



Impugnación de la maternidad en el alquiler de vientres por Fecundación *In Vitro*

Maria Camila Zambrano Hernández

Código 11832024521

Universidad Antonio Nariño

Programa de Maestría en Derecho de Familia

Facultad De Derecho

Bogotá, Colombia

2021

Impugnación de la maternidad en el alquiler de vientres por Fecundación *In Vitro*

Maria Camila Zambrano Hernández

Proyecto de grado presentado como requisito para optar al título de:

Magister en Derecho de Familia

Director(a)

Doctora Rosa Elizabeth Guío Camargo

Universidad Antonio Nariño

Programa de Maestría en Derecho de Familia

Facultad De Derecho

Bogotá, Colombia

2021

Tabla de contenido

Resumen	6
Palabras Clave	6
Abstract	7
Keywords	7
Introducción	8
Capítulo I: Mecanismos para establecer la filiación	11
6.1 Concepto de filiación como atributo de la personalidad	11
6.2 Acciones para determinar la filiación.....	16
6.2.1. La prueba científica como determinadora de la filiación	21
6.2.2. La investigación de la paternidad y la maternidad en la filiación.	26
6.2.3. La impugnación de la paternidad y la maternidad como mecanismo para determinar la filiación.....	29
6.3. Evolución jurídica de la impugnación de la maternidad en Colombia.	33
6.3.1. Regulación original del Código Civil.....	33
6.3.2. Regulación de la Ley 1060 de 2006	34
6.4 Conclusiones preliminares.	35
Capítulo II: La reproducción humana asistida como generadora de derechos familiares	38
7.1 Concepto y técnicas de reproducción humana asistida	38
7.2. La fecundación <i>in vitro</i>	43
7.2.1. Concepto y ejercicio de la práctica.....	43

7.2.2. Tipos de fecundación <i>in vitro</i> .	46
7.2.3. La maternidad en la fecundación <i>in vitro</i> .	49
7.3 El alquiler de vientres o maternidad subrogada.	53
7.3.1. El alquiler de vientres por fecundación <i>in vitro</i> como ejercicio de los derechos a la salud sexual y reproductiva y el goce de los beneficios del progreso científico y tecnológico.	59
7.3. La maternidad en el alquiler de vientres	61
7.4. Conclusiones preliminares.	65
Capítulo III: Realidades del ejercicio del alquiler de vientres a la luz de las causales de impugnación de la maternidad.	67
8.1. La filiación en el alquiler de vientres	67
8.1.1. Filiación derivada del parto.	69
8.1.2. Filiación genotípica y procreacional.	71
8.2. Acciones para determinar la filiación en el ejercicio del alquiler de vientres.	74
8.2.1. La impugnación en el alquiler de vientres.	74
8.3. Conclusiones preliminares.	77
Capítulo IV: Garantía de la filiación jurídica en los casos de alquiler de vientres por fecundación <i>in vitro</i>.	80
9.1. La inviabilidad de la adopción como garantía de filiación en estos casos.	80
9.2. Exclusión del principio romano de “ <i>mater semper certa est</i> ” que determina las causales de impugnación.	82
9.3. La titularidad del material genético como determinante en el consentimiento.	84

9. 4. La autodeterminación reproductiva en el consentimiento de la práctica de alquiler de vientres.	86
Conclusiones y Recomendaciones	87
Referencias	91

Resumen

Conforme a la exigencia de corresponsabilidad entre lo genético y lo jurídico en el derecho de filiación, en los casos de alquiler de vientres por fecundación in vitro, la mujer que aportó su material genético y no efectúa el parto, pero tiene la voluntad procreacional y la autodeterminación reproductiva, puede buscar legitimar su maternidad conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil Colombiano cuando la mujer que prestó su vientre no quiere hacer entrega efectiva del bebé nacido de esta práctica. Sin embargo, las causales para impugnar la maternidad en cabeza de aquella en virtud del parto no se configuran como quiera que la mujer que alquiló su vientre sí hizo trabajo de parto y no existe suplantación del hijo, razón por la cual los derechos en mención materializados en el uso de esta práctica exigen la búsqueda de alternativas de protección que no deben ser desconocidas solo porque no se regula la falsa maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano. En virtud de lo anterior mediante una investigación cualitativa se buscó estudiar las diferentes alternativas de protección del derecho a la maternidad de la mujer que acude a la práctica.

Palabras Clave

Concepción, parentesco, maternidad, fecundación.

Abstract

In accordance with the requirement of joint responsibility between the genetic and the legal in the right of filiation, in cases of surrogacy by in vitro fertilization, the woman who contributed her genetic material and does not carry out the delivery, but has the procreation will and the reproductive self-determination, can seek to legitimize her motherhood in accordance with the provisions of article 335 of the Colombian Civil Code when the woman who lent her womb does not want to effectively deliver the baby born from this practice. However, the grounds for challenging motherhood at the head of that by virtue of childbirth are not configured as the woman who rented her womb if she went into labor and there is no impersonation of the child, which is why the aforementioned rights materialized. In the use of this practice, they demand the search for protection alternatives that should not be unknown just because false maternity is not regulated in the Colombian legal system. By virtue of the above, through a qualitative investigation, it was sought to study the different alternatives for the protection of the right to motherhood of women who attend the practice.

