita; Amado Amado, Catalina

Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada

Revista de Derecho Privado, núm. 52, julio-diciembre, 2014, pp. 1-18

Universidad de Los Andes

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033223023>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA EN COLOMBIA EN LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD DELEGADA

KAREN MARGARITA LÓPEZ DE ARMAS

CATALINA AMADO AMADO

Revisión de tema

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.19>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 52

Julio - Diciembre de 2014. ISSN 1909-7794

Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada

Resumen

La maternidad delegada o alquiler de vientre se deriva de las nuevas tendencias estructurales de familia, y las herramientas que la ciencia brinda para contrarrestar los problemas de infertilidad que hoy en día se presentan. Constituye una opción que se vislumbra como una forma de equilibrar las deficiencias que por enfermedades o malas prácticas quirúrgicas dejan a las parejas sin la posibilidad de tener hijos. En esta práctica, al utilizar material biológico de diferentes sujetos —los padres contratantes y la madre gestante—, surge la duda en cuanto a la determinación de la filiación materna, ya que a la luz del ordenamiento jurídico colombiano esta se establece por el hecho del parto, dejando a la madre contratante solo un camino legal: la adopción de su propio hijo. En esta materia hay, por tanto, un vacío legislativo.

Palabras clave: maternidad delegada, filiación, madre biológica, madre gestante, adopción.

Determination of the maternal filiation in Colombia under the practice of “surrogate motherhood”

Abstract

Surrogate mothers, surrogacy or is derived from the new structural family trends and tools that science provides to counter infertility problems that are presented today, generating as an option, which is seen as a way to balance deficiencies by disease or poor surgical practices leave couples without the possibility of having children. In this practice the biological material of different subjects, such as the contracting parents and the pregnant mother, used the question arises as to the determination of maternal descent, and that in light of the Colombian legal system it is established by the fact childbirth, leaving only legal way to the contracting mother and is taking his own son, being a legislative vacuum.

Keywords: associate motherhood, parentage, birth mother, pregnant mother, adoption.

Determinação da filiação materna na Colômbia na prática da maternidade delegada

Resumo

A maternidade delegada ou aluguel de útero se deriva das novas tendências estruturais de família, e as ferramentas que a ciência brinda para contra-arrestar os problemas de infertilidade que hoje em dia se apresentam. Constitui uma opção que é vislumbrada como uma forma de equilibrar as deficiências que por doenças ou más práticas cirúrgicas deixam os casais sem a possibilidade de ter filhos. Nesta prática, ao utilizar material biológico de diferentes sujeitos —os pais contratantes e a mãe gestante—, surge a dúvida sobre à determinação da filiação materna, já que à luz do ordenamento jurídico colombiano esta é estabelecida pelo fato do parto, deixando à mãe contratante só um caminho legal: a adoção de seu próprio filho. Nesta matéria há, portanto, um vazio legislativo.

Palavras-chave: maternidade delegada, filiação, mãe biológica, mãe gestante, adoção.

Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada*

Karen Margarita López De Armas**

Catalina Amado Amado

SUMARIO

Introducción – I. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA – A. Antecedentes históricos de la maternidad subrogada – II. LA MATERNIDAD DELEGADA – A. Ventajas – B. Desventajas – C. Modalidades – III. LA FILIACIÓN – IV. LA ADOPCIÓN – V. DESARROLLO NORMATIVO – A. Pronunciamiento jurisprudencial – VI. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: López De Armas, K. M. y Amado Amado, C. (Diciembre, 2014). Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada. *Revista de Derecho Privado*, 52. Universidad de los Andes (Colombia).

** Egresadas de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia. Actualmente laboran en la Secretaría General del Instituto de Seguros Sociales, hoy en liquidación. Correos: kmlopez@iss.gov.co – camadoa@iss.gov.co

Introducción

En el contexto de Occidente, la evolución actual de la estructura familiar es el fruto de un proceso de adaptación a las nuevas realidades, que se traducen en puntuales demandas sociales y jurídicas, tales como las que se presentan con la maternidad delegada. Colombia no es ajeno a esta situación; por el contrario, por sus características económicas y sociales se convierte en un ofertante para este tipo de prácticas y en un caldo de cultivo de controversias por la falta de regulación específica, que oriente a la determinación de la filiación materna y evitar que se frustren las aspiraciones de parejas o individuos que buscan una solución a sus problemas de infertilidad.

En la actualidad, las nuevas tendencias estructurales de familia, y las posibilidades que la ciencia brinda para contrarrestar los problemas de infertilidad que se presentan en algunos países, incluido Colombia, han abierto el camino a la maternidad delegada o alquiler de vientre como una opción para equilibrar las deficiencias que por enfermedades o malas prácticas quirúrgicas dejan a parejas sin la posibilidad de tener hijos.

Esta práctica es el resultado de la intervención de la ciencia en la reproducción de los seres humanos, de una manera asistida pero no artificial. El alquiler de vientre se puede considerar una herramienta o instrumento para lograr un fin: el nacimiento de un ser humano, que como tal adquiere derechos y obligaciones. Así mismo se generan derechos y obligaciones para la

madre, pero ¿cuál madre?, ¿la madre gestante, es decir, la que presta o alquila su vientre para llevar a feliz término el embarazo?, o ¿la madre aportante del material genético?