Keywords

Conception, kinship, motherhood, fertilization.

Introducción

En ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva y el goce de los beneficios del progreso científico y tecnológico, se encuentra la técnica de reproducción asistida por fecundación *in vitro* que facilita la práctica del alquiler de vientres y en cuyo caso la mujer que gestó al niño tendrá en su cabeza los derechos y deberes como madre de aquél, con ocasión del parto, conforme a la ley.

Como consecuencia de lo anterior se desvanece la exigencia de corresponsabilidad entre lo genético y lo jurídico, ya que la maternidad no se determina por el material genético y es por eso por lo que, para impugnar la maternidad y establecer la filiación entre la mujer que aporta su óvulo y el niño nacido de la práctica, el artículo 335 del Código Civil señala que se deberá probar el falso parto o la suplantación del pretendido hijo.

Ahora bien, de la revisión de las causales, estas no resultan aplicables al caso en mención en atención a que la madre que alquiló su vientre sí hizo trabajo de parto y no existe suplantación del hijo, motivo por el cual la mujer que aporta su óvulo no puede utilizar el procedimiento señalado para legitimar su maternidad.

Es por ello por lo que se formuló como pregunta problema ¿Cómo se garantiza jurídicamente en Colombia, el derecho a la maternidad de la mujer que acude al alquiler de vientre por fecundación *in vitro*, pero que no realiza trabajo de parto?

De acuerdo con lo anterior, se planteó como objetivo general analizar el mecanismo para garantizar la protección del derecho a la maternidad de la mujer que acude a la práctica de alquiler de vientres por fecundación *in vitro* y que no realiza trabajo de parto en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991.

Para ello se analizarán las causas de impugnación de la maternidad contempladas en el Código Civil Colombiano a la luz del artículo 42, inciso 6to, de la Constitución Política de 1991 para pasar a caracterizar la fecundación *in vitro* en el alquiler de vientres como técnica de reproducción humana asistida y su relación con el derecho a la maternidad. Acto seguido se examinarán las alternativas jurídicas a las que acuden las mujeres que buscan el alquiler el vientre por fecundación *in vitro* diferentes a la impugnación de la maternidad y finalmente se establecerá el mecanismo alternativo que garantice la protección del derecho a la maternidad derivada de la relación filial entre el niño gestado con el que tiene vínculo de consanguinidad, sin realizar un trabajo de parto.

En consonancia con lo anterior, en el Capítulo I se revisará el concepto de filiación como atributo de la personalidad, para pasar a repasar las acciones que sirven para determinar la filiación; teniendo en cuenta la prueba científica como determinadora de la filiación junto con la evolución jurídica de las acciones partir de la regulación original del Código Civil y con la Ley 1060 de 2006.

En el Capítulo II se conceptualiza sobre las técnicas de reproducción humana asistida, y entre ellas la fecundación *in vitro* y el alquiler de vientres, así como la figura de la maternidad en aquellas y como práctica de los derechos a la salud sexual y reproductiva.

Para el Capítulo III se analiza la filiación en el alquiler de vientres sea derivada del parto como la genotípica o procreacional para continuar con un análisis de las acciones para determinar la filiación en el ejercicio del alquiler de vientres y la impugnación en el alquiler de vientres.

Finalmente, en el Capítulo IV se revisa la inviabilidad de la adopción como garantía de filiación en los casos de alquiler de vientres por fecundación *in vitro*; para continuar con la exclusión del principio romano de “*mater semper certa est*” que determina las causales de

impugnación y así entender en la titularidad del material genético la determinación de la filiación en estos procedimientos, ligado a la autodeterminación reproductiva en el consentimiento de la práctica de alquiler de vientres.

Capítulo I: Mecanismos para establecer la filiación

6.1 Concepto de filiación como atributo de la personalidad

La filiación tiene su origen no en un fenómeno jurídico sino en una relación natural, la cual ha sido entendida como lo menciona Parra Benítez (2019) en “la procedencia de los hijos respecto de los padres” es decir el vínculo originado entre aquellos y del cual dependen los derechos y obligaciones entre padres e hijos. (pág. 449)

El punto de partida de dicho vínculo se ha asignado en un principio a la procreación a raíz de la interpretación de la dimensión sexual del ser humano que le permite su reproducción y le imprime una identidad a las consecuencias de dicho acto que origina los diferentes roles familiares; es por ello por lo que aquella “no solo garantiza la perpetuación y la supervivencia de la sociedad humana, sino que ha merecido su reconocimiento y protección por parte del derecho” (Novoa, 2014, pág. 215)

En ese mismo orden de ideas, Escudero Alzate (2019) la define como “el vínculo jurídico que se entabla entre dos personas: el padre o la madre, de un lado, y el hijo, de otro lado” consistiendo entonces la filiación en aquella relación establecida por la ley entre ascendientes y descendientes, originado por un hecho fisiológico. (pág. 518)