Al ser una práctica aceptada, varios países han avanzado en normatividad al respecto. Por ejemplo, en algunos estados de los EE. UU. las decisiones judiciales protegen a los padres contratantes de eventuales arrepentimientos o incumplimientos por parte de la mujer contratada, y configuran la filiación a favor de los primeros desde el mismo momento del parto, sin necesidad de acudir a otros procedimientos para establecer el parentesco, en razón a que el acuerdo a que llegan las partes es tratado con toda la seriedad de un contrato y, por ende, de obligatorio cumplimiento.

Sin embargo, en la mayor parte del mundo —incluida Colombia— la maternidad delegada no es aún aceptada por las legislaciones y, aunque no está prohibida expresamente, las decisiones de los operadores judiciales no podrían favorecer a los contratantes en caso de que la “madre alquilada” se muestre renuente a entregar el hijo que dio a luz, puesto que no disponen de una guía clara para otorgar la filiación a la madre biológica, quien en principio es la llamada a obtener este vínculo jurídico.

En Colombia, a la fecha, el tema no está regulado expresamente por la legislación, a sabiendas de que en la realidad social se presenta, lo cual en cierta manera es una forma de consentimiento, pues acudiendo al principio de clausura, “lo que no está prohibido está permitido”.

Habida cuenta de que ni la ley ni la jurisprudencia nacional muestran mayor avance respecto al tema de la maternidad delegada y la configuración de la filiación materna, se presentan problemas a la hora de determinar la filiación, ya que en nuestro ordenamiento esta se da por el hecho del parto, contrariando de una u otra manera la situación que se presenta en la maternidad delegada.

I. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA

Las personas tienen derecho a procrear, y la mayoría de veces esto sucede por vías naturales y sin necesidad de ayuda externa. Pero hoy por hoy existe una gran población con problemas de infertilidad que les hace imposible la procreación natural.

Para contrarrestar esta dificultad, la ciencia brinda diferentes mecanismos mediante las técnicas de reproducción asistida, entendidas como “los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos [IIDH], 2008, p. 11). Ahora bien, estas técnicas más que un tratamiento médico se consideran un servicio para aquellas parejas que las demandan para cumplir el deseo de tener hijos y que estos porten al menos el material biológico de uno de ellos.

Entre estas técnicas se encuentra el alquiler de vientre, el cual está diseñado para compensar las deficiencias de infertilidad de las parejas. Ninguna técnica de reproducción asistida ataca directamente el problema de la gestación como sí lo hace la maternidad subrogada.

A. Antecedentes históricos de la maternidad subrogada

La práctica de la gestación por cuenta de otro, o maternidad delegada, surgió en los Estados Unidos en el año 1975, cuando apareció un anuncio en el periódico de California solicitando una mujer para ser inseminada artificialmente a favor de una pareja estéril, previo contrato de remuneración. Por esa época todavía no se lograba la fecundación *in vitro*, término que fue primero aplicado al servicio de gestación con óvulo propio (Soto Lamadrid, 1990).

Otro vientre de alquiler en la historia se presentó en la antigua Mesopotamia a mediados del siglo XVIII a. C., en el reino de los sumerios. La delegación de vientre materno fue una práctica arraigada legalmente. El Código del Rey Hammurabi, primer texto de categoría legal en pronunciarse sobre el tema, disponía: “que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que éste pudiera buscarse a otra concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón”. Asimismo, el Código establecía “garantías sociales” para las madres subrogadas que tuvieran hijos, a las cuales que no se podía vender “por plata” (Cardona Buendía y Parra Blanco, 2009, p. 7).

Otro y muy importante caso jurisprudencial de vientre de alquiler se presentó en Estados Unidos, conocido bajo el nombre de “Baby M”. La señora Mary Beth Whitehead en febrero de 1985 firmó un contrato de maternidad delegada, accediendo a ser inseminada de manera artificial con el esperma de William Stern, y entregar el niño nacido a esta familia; en contraprestación recibiría la suma de diez mil dólares. En marzo de 1986 la señora Whitehead dio a luz una niña (Melisa) y la conservó durante los primeros cuatro meses, sin intención de entregarla a los Stern, hasta que fue obligada por una decisión judicial. En marzo de 1987 se declaró extinguidos los derechos maternos de la señora Whitehead. Posteriormente la Corte Suprema del Estado de New Jersey restableció sus derechos y declaró nula la adopción hecha por parte del señor Stern. Sin embargo, la Corte decidió que la menor debía residir con la pareja Stern y la señora Whitehead tenía derecho de visita (Awad Cucalón y De Narvaéz Cano, 2001, p. 146). En el año 2004, al cumplir Melissa los 18 años, y formalmente terminada la patria potestad de Mary Whitehead, se llevó a cabo el proceso de adopción por parte de la señora Stern (Martínez-Pereda y Massigoge Benegiu, 1994, pp. 27-29).

En Colombia, en los últimos años han aparecido varios centros en los que se implementan técnicas de reproducción asistida. En Cali se encuentra Fecundar; en Bogotá están, entre otros, Cecolfes, Reprotec, la Clínica de Marly, la Clínica de la Mujer; y en Medellín y el eje cafetero opera InSER, entre otros en el resto del país. (Álvarez y Burbano, 2012, p. 12).

En la maternidad genética, la madre sustituta, es decir, la mujer que lleva al niño en su vientre, aporta el óvulo para llevar a cabo un embarazo. En cambio, en la maternidad delegada, la mujer que lleva el hijo en su vientre, es decir, la que gesta el embrión, no tiene vínculo genético con él por cuanto el óvulo utilizado en el proceso de fecundación es el de la mujer que la contrató para tal fin.

La calidad de hijo legítimo o extramatrimonial se tendrá de acuerdo con la situación civil de la madre sustituta.

En cuanto a esto, Emilssen González de Cancino afirma:

La relación de maternidad se predica en los casos de gestación sustitutiva, entre la madre que produce el alumbramiento y el hijo producto de ese parto, tal como se deduce de las disposiciones del Código Civil: artículo 90 y concordantes. Si la mujer que aparece como madre biológica —la del parto— estaba unida en matrimonio legítimo, el niño tiene por padre al marido (art. 213 y concordantes) y la impugnación de la paternidad solo puede adelantarse con los requisitos legales y por iniciativa del marido (art. 214 y 216) mientras el matrimonio subsista (1995, pp. 195-196).

II. LA MATERNIDAD DELEGADA

Antes de entrar a estudiar los problemas que frente a la filiación materna se presentan por la práctica de la maternidad delegada, se debe hacer una distinción entre las clases de reproducción existentes: reproducción humana natural y reproducción humana asistida.

La primera se logra con el embarazo y posterior nacimiento del ser vivo, partiendo de las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer. Una definición más técnica a este respecto nos la ofrece Vélez (2005):

El primer paso para engendrar un nuevo ser consiste, generalmente, en la realización de relaciones sexuales entre un hombre y una mujer, de tal forma que aquel eyacule en ésta su semen contentivo de los gametos masculinos o espermatozoides. Si este hecho se produce en el momento adecuado, será probable que siga el acontecimiento fundamental: la fecundación, esto es, la fusión de las células sexuales de ambos miembros de la pareja: de un espermatozoide con un óvulo (p. 85).

Bajo este argumento, la reproducción humana de forma natural se presenta cuando un hombre y una mujer de manera voluntaria deciden engendrar un hijo mediante la práctica de relaciones sexuales.

Por otro lado, existe la reproducción asistida, esto es,

aquella que logra los mismos resultados que la reproducción natural (fecundación, embarazo, nacimiento) pero sin la intervención de la cópula o unión sexual entre un hombre y una mujer, sino mediante el uso de técnicas médicas y científicas que son empleadas cuando la unión sexual o no es posible o no conduce a los resultados necesarios para lograr el nacimiento de un ser vivo (Álvarez y Burbano, 2012, p. 7).

A. Ventajas

- Facilita la procreación en las parejas que por cualquier circunstancia física les es imposible obtenerla.
- La remuneración que obtiene la madre delegada por la ejecución y cumplimiento de un contrato.
- Se tiene un derecho constitucional a la privacidad, toda vez que en esencia se trata de algo similar a la adopción de niños.
- El derecho a tener un hijo se hace cada vez menos limitado, y se garantiza la reproducción de la especie humana.

B. Desventajas

- La madre gestante que recibe un pago por llevar un niño en su vientre, puede ser considerada sujeto pasivo en la venta de niños, la cual está prohibida por la legislación colombiana.
- En el evento de que bajo las circunstancias de la maternidad delegada el bebé que nace presente deformidades o defectos físicos, puede ser rechazado por la pareja contratante y aún por la misma madre delegada, lo que ocasionaría una polémica sobre la responsabilidad y tutela del recién nacido.
- La madre delegada puede decidir conservar al menor luego del nacimiento, frustrando las aspiraciones de la pareja contratante e

incumpliendo un acuerdo contractual previamente aceptado.

- Socialmente afecta la certeza e identificación al momento del nacimiento, que significa una protección para la madre y el hijo, reconociendo el hecho biológico de que la madre gestante ha dado más de sí misma a la criatura que la madre genética.

En Colombia, la filiación no se reputa de la madre biológica sino de la madre que da a luz, es decir, los padres contratantes tendrían que acudir a otros medios legales para generar el vínculo filial con el menor.

C. Modalidades

Según la genética del bebé, la maternidad subrogada puede ser de dos tipos:

Tradicional: la madre gestacional aporta también su óvulo, pero el espermatozoide proviene del padre que solicita la subrogación o de un donante. El bebé es concebido por medio de inseminación artificial o fecundación *in vitro*.

Gestacional: cuando el óvulo y el espermatozoide son aportados por la pareja que solicita la subrogación. En estos casos, la mujer embarazada no tiene ninguna relación genética con el bebé, y se le conoce como madre portadora o madre gestacional. Este embarazo se alcanza mediante fecundación *in vitro*.