Con todo lo anterior el término derecho de filiación ha sido definido como “el conjunto normativo regulador de la determinación, establecimiento o emplazamiento de las relaciones paterno-materno filiales, así como de la modificación y extensión de tales relaciones” y siendo posible su comprensión desde los ámbitos de la procreación a partir de las relaciones sexuales, la generación a través de la fecundación asistida y la ficción legal de la adopción. (Alzate, 2019, pág. 518)

Tal como lo menciona Medina Novoa (2014), el origen de la filiación es dado por el reconocimiento que le dio el derecho y al ser un concepto con significativa utilidad social y pública (pág. 218)

El concepto de filiación lleva anclado consigo los conceptos de maternidad y paternidad, por cuanto dependiendo del lente con el que se mire el vínculo entre la mujer y el hijo nacido será asociado con el término de maternidad, y si es el vínculo que existe entre el hijo y el padre será denominado paternidad.

Ahora bien, la maternidad siempre había sido determinada biológicamente por el hecho del parto y en consecuencia la madre siempre era conocida, circunstancia que no se predicaba de la paternidad la cual fue establecida exclusivamente dentro del vínculo del matrimonio, siendo lo anterior un concepto heredado por el Derecho Romano y el Código Civil Napoleónico en virtud de la construcción legal de la legitimidad de los hijos si sus padres estaban casados al momento de la concepción. (Novoa, 2014, pág. 218)

De ahí que la maternidad constituye el elemento básico de la filiación y no la paternidad, por cuanto aquella consiste en la circunstancia de ser una mujer la madre del hijo que se da como suyo sea porque aquella dio a luz un hijo, mientras que esta tiene por fundamento la existencia misma de la maternidad. (Alzate, 2019, pág. 518)

Es así como en el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente en el artículo 213 del Código Civil, modificado por la Ley 1060 de 2006, se señala que el hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario y de ahí que aquél fuere considerado como hijo legítimo.

Así también el artículo 250 del Código Civil predica que “los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y su madre; pero estarán especialmente sometidos a su padre.”

(Congreso de la Republica de Colombia, 1873)

No obstante, a raíz de las fuertes críticas que comenzaron a gestarse en torno al sistema de filiación legítima derivado del matrimonio en atención a que se requería puramente el consentimiento del padre casado para la transmisión del nombre, los derechos hereditarios y la nacionalidad, se reforma la estructura de la filiación y se orienta entonces a poner fin a la distinción legal entre los hijos. (Novoa, 2014, pág. 218)

Lo anterior se evidencia en el ordenamiento jurídico colombiano con la entrada en vigor de la Ley 29 de 1982 “Por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios.” se adiciona al artículo 250 del Código Civil colombiano lo siguiente: Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones.

(Congreso de la Republica de Colombia, 1982)

Por cierto, existía una clasificación histórica de la filiación determinada por el vínculo que compartían los padres al momento de la concepción o nacimiento del hijo, entendiéndose la primera de ellas como la filiación legítima o regular bajo el entendido de que la filiación por procreación es decir aquella que emerge de la copula carnal dependía del vínculo matrimonial de los que participaron en el mencionado acto sexual heterosexual. (Alzate, 2019, pág. 519)

A su vez dicha filiación legítima se clasificaba en propia si la fase de la concepción o procreación y su etapa de nacimiento se efectuaban dentro del matrimonio, mientras que la “impropia” era cuando el hijo era concebido antes de la celebración y nacido después de su disolución. (Alzate, 2019, pág. 519)

Ahora bien, la filiación ilegítima o irregular era conocida por la circunstancia de nacer de una relación entre personas que se encontraban inhabilitadas para contraer matrimonio o porque no se encontraban casadas entre sí.

Era así como el Código Civil clasificaba a los hijos legítimos, ilegítimos, naturales, dañados, incestuosos, clasificaciones estas que luego fueron eliminadas, por constituirse en formas peyorativas de referirse a estos hijos, para dar lugar, poco a poco, al reconocimiento jurídico de la igualdad.

Ahora bien, con la entrada en vigor de la Constitución Política Colombia de 1991 la filiación adquirió una estructura general en su misma definición, eliminando las anteriores distinciones al entenderse la anterior clasificación como discriminatoria e igualando los derechos y deberes entre hijos nacidos en el matrimonio o fuera de él, así como los adoptados o procreados con asistencia científica teniendo un vínculo con sus padres que es lo que define a la filiación (Benítez, 2019, pág. 449).

De igual manera, como lo afirma Escudero Alzate (2019), “la búsqueda de la unidad filiatoria sin discriminaciones irritantes- está íntimamente conectada con el desarrollo del sentimiento de la infancia y el nuevo espacio que viene a ocupar el niño en la sociedad” (pág. 522)

Es por ello por lo que vale precisar que poco debería importar el estado civil de los padres al momento del nacimiento, como quiera que la filiación implica la concepción del hijo; a pesar de ello, la legislación colombiana mantiene una distinción tripartita sobre la filiación manteniéndose aquella cimentada en los hijos habidos de vínculos matrimoniales o de uniones maritales de hecho, los hijos nacidos por fuera de esos vínculos y los adoptivos.