La maternidad delegada también puede dividirse en dos tipos según las finanzas que hayan de por medio:

Altruista: cuando la mujer que lleva el embarazo lo hace sin ánimo de lucro, es decir, no obtiene remuneración o pago por sus servicios. Los padres biológicos se responsabilizan por todos los gastos médicos y legales, y es posible que se incluya compensación por otros aspectos que afectan el bienestar del embarazo y la madre portadora, como atención psicológica y alimentación, o necesidades directamente relacionadas con el estado de gestación, como ropa maternal.

Lucrativa: cuando la madre gestacional acepta llevar el embarazo a cambio de una suma de dinero. En este caso, las madres suelen trabajar por medio de una agencia especializada en maternidad delegada. El monto a recibir varía según el contrato negociado, y suele contemplar pagos adicionales para embarazos múltiples y de alto riesgo (*quedar en embarazo*, 2013).

Es decir, la reproducción asistida se puede considerar un medio que reemplaza la forma natural de procrear, que puede fallar por múltiples problemas.

La maternidad delegada podría definirse como el proceso en el cual una mujer ofrece su vientre para gestar el bebé de otra pareja hasta el momento de su nacimiento. Tras su nacimiento, el bebé es entregado a la pareja en cuestión, y la “madre de alquiler” que lo ha gestado durante todo el embarazo debe renunciar a cualquier derecho legal que pudiera tener sobre el recién nacido, a cambio de un beneficio económico.

Para concebir el futuro bebé, la madre de alquiler es sometida a una fertilización *in vitro* utili-

zando los óvulos y el esperma de los futuros padres, o en el caso de que estos sean incapaces de proporcionar la necesaria conexión biológica, se busca un donante de óvulos, de esperma o de embriones, para poder llevar a cabo la inseminación. En algunas ocasiones, la propia madre de alquiler puede aportar sus óvulos (*maternidad subrogada*, 2013).

Esta técnica de reproducción asistida la entiende la Corte Constitucional como:

ALQUILER DE VIENTRE - Definición y finalidad

El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina 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.” En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto (sentencia T-968 de 2009).

En la maternidad delegada, la intervención de dos mujeres en la reproducción conlleva que el menor nacido cuente con varios participantes en su creación, que se traducen en madre biológica y madre gestante, pero que desde el punto de vista jurídico y en aras de determinar la filiación y correspondiente estado civil, tan solo se

le otorga a una de ellas. Es decir, en la maternidad delegada, la biología y el derecho no son armónicos, por el contrario, la ciencia avanza a pasos agigantados y el derecho se queda corto a la hora de regular su actividad. Por lo tanto, con el presente trabajo se pretende ofrecer posibles salidas jurídicas para establecer la filiación materna que se deriva de esta práctica.

Esta actividad día tras día cobra más relevancia. Como lo afirma la Corte Constitucional, “En Colombia, al parecer también es una práctica en auge. En internet se encuentran cientos de anuncios de mujeres de todas las edades que ofrecen su vientre para hacer realidad el sueño de otros de ser padres” (sentencia T-968 de 2009).

Ante esta realidad social se hace necesaria la intervención del Estado para regular dicha práctica y no dejar simplemente al arbitrio de las partes la tarea de buscar soluciones poco ortodoxas, e incluso inventar argucias en contravía de la ley, como la adopción de su propio hijo o “falso parto” establecido en el art. 338 del Código Civil colombiano (Legis, 2011), con consecuencias legales para la verdadera madre del menor nacido bajo esta práctica.

En consecuencia, los presuntos derechos de la madre que aporta el material biológico no podrían ser protegidos porque, sencillamente, existe una serie de normas acerca de los contratos, la maternidad, la patria potestad y la filiación, que no dan cabida, primero, a que un vientre o un embrión sean objeto de contrato; segundo, a que una mujer que no haya dado a luz a un hijo sea tomada como la madre de este (salvo en la

adopción) y viceversa; y tercero, que se pueda adoptar a un niño cuya madre o padre legal vive y no ha desistido de sus derechos filiales.

III. LA FILIACIÓN

Esta figura jurídica hace referencia a la relación que se tiene entre padre/madre e hijos, el primero llamado paternidad y el segundo maternidad, y sustenta los derechos y obligaciones entre unos y otros, por ejemplo, la patria potestad, el derecho de alimentos, entre otros. En principio esta relación se presenta, como ya se había mencionado, por los medios naturales de reproducción, entendida como filiación natural, y por los medios jurídicos, la adopción, que podríamos llamar filiación civil o adoptiva.

Según Abello (2007) se puede entender así,

la relación que existe entre padres e hijos. La palabra filiación se deriva del vocablo latino *filius-fili* que quiere decir hijo. La filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre, vínculo que tiene fundamento, en principio, en un hecho natural, la procreación, pero que jurídicamente puede tener otras fuentes como la adopción o la reproducción asistida (p. 24).

Pero también está la filiación que se desprende de las técnicas de reproducción asistida, y es aquí donde se presenta la dificultad para determinar, en el caso de la maternidad delegada, la filiación materna.

La Corte Constitucional ha definido la filiación como “la relación que se genera entre procrean-

te y procreado, entre adoptante y adoptado” (sentencia T-488 de 1999). En esta definición no se tiene en cuenta la filiación que surge en el caso de la maternidad delegada, por tanto, la madre que aportó su material genético tiene que acudir a instancias judiciales para establecer el parentesco mediante una demanda de impugnación o investigación de la maternidad, la cual se resuelve como primera medida con la prueba de ADN; sin embargo, y en caso de que la madre gestante se oponga dentro del proceso, el operador jurídico se encontraría en una situación poco usual, teniendo que ponderar los derechos que a cada una de ellas le asisten, a fin de salvaguardar los derechos del menor, que para el caso son de especial protección.

Dentro de la filiación se pueden diferenciar dos clases: la natural (consanguínea) y la civil (adopción). En la primera se parte desde el hecho biológico de la concepción hasta el alumbramiento o nacimiento, periodo atado a dos presunciones: a) los plazos máximos y mínimos de concepción y b) que la concepción se produce en los primeros 120 días de los 300 máximos (Piedrahita, 1992).

Ahora bien, para establecer la maternidad legítima, de acuerdo con Piedrahita (1992, p. 187) se debe:

1. Demostrar que la mujer parió (es un hecho comprobable físicamente). El artículo 49 del Decreto 1260 de 1970 establece que el nacimiento se comprueba con el certificado del médico o de la enfermera que hayan asistido a la madre en el parto, o con declaración de dos testigos sobre este hecho.

2. Que haya identidad entre el hijo nacido de esa madre y el que pretende ser hijo legítimo. Se prueba con la posesión notoria del estado de hijo legítimo.

Habida cuenta de lo dicho, la maternidad se puede probar por cualquier medio, ya que lo que se pretende demostrar es un hecho y no un estado civil (Piedrahita, 1992).

Actualmente en Colombia la prueba más expedita para determinar tanto la paternidad como la maternidad o efectuar la impugnación o investigación de estas es la prueba de ADN, establecida en la Ley 71 de 2001 y en la Ley 1060 de 2006. La primera regula todo lo concerniente a dicha prueba catalogándola como prueba reina en materia de filiación; asimismo determina que cuando absolutamente no se pueda disponer de esta prueba, se recurrirá a los otros medios probatorios para fallar. La Ley 1060 acepta la filiación como un derecho fundamental y compendia los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, sin embargo no tocó lo concerniente a la filiación en la práctica de reproducción asistida (Abello, 2007).

IV. LA ADOPCIÓN

Según el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) “La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece, de manera irrevocable, la relación paterna filial entre personas que no la tienen por naturaleza”. En otras palabras, la adopción es el estableci-

miento de una verdadera familia como la que existe entre los miembros unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que esto implica, ya que en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en ambiente de bienestar, afecto y solidaridad (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, s. f.).

La adopción tiene diferentes clases, o se presenta de varias formas: filiación matrimonial, extramatrimonial, adoptiva, y una última que se enmarca dentro de las técnicas de reproducción asistida pero que no es una clasificación legal, la filiación asistida. Abello (2007) las resume así:

La *filiación adoptiva* es una medida de protección, mediante la cual se establece un vínculo filial entre los padres adoptantes e hijos adoptivos, con carácter irrevocable y que gira en torno a las necesidades del menor y su especial protección.

La *filiación matrimonial* se presenta cuando existe previamente la unión de la pareja mediante el matrimonio.

La *filiación extramatrimonial* tiene origen solo en la naturaleza y en algún momento se llamó filiación natural. Surge cuando al momento de la concepción los padres no estaban casados entre sí.

La *filiación adoptiva* se da mediante un vínculo legal entre el adoptivo y el adoptante que no lo ha engendrado.

Y por último, está la filiación asistida que aún no ha sido regulada por la ley, pero se puede decir que es la que se presenta entre los hijos habidos mediante las técnicas de reproducción asistida. Esta filiación como tal no se encuentra en la clasificación legal, pero por el dinamismo de las relaciones sociales se hace necesaria su reglamentación.

Para llevar a cabo la adopción, los adoptantes deben cumplir ciertos requisitos establecidos en la Ley de Infancia y Adolescencia. Entre ellos están: tratarse de una persona natural y capaz; contar mínimo con 25 años de edad y tener al menos 15 años más que el adoptado; demostrar idoneidad física, mental, moral y social suficiente para asegurar una familia adecuada y estable. Entre otros, pueden adoptar las personas solteras, los cónyuges de manera conjunta y los compañeros permanentes. El cónyuge o compañero permanente puede adoptar el hijo de su cónyuge o compañera. Igualmente se establece la improcedencia de la adopción de los hijos naturales (Abello, 2007).

V. DESARROLLO NORMATIVO

La práctica de la maternidad delegada en Colombia no está prohibida, pero tampoco está expresamente regulada. Por consiguiente, cuando nace un menor producto de esta práctica, queda automáticamente vinculado filialmente con la mujer que lo dio a luz. En ningún momento la madre aportante del material biológico es reconocida como tal, ya que las normas sobre filiación como todas las de carácter familiar son de

orden público y por tanto no pueden ser variadas por voluntad de las partes (Abello, 2007), es decir, por más que se estipule en el acuerdo o contrato la renuncia de la relación materno-filial de la madre gestante, esta no producirá ningún efecto legal.