Respecto de la filiación adoptiva esta es explicada como una ficción legal a consecuencia de la adopción como procedimiento para establecer vínculos de parentesco entre personas que por naturaleza no los tienen.

Por otra parte, se habla de una filiación por generación o asistida la cual está determinada por el uso de métodos de fecundación asistida los cuales serán abordados más adelante.

Con todo, los ordenamientos jurídicos siempre “han buscado que la determinación legal de la paternidad coincida, o al menos pueda coincidir, con la realidad biológica, incluido el vínculo ficticio que existe entre padres e hijos en el caso de la adopción” (Novoa, 2014 pág. 218)

En otro sentido, la Corte Constitucional ha definido la filiación como “el derecho que tiene todo individuo al reconocimiento de su personalidad jurídica y conlleva atributos inherentes a su condición humana como el estado civil, la relación de patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias y nacionalidad, entre otros.” (Corte Constitucional, ST 207, 2017)

Es así como la protección del derecho de filiación busca la garantía de otros presupuestos superiores como lo son el derecho a tener una familia, el respeto por el libre desarrollo de la personalidad e intrínsecamente ligado con la dignidad humana.

Escudero (2019) citando a Zea (1970), acentúa como efecto más importante emanado del derecho de la filiación la vocación hereditaria, en virtud de la cual “la ley llama a heredar a los parientes consanguíneos más próximos” (pág. 15)

Así también, la Corte Constitucional ha señalado el carácter fundamental de la filiación en la medida que comporta el reconocimiento no sólo de la personalidad jurídica sino de los atributos derivados de aquella y los derechos y obligaciones del ejercicio de la patria potestad, relacionada la determinación de la filiación en especial con el nombre por las consecuencias que se derivan de la identidad para ser titular de todas las posiciones jurídicas

relacionadas con sus intereses y actividades. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2017)

Es por ello por lo que el Código de Infancia y Adolescencia en su artículo 25 consagra el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, incluyendo los derechos al nombre, la filiación y la nacionalidad así:

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conforme a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia. (Congreso de la Republica de Colombia, 2006)

6.2 Acciones para determinar la filiación

La RAE define la filiación como la “acción y efecto de filiar o filiarse” o la “procedencia de los hijos respecto a los padres.” (Real Academia Española, s.f.)

De acuerdo con la Corte Constitucional, la filiación es:

(...) ante todo un mecanismo legal para garantizar el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, razón por la cual las diferentes maneras de lograr esa filiación en modo alguno pueden entenderse como razones suficientes para otorgar tratamientos jurídicos diferentes, en lo que respecta a los derechos fundamentales que se derivan de la misma. (Corte Constitucional, SC 131, 2018)

En Colombia, la filiación de los hijos nacidos en vínculos matrimoniales o en uniones maritales de hecho encuentra su determinación derivada en la ley en atención a la presunción de la cohabitación y confianza que existe entre la pareja de conformidad con la modificación

incorporada por la Ley 1060 de 2006 al artículo 213 del Código Civil (Alzate, 2019, pág. 527)

El Código Civil señala pues en su artículo 213 que “El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes” (Congreso de la Republica de Colombia, 1873)

En efecto, para cumplimiento de lo anterior será necesario la presencia de los siguientes requisitos:

- a) La maternidad, es decir, que la mujer ha dado a luz a un ser humano.
- b) Que la mujer que dio a luz se encontraba casada o en unión marital de hecho.
- c) Que el hijo fue concebido en el matrimonio o en la unión marital de hecho.
- d) Que el padre es marido o compañero permanente. (Alzate, 2019, pág. 528)

Encima, los anteriores requisitos se tendrán por probados con el acta de nacimiento en cual “afirmará cual mujer ha ocasionado el parto”, así como el registro civil de matrimonio o prueba de la existencia de la unión marital de hecho ligado a la presunción de comparar las fechas del matrimonio y la unión con la fecha de nacimiento, teniendo en cuenta a su vez la cohabitación con la madre por parte de aquel y en sí misma la concepción (Alzáte, 2019, pág. 528)

Por otra parte, y para los hijos que nacen por fuera de los vínculos matrimoniales o de las uniones maritales de hecho hay que indicar que la filiación ha sido denominada como unilateral y atenderá o a un reconocimiento voluntario o a uno judicial respecto del padre y no de la madre.

Respecto al reconocimiento voluntario afirma Escudero Alzate (2019) citando a Royo Martínez, que aquel “es considerado como una confesión y por ello tiene un carácter

personal” careciendo de aquel cualquier pariente o allegado y solo siendo legítimo por los padres quienes cumplen con un deber moral y social. (pág. 533)

Verbigracia, puede decirse que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 54 y siguientes del Decreto 1260 de 1970, en virtud de la denuncia que se hace de un nacimiento, el funcionario del estado civil indaga sobre la identidad de los padres anotando el de la madre en el folio e inscribiéndose sólo el nombre del padre cuando el propio declarante o testigo sea el padre y así lo acepten, o por que se ha notificado a al presunto padre para que lo haga. (Presidente de la República, 1970)