En un artículo publicado en el Tiempo.com, Natalia Noguera plantea,

El problema legal para alquilar vientres en Colombia es que, al nacer un niño, la ley establece que el médico debe hacer un registro de nacido vivo con los datos de la madre que da a luz. Para efectos de esta práctica, el niño figuraría como hijo de la madre subrogada y, si el médico inscribe a otra persona, incurre en falsedad de documento público. El Centro de fertilidad de Medellín, para evitar la ilegalidad, inicia un proceso de adopción para la madre de crianza, teniendo en cuenta que el padre que donó el semen figura como biológico (29 de abril de 2011).

En Colombia, la doctrina ha considerado que las técnicas de reproducción asistida (TERAS), dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o delegada, están legitimadas jurídicamente en virtud del artículo 42, numeral 6 de la Constitución Política de Colombia de 1991, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.” Esta práctica de reproducción asistida está en incremento en nuestro país, brindando beneficios tanto a la pareja contratante como a la madre subrogada, ya que para los primeros se hace realidad su deseo de ser

padres y para la segunda representa la oportunidad para generar un ingreso económico.

Precisamente, en un caso analizado por la Corte Constitucional, el doctor Marco Julio Velásquez, director del Programa de IVF del Centro de Medicina Reproductiva Fecundar, reconoció recurrir a esta práctica y haberla recomendado a sus pacientes: “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 (sentencia T-968 de 2009).

La maternidad delegada en Colombia presenta dos tipos de problemas jurídicos: por un lado, los concernientes a la validez del contrato en el cual se estipula el alquiler de vientre, y por el otro los problemas suscitados frente a la determinación de la filiación materna y paterna, ambos generados en un vacío legal inmenso que debe ser tratado por la legislación, para evitar congestiones judiciales innecesarias en la determinación del verdadero vínculo filial.

En el país, como en la mayor parte del mundo, la filiación entre madre e hijo se establece con base en el parto. Aunque el ordenamiento civil no establezca o determine de manera expresa qué madre es la que tiene el parto, sí contiene normas que permiten claramente deducir esto. El Código Civil colombiano, artículo 335 dispone: “La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada, probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo verdadero”.

Esta situación que parece tan clara ante el hecho del parto, se desvanece ante la maternidad delegada, ya que se pone en duda cuál es la madre verdadera, y le queda a la ley ponderar los derechos tanto de la madre gestante que opte por quedarse con el menor, y de la madre donante que reclama sus derechos como aportante del material biológico.

Por lo anterior, se ve desvirtuado el principio romano *mater Semper certa est* (la madre siempre se sabe quién es), que es la base de las normas de filiación en los países de derecho romano como el colombiano. Al respecto, Álvarez y Burbano (2012) afirman:

Es así que, ante estos nuevos actos de la ciencia, el principio del Derecho Romano *mater semper certa est etiam si vulgo conceperit*, por el cual el hecho de la maternidad resultaba indubitable y se demostraba con el solo hecho de la gestación, resulta inaplicable en nuestros días por cuanto se dan casos en los que la mujer que ha dado a luz no es la misma que ha aportado el óvulo.

Cabe preguntarnos entonces, si la madre biológica podría impugnar la maternidad, y si el hijo podría solicitar la investigación de su filiación, determinándose la identidad de la cedente en las técnicas usadas para su procreación.

De esta forma, vemos que el uso de las TERAS, técnicas de reproducción asistida, no puede ser un uso indiscriminado, se debe reglamentar su aplicación, protegiendo por sobre todo a la persona, su unidad en la filiación, su derecho a la identidad, y su derecho a conocer el propio origen biológico.

Desde el punto de vista de la filiación materna se presentan muchos problemas, ya que a la luz del ordenamiento colombiano que se fundamenta en el hecho del parto, la madre sería la que dio a luz, pero desde el punto de vista biológico la madre es la que aporta el material genético, hecho que se puede demostrar con una prueba de ADN. Entonces, ¿cuál sería la decisión de un juez ante esta situación? En la actualidad, si la madre gestante alega sus derechos estos son tan válidos como los de la madre aportante, quien contaría con la prueba de ADN para comprobar la filiación. Por otro lado, la madre biológica también cuenta con el contrato o acuerdo firmado y tratará que este se cumpla acudiendo a la voluntad de la madre contratada, es decir, que ella acceda a la entrega del menor bajo la figura de la adopción.

La biología es diáfana y contundente en este tipo de situaciones: el parto, si lo hubo, es irrefutable; por otro lado, la prueba de ADN también es decisiva. No obstante, en los casos de alquiler de vientre la biología le concede la razón a todos, es decir, los que reclamen la filiación tendrán la razón: (i) la madre gestante tienen razón cuando dice que existió un parto, y (ii); los padres que aportaron el material genético también tienen razón al afirmar que la prueba de ADN se dará a su favor. Por lo tanto, la biología para determinar la filiación en este tipo de casos no parece tan contundente. Es desde el punto de vista legal que se debe resolver el problema, ya que tanto los derechos de la madre gestante como los de la madre aportante son válidos, pero allí se debe ponderar cuál fue el objetivo inicial del procedimiento y cuál el resultado que

llevó o motivó a una pareja a acudir a este tipo de práctica.

Ahora bien, para legalizar la filiación a favor de la pareja contratante, la vía más expedita existente en el ordenamiento colombiano es la adopción, y así evitar mayores inconvenientes que se pueden presentar cuando la madre gestante se niegue a entregar el niño o niña.

Por otro lado, y con base en el artículo 49 del Decreto 1260 de 1970 que establece la acreditación del nacimiento, esta se hará “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, y en defecto de aquel, con declaración juramentada de dos testigos hábiles”. Bajo este entendido la pareja podría llevar a registrar al menor con declaración juramentada de dos testigos y así el registro cumpliría con lo normado en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la adopción también presenta serias dificultades para llevar a cabo la filiación. El artículo 66 de la Ley 1098 de 2006 dispone que no tiene validez el consentimiento de adopción dado por una madre sobre un hijo que está por nacer; en consecuencia, en el procedimiento de maternidad delegada por ser el consentimiento materno para la adopción anterior al nacimiento, no será eficaz.

De igual forma, la legislación colombiana impide que el consentimiento se otorgue a favor de adoptantes determinados, excepto si se trata de un pariente hasta el tercer grado de consanguineidad.

nidad o segundo de afinidad, o si el niño es hijo del cónyuge del adoptante (art. 66 Ley 1098 de 2006).

Para llevar a cabo la adopción mediante el consentimiento, la madre gestante no necesariamente tendría que señalar expresamente la pareja con la cual hizo el acuerdo, solo da su consentimiento y la pareja contratante lo adjunta a los demás documentos exigidos al momento de presentar la demanda de adopción. En este caso sería más sencillo, teniendo en cuenta que la pareja contratante o al menos uno de ellos aportó material genético, pues el menor sería genéticamente suyo y la prueba de ADN lo comprobaría, apoyada en el artículo 68 de la Ley 1098, que dispone “el consentimiento determinado es válido si el adoptivo: “fuere hijo del cónyuge del adoptante”.

El cumplimiento del acuerdo, aunque prohibido por nuestra legislación, se convertiría en un pacto moral, y por ende su acatamiento solo depende de la voluntad de las partes involucradas y no genera ninguna obligación jurídica.

La legislación colombiana ha hecho dos intentos por reglamentar las situaciones presentadas en las técnicas de reproducción asistida, incluida la maternidad delegada: los proyectos n.º 29 de 2003 (Cámara de Representantes) y n.º 46 de 2003 (Senado). En ellos se tratan temas como el de la filiación, pero mantienen que esta se reputa o establece por el hecho del parto y, por ende, se adjudica a la madre gestante, confirmando que la única salida para la madre aportante es la adopción.

A la fecha, por no existir una regulación específica sobre la práctica de la maternidad delegada, y por tanto una manifestación expresa frente a la nueva filiación que resulta de este procedimiento, las parejas que acuden a esta práctica se ven inmersas en problemas respecto a la configuración del vínculo jurídico para con sus hijos, puesto que este es reconocido a la madre que dio a luz a pesar de ser simplemente la gestante del menor.

A. pronunciamiento jurisprudencial

La Corte Constitucional colombiana, mediante sentencia T-968-09, con ponencia de la magistrada María Victoria Calle Correa, única expresión jurisprudencial del asunto en examen, analiza el tema del principio del interés superior del menor frente a la práctica de la maternidad subrogada, y trae a colación conceptos sobre el alquiler de vientres y la ausencia de legislación aplicable en la materia. Como primera medida, (i) hace un recuento de la jurisprudencia nacional en materia de protección especial de los menores, ratificando que estos gozan de dicha protección por parte del Estado y de cada una de sus instituciones; (ii) recuerda que de conformidad con el artículo 44 de la Carta, son derechos fundamentales de los menores, entre otros, la salud, la seguridad social, la alimentación, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado, el amor, etc., y de acuerdo con el interés superior del menor, las actuaciones de los particulares y funcionarios públicos en las que se encuentren involucrados menores de edad, deben estar siempre acordes con dicho principio.

Así las cosas, la intervención del Estado en las relaciones materno/paterno filiales, materializadas en medidas de protección tales como la privación de la patria potestad, se presenten cuando existan razones verdaderamente poderosas que la justifiquen, de lo contrario un menor no debe ser separado de su familia.

Por otro lado, y en cuanto al alquiler de vientre, la Corte advierte que el mismo no está previsto en el ordenamiento jurídico colombiano, pero tampoco existe una prohibición expresa que no permita la realización de los contratos o convenios por medio de los cuales se pacta esta técnica de reproducción asistida y la posterior entrega del menor a la pareja contratante.

Ahora bien, al analizar el caso que generó la sentencia en comento, la Corte encontró que en ningún momento se presentó la figura del alquiler de vientre, ya que la madre sustituta y el padre aportante sostuvieron una relación amorosa, y que no obstante la gestación se produjera mediante una asistencia científica, se desvirtuó el objetivo inicial que era llevar a feliz término un embarazo para posteriormente entregar el niño o niña a la pareja contratante.