Otro punto ha sido el reconocimiento a través de Escritura Pública señalado por la Corte Suprema de Justicia manifestando esa intención y sin que el instrumento sea desvirtuado como incierto. (Corte Suprema de Justicia, 1953, pág. 406)

En otro sentido, de acuerdo con la Ley 45 de 1936, modificada por la Ley 75 de 1968 y el Decreto 2272 de 1989, los otros dos mecanismos para hacer el reconocimiento voluntario de los hijos son: de un lado, el testamento a pesar de que aquel se renueve; o del otro, la manifestación espontánea expresa y directa sea ante un Juez, Defensor, Comisario o Inspector de Policía. (Congreso de la República de Colombia, 1968)

Se ha visto entonces que el reconocimiento de los nacidos fuera de los vínculos maritales o matrimoniales se caracteriza por ser un acto jurídicamente voluntario y expreso y que reposa sobre la manifestación explícita del padre para que no quede duda de su intención unilateral a pesar del asentimiento o no del hijo. De igual el ser un acto solemne condicionada a los medios previstos para su ejercicio de carácter irrevocable siempre que cumpla con los requisitos legales. (Alzate, 2019, pág. 534)

Es prudente mencionar que el reconocimiento de los nacidos en unión marital de hecho era entendido anteriormente como un acto jurídico unilateral a partir de la manifestación voluntaria que hacía el padre ante el funcionario competente. Sin embargo, como fue ya conceptualizado, aquél surge de un acto bilateral en virtud de los propios rituales de la conformación de la unión marital. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2013)

Con todo, el hijo tendrá por padres a los cónyuges o compañeros permanentes si aquel fue concebido en el matrimonio en la unión marital, revelándose tanto la filiación materna como la paterna; caso contrario con los hijos nacidos fuera de dichos vínculos en donde la maternidad puede estar separada de la paternidad y en donde la aquella es fijada automáticamente por el hecho biológico del parto admitiendo aparentemente sólo el reconocimiento por el padre.

Acerca del reconocimiento forzoso o judicial hay que reflexionar sobre la determinación de la filiación a partir de las presunciones; esto en atención a que el legislador estableció las mismas en beneficio de los hijos para declarar la paternidad judicialmente y como quiera que el artículo 213 del Código Civil colombiano pregonara la filiación bilateral de padre y madre siempre que no se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación.

Respecto a ello, es prudente recordar que la presunción de paternidad en el marido de la mujer que da a luz surge de vocablo romano *pater is est quem nuptiae demonstrant* abreviada como *pater is est*, y en atención al deber de fidelidad entre cónyuges y a la singularidad de los compañeros permanentes, más por cuanto la ley presume lo ordinario y no lo extraordinario. Incluso, la presunción es tomada por las leyes hindú y el derecho hebreo posiblemente por pasajes bíblicos y por la aceptación de los hijos como propios de los padres. (Benítez, 2019, pág. 467)

Así mismo, encontramos las preceptuadas por el artículo 6 de la Ley 75 de 1968, pero que serán abordadas de forma particular más adelante y como causales para la declaración judicial de la paternidad.¹

Si bien es cierto existen diferentes formas de adquirir la filiación la Corte Constitucional ha sido muy enfática en indicar que todas las personas gozan de igualdad en lo que se respecta a las garantías vinculadas a las relaciones familiares y derivadas de la filiación y en consecuencia dichos mecanismos no pueden ser entendidos como un parámetro de distinción entre los hijos. (Corte Constitucional, 2018)

Lo anterior como quiera que la garantía de filiación, independiente del mecanismo que se utilice para fijarla, comporta la realización de otros derechos como “la personalidad jurídica, la dignidad humana, el derecho a tener una familia y formar parte de ella, el derecho al estado civil, y el derecho a conocer con certeza la identidad de los progenitores” (Corte Constitucional, SC-258, 2015)

Bien lo dispone el artículo 14 de la Constitución Política de Colombia al señalar que toda persona tiene derecho a la personalidad jurídica y esta implica su ejercicio tanto en el campo jurídico, y como un atributo inherente a la individualidad de las personas ligado al estado civil el cual depende en parte a la determinación de la filiación.

Ahora bien, de acuerdo con las diferentes formas analizadas respecto a la asignación presuntiva, voluntaria y jurídicamente forzosa de la filiación, la investigación de esta tiene como objetivo definir la línea de parentesco que une a los padres con sus hijos, para lo cual el legislador ha reconocido en la prueba científica el mayor grado de certeza para establecer el

¹ Valga aclarar que las presunciones se clasifican en legales o judiciales y son un juicio lógico derivado de la existencia de un hecho reconocido como cierto para demostrar la existencia de otro hecho distinto y las del artículo 6 de la Ley 75 de 1968 admiten prueba en contrario. (Escudero Alzate, 2019, p. 536)

vínculo filial entre las personas como se verá a continuación. (Corte Constitucional, SC-258, 2015)

6.2.1. La prueba científica como determinadora de la filiación

Como ha sido abordado, la determinación de la filiación y en especial de la paternidad ha sido un asunto que ha preocupado a las ciencias jurídicas para lo cual se crearon mecanismos legales para su presunción y legitimación antes de la llegada de la práctica de pruebas biológicas a raíz de los avances científicos.

Según Mojica Gómez (2003), el establecimiento de la paternidad se basaba en el supuesto trato sexual y social aunado a los testimonios respecto de dicho trato. Sin embargo, en Colombia y mediante la Ley 75 de 1968 modificada por la Ley 721 de 2002, se establece la realización de los exámenes biológicos a los juicios que buscan la determinación de la paternidad o maternidad. (pág. 255)

Así, el artículo 7 de la Ley 75 de 1968 tal y como fue modificado por la Ley 721 de 2001, señala que: “En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.”

Adicionalmente indica en el artículo 3 “sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente”

Ahora bien, la técnica consistente en el estudio molecular para generar perfiles genéticos y establecer la exclusión o no del presunto padre y madre, fue utilizada en principio en los Estados Unidos de América para 1987 y desde esa fecha la prueba a partir del ácido

desoxirribonucleico ADN ha sido la técnica cuya certeza permite establecer la verdad y descartar cualquier probabilidad de duda. (Gómez, 2003, pág. 252)

Lo anterior por las siguientes razones:

Cada célula tiene 46 cromosomas, a excepción de los espermatozoides y óvulos que tan solo tienen, 23 cromosomas cada uno, por ende, es necesaria la unión de estos dos (espermatozoide y óvulo), que suman 46 cromosomas para procrear una persona. Se observa así que cada individuo recibe la mitad de su material genético del padre biológico y la otra mitad de la madre biológica. (Gómez, 2003, pág. 254)

En virtud de lo anterior y a partir de los resultados del procedimiento de estudio del ADN, aquellos van a depender de

la preponderancia de los grupos sanguíneos y de las similitudes étnicas de la población: en los casos de poblaciones diversas, la paternidad queda descartada y su probabilidad, totalmente descartada, esto es, arrojaba como resultado una paternidad del 0%, pero en los casos de similitud de grupos sanguíneos y etnia el resultado era el de la probabilidad de la paternidad biológica sin establecer un índice de certeza; pero entre más común era el grupo sanguíneo, menor era la probabilidad de paternidad. (Gómez, 2003, pág. 252)

La técnica de ADN ha sido asociada no solamente a lo referente a la filiación sino también para la identificación de individuos en actos delictivos; sin embargo, la realización de dicho examen complementa el acceso efectivo a la administración de justicia de aquellas personas que buscan conocer y reclamar su verdadera filiación y así la búsqueda de la verdad en este aspecto tan trascendental de la vida del ser humano.

Se ha afirmado que el primer progreso normativo relacionado con la práctica de la prueba fue el Acuerdo 1224 del 27 de junio de 2001 por medio del cual se indicó a los administradores

de justicia el diligenciamiento de un formulario denominado “Formato Único para la Solicitud de Pruebas de ADN para la Investigación de Paternidad” - SPP.” dirigido a la Dirección Regional del ICBF y para realizar la práctica de la prueba, circunstancia que fue modificada por la Ley 721 de 2001. (Consejo Superior de la Judicatura, 2001)

Con todo, la prueba científica ha tenido un alto reconocimiento por la jurisprudencia, y en palabras de la Corte Constitucional, el hecho de que el legislador haya considerado como obligatorio el decreto de esta prueba no obedece a su capricho sino por el contrario responde a la necesidad de que las personas tengan una filiación acorde con la realidad. (Corte Constitucional, ST 997, 2003)

Es así como para los asuntos de filiación se ha avalado esta prueba como idónea colocándolo incluso encima de cualquier otro medio probatorio como se lee del artículo 386 del Código General del proceso al indicar que:

Cualquiera que sea la causal alegada, en el auto admisorio de la demanda el juez ordenará aún de oficio, la práctica de una prueba con marcadores genéticos de ADN o la que corresponda con los desarrollos científicos y advertirá a la parte demandada que su renuencia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad, maternidad o impugnación alegada. La prueba deberá practicarse antes de la audiencia inicial.

De la prueba científica se correrá traslado por tres (3) días, término dentro del cual se podrá solicitar la aclaración, complementación o la práctica de un nuevo dictamen, a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada. Si se pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen.

Las disposiciones especiales de este artículo sobre la prueba científica prevalecerán sobre las normas generales de presentación y contradicción de la prueba pericial contenidas en la parte general de este código. (Presidente de la República, 2012)

Ahora bien, es prudente aclarar que mediante la Sentencia C 476 del 10 de mayo de 2005, la Corte Constitucional señaló que bajo ningún caso se puede entender la prueba de ADN como la única para decidir en todos los procesos de investigación de la paternidad o maternidad, ya que si no es posible acudir a ella, las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios van a servirle al juzgador para proferir el fallo correspondiente. (Corte Constitucional, SC476, 2005)

Al respecto, se ha indicado que los jueces como directores del proceso se encuentran en la obligación de ordenar la prueba, pero su ejercicio no termina con dicho momento, sino que se debe lograr la realización de la misma. Lo anterior a efectos de materializar un verdadero y efectivo ejercicio de la administración de justicia, para lo cual cuenta el director del proceso con lo señalado por el primer párrafo del artículo 8° de la Ley 721 de 2001 así:

Parágrafo 1.- En caso de renuncia de los interesados a la práctica de la prueba, el juez del conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les debe realizar la prueba. Agotados todos estos mecanismos, si persiste la renuencia, el juez del conocimiento de oficio y sin más trámites mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa. (Congreso de la República de Colombia, 2001)

Claramente la renuncia tampoco es prueba suficiente para declarar la paternidad, pero como fue analizado por la Corte Constitucional, dicha conducta sí

se convierte en un indicio en contra del interesado para lo cual se deberá apoyar el juez en todos los medios de convicción posible para tomar la respectiva decisión. (Corte Constitucional, SC 808, 2002)

Sin embargo, y para lograr la comparecencia de los interesados en el sometimiento de la prueba de ADN se señaló que en ejercicio de los poderes disciplinarios los jueces podrán o sancionar con multa al particular que sin justa causa incumpla la orden de realización de la prueba genética o demore su ejecución o con pena de arresto al particular que con ocasión de la práctica de la prueba falte al respeto al juez.

Es así como el juez

está comprometido en alto grado con el éxito en la realización de la prueba de ADN, toda vez que puede echar mano de mecanismos como los requerimientos, los llamados de atención o incluso imponer sanciones ante la negligencia del demandado para acudir al laboratorio. Así mismo, tiene la potestad de requerir a los peritos para el cumplimiento de su labor relacionados con la prueba pericial, o imponer las sanciones previstas en caso de negligencia de los auxiliares de la justicia. (Corte Constitucional, SC 808, 2002)

En otro sentido, si bien es cierto el artículo 7 de la Ley 75 de 1968 establece que la prueba deberá tener un índice de probabilidad superior al 99.9%, en cuyo caso se presente un valor inferior, se ha indicado que el elemento probatorio no pierde su carácter sino que deberá examinarse junto con los otros elementos probatorio, esto en atención la palabra inconcluyente, que según consta en los anexos de la experticia corresponde a que la probabilidad de paternidad no alcanzó la confiabilidad que exige la Ley 721 de 2001, no equivale a un resultado excluyente. (Corte Constitucional, ST 997, 2003)

Es gracias a la prueba que se ha pasado de presunciones controvertidas a la certeza más allá de toda duda, permitiendo a las personas confirmar su filiación o establecerla incluso respecto de un muerto, determinar la paternidad previa al nacimiento, establecer la ascendencia legítima y reconocer los derechos sobre los hijos. (Gómez, 2003, pág. 259)

En virtud de todo lo anterior se ha mencionado que toda persona tiene derecho a acudir a la administración de justicia para establecer una filiación legal y jurídica y que corresponda a su filiación real y es por ello que a continuación se estudiarán particularmente.

6.2.2. La investigación de la paternidad y la maternidad en la filiación.

Como se había hecho referencia, el reconocimiento forzoso o judicial que se realiza para determinar el origen biológico está determinado por uno de dos procedimientos y que ha sido denominado investigación de la paternidad o maternidad y cuya intervención del Estado “es necesaria, pues sólo así se obliga a éstos a cumplir los deberes y responsabilidades que se derivan de su condición” (Corte Constitucional, ST 352, 2012)

De acuerdo con la Corte Constitucional, la investigación de la paternidad o maternidad es un “proceso de carácter judicial que tiene como fin restituir el derecho a la filiación de las personas, cuando no son reconocidas voluntariamente por sus progenitores” (Corte Constitucional, ST 258, 2015)

Bien señala el artículo 213 del Código Civil Colombiano que salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación se presumirá que los padres son el cónyuge o los compañeros si aquel fue concebido durante el matrimonio o la unión marital de hecho como ya se abordó.

La acción de investigación la podrán promover:

los menores de edad, por medio de su representante legal, los hijos mayores de edad, la persona que ha cuidado de la crianza o educación del menor y el Ministerio Público; si ha fallecido el hijo, la acción pueden ejercerla sus descendientes legítimos y sus ascendientes, y el defensor de familia, respecto de menores en procesos ante el juez de familia. (Corte Constitucional, ST 207, 2017)

Al respecto, el artículo 6 de la Ley 75 de 1968 la cual modificó la Ley 45 de 1936 señala que la paternidad natural se presume y puede declararse:

“1o) En el caso de raptó o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.

2o) En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.

3o) Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad.

4o) En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción. Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.

En el caso de este ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si prueba, en los términos indicados en el inciso anterior, que en la misma época, la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquel por actos positivos acogió al hijo como suyo.

5o) Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo, y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere por sus características ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior.

6o) Cuando se acredite la posesión notoria del estado del hijo.” (Congreso de la República de Colombia, 1968)

Para ilustrar, y a efecto de probar la paternidad dentro del proceso en mención, en el caso de la primera causal es prudente mencionar que el nacimiento surja de las relaciones sexuales habidas entre el secuestrador y la mujer que dio a luz, probando el nexo causal a partir de la aplicación del artículo 92 del Código Civil colombiano, esto es que el nacimiento tuvo ocasión en el lapso que hay entre los 180 días siguientes al secuestro y los 300 días posteriores a la liberación.

Por otra parte, respecto de la segunda causal, Escudero Alzate (2019) citando a Bacca Garzón (1992), señala que debe hacer referencia a esa seducción realizada mediante actos dolosos y en atención al aprovechamiento del abuso de autoridad en un nivel jerárquico o expresada mediante actos positivos dicha promesa de matrimonio. (pág. 538)

Ahora bien, en relación con la tercera causal, la confesión inequívoca se ha reflexionado que debe ser sujeta de investigación respecto de la existencia del escrito, así como de su autoría y validez.

Finalmente, las causales quinta y sexta suponen de una parte un comportamiento público por parte del padre durante el embarazo y parto y de la otra, un trato como hijo proveyendo de educación y presentándole como tal ante el público.

De cualquier modo, se ha indicado que este proceso debe cumplir con requisitos tales como:

a) contar en lo posible con el nombre y dirección del demandado, así como los datos de ubicación del demandante; b) aportar el registro civil de nacimiento con el apellido de uno de los padres; c) las pruebas que demuestren presuntamente la paternidad; d) la relación de los hechos con fechas. (Corte Constitucional, ST 258, 2015)

A todo esto, sea oportuno comentar como las presunciones y la propia acción de investigación se encuentran enfocadas en la paternidad y no a la maternidad a pesar de que se titula en el artículo 386 del Código General del Proceso, lo cual se atribuye justamente a la determinación de esta última maternidad biológicamente por el hecho del parto y la presunción de que la madre siempre es conocida en virtud al principio romano de “*mater semper certa est*” base de las normas de filiación en los países de derecho romano.

Sin embargo, no cabe duda que siendo la maternidad el vínculo jurídico y natural que une al hijo con la mujer y que en consecuencia determina la filiación de hijos nacidos en los vínculos matrimoniales o maritales es el legislador el que debe precisar si la maternidad es con ocasión a la concepción o al nacimiento.

6.2.3. La impugnación de la paternidad y la maternidad como mecanismo para determinar la filiación.

Si bien la investigación de la maternidad busca restituir la filiación, en la figura de la impugnación lo que se pretende es destruir aquel estado civil que se posee en virtud de un reconocimiento; distíngase entonces como lo hace la norma entre la impugnación de la paternidad y el de la maternidad, teniendo las mismas el fin de controvertir esa relación filial.

En lo que respecta a la impugnación de la paternidad y como se deriva del artículo 213 del Código Civil, la impugnación del estado de hijo legítimo se efectúa destruyendo los

elementos de la legitimidad, esto es, la paternidad, la maternidad, el matrimonio o la concepción dentro del matrimonio. (Cabra, 2009, pág. 52)

Señala la Corte Constitucional citando a Lafont Pianeta que:

es necesaria la existencia jurídica de la filiación que se pretende impugnar, lo cual se da cuando existe establecimiento de la filiación, bien sea porque haya operado ipso iure, bien sea porque el hijo haya sido legitimado por escritura pública, o bien haya sido reconocido como extramatrimonial. En cambio, resultan inimpugnables las filiaciones establecidas mediante sentencia judicial, por causa de los efectos erga omnes de la cosa juzgada material de dichos fallos filiales. (Corte Constitucional, ST 258, 2015)

Según Escudero Alzate (2019), tanto el artículo 213 como el 214 del Código Civil Colombiano presumen la paternidad que puede destruirse. Téngase en cuenta entonces que en la primera disposición será el cónyuge o compañero permanente el que a través del proceso de impugnación desvirtúa la presunción mientras que la segunda norma legitima al padre a que por cualquier medio demuestre que no lo es. (pág. 533)

En referencia de quienes son titulares para ejercer la acción de impugnación de la paternidad, de acuerdo con la Ley 1060 de 2006 la cual modificó el artículo 216 y 2017 del Código Civil, el propio hijo o el cónyuge o compañero permanente podrá impugnar respecto del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho, o en su defecto los herederos y ascendientes de aquel como lo autoriza el artículo 7 de la Ley 1060 de 2006 el cual modificó el artículo 2019 del Código Civil.

De igual forma, la norma admite que la madre del hijo pueda impugnar la paternidad para desvirtuar la filiación matrimonial o marital, mientras que el artículo 220 del Código Civil

admite adicionalmente la promoción de la acción por parte de cualquier persona que tenga un interés actual.

Con relación al interés actual, la Corte Constitucional citando a la Corte Suprema de Justicia ha precisado lo siguiente: “(...) quienes tengan un interés actual, pecuniario o moral, según corresponda en cada situación, son quienes están autorizadas legalmente para promover la respectiva impugnación”; Es así como el interés actual deberá establecerse en cada caso concreto. (Corte Constitucional, ST207 - 2017)

Así mismo se añade que:

(...) ese interés actual pone en evidencia que está latente la necesidad de acudir a la decisión judicial ante la imposibilidad de decidir el derecho privadamente, de forma individual o consensual, e invade, desde luego, la esfera de quien efectuó el correspondiente