Revisados los pronunciamientos tanto del Congreso como de la Corte Constitucional, no se encontró pronunciamiento alguno que permita la práctica de la maternidad delegada, tampoco dictamen alguno específico sobre la filiación materna dentro de esta figura, por consiguiente esta técnica se seguirá manejando en la clandestinidad, y la configuración de la filiación genética en principio se podrá presentar para la

madre aportante bajo la adopción o la filiación natural mediante la prueba de ADN, siempre y cuando la madre gestante no entre en conflicto con la madre aportante por el cuidado y custodia del menor.

VI. CONCLUSIONES

La práctica de las técnicas de reproducción asistida (TERAS), entre las cuales se encuentra la maternidad delegada, encuentra sustento constitucional en el artículo 42 superior. La relación materno-filial en Colombia, en materia de maternidad delegada se reputa de la madre gestante y no de la madre biológica, esto fundamentado en el hecho del parto.

Ninguna norma en Colombia prohíbe este tipo de práctica. Más bien se reconoce como acuerdo moral, y su cumplimiento queda al arbitrio de la buena voluntad de los intervenientes y más al de la madre gestante.

La normatividad vigente para efectos de determinar la filiación materna remite a la prueba de ADN para confrontar el material genético.

Ante los cambios cada vez más vertiginosos e incluso imprevisibles, resulta de gran relevancia legal y social determinar a quién le corresponde la filiación materna generada para con el hijo fruto de la práctica de la maternidad delegada, toda vez que hoy es un tema, primero, de gran controversia social, y segundo de vacío normativo, porque a la fecha no cuenta con una regulación específica que permita dar una solución positiva a las posibles controversias, frustrando

así las aspiraciones de mujeres que por razones de salud o de malas prácticas quirúrgicas quedaron sin la capacidad de llevar a feliz término un embarazo.

Los intentos legislativos por regular el tema no han contado con el respaldo debido para convertirse en ley de la República.

En Colombia, ni la ley ni la jurisprudencia se han pronunciado acerca de la maternidad subrogada y la determinación de la filiación materna, por lo que esta práctica se sigue presentando en la clandestinidad.

Al ser la filiación normas de derecho de familia de orden público, los particulares mediante acuerdos privados no pueden modificarlas, por tanto cualquier tipo de renuncia y de delegación de la filiación en cabeza de un tercero carece de eficacia legal alguna.

Los centros médicos en los cuales se practican las técnicas de reproducción asistida, recurren a un proceso de adopción para cubrir el vacío legal existente, generando una legalidad disfrazada.

Referencias

Abello, J. (Diciembre de 2007). *Filiación en el derecho de familia*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Universidad Sergio Arboleda. Obtenido de Consejo Superior de la Judicatura: <http://www.slideshare.net/arismaeltroncoso3/filiacion-en-el-derecho-de-familia-colombia-14254033>

Álvarez, D. y Burbano, C. (Junio de 2012). *Maternidad subrogada y filiación a la luz del ordenamiento jurídico colombiano*. Obtenido de bibliotecadigital.usbcali: http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/jspui/bitstream/10819/1147/3/Maternidad_Luz_Ordenamiento_Alvarez_2012.pdf

Awad Cucalón, M. I. y De Narvaéz Cano, M. (2001). *Aspectos jurídicos en las técnicas de reproducción asistida humana en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Cardona Buendía, P. A. y Parra Blanco, A. M. (s.f.). *Incidencias sociales, jurídicas y bioéticas de la maternidad subrogada en Colombia*. Recuperado el 1 de julio de 2013, de redsociojuridica.org: <http://www.redsociojuridica.org/escenarios/edicion-6/Incidencias-sociales-juridicas-y-bioeticas-de-la-maternidad-subrogada.pdf>

Corte Constitucional. Sentencia T-488-1999. (M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez, julio 9 de 1999).

Corte Constitucional. Sentencia T-968 de 2009. (M. P.: María Victoria Calle Correa, diciembre 18 de 2009).

González de Cancino, E. (1995). *Los retos jurídicos de la genética*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (s.f.). Guía de orientación para procesos de adopción en Colombia. Obtenido de <http://>

www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/Programas%20y%20Estrat%C3%A9gias/ProgramaAdopciones

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008). *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José de Costa Rica: Editorama S. A.

Legis Editores S. A. (2011). *Código Civil y legislación complementaria*. Bogotá: Legis.

Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. y Massigote Benegiu, J. M. (1994). *La maternidad subrogada o portadora o de encargo en el derecho español*. Madrid: Dykinson.

Maternidad subrogada: definición, procedimiento y leyes. (9 de junio de 2009). Obtenido de biotech09: <http://biotech09.wordpress.com/>

category/maternidad-subrogada-definicion-procedimiento-y-leyes/

Noguera, N. (29 de abril de 2011). *Alquiler de vientres: nueva forma de maternidad*. Obtenido de El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-9237329>

Piedrahita, H. G. (1992). *Derecho de Familia*. Bogota: Temis S. A.

Quedar en embarazo. (s.f.). Obtenido de about: http://embarazoyparto.about.com/od/QuedarEnEmbarazo/ss/Que-Es-La-Maternidad-Subrogada_2.htm

Soto Lamadrid, M. A. (Enero 1 de 1990). *Biogenética filiación y delito*. Buenos Aires: Editorial Astrea de A. y R. Depalma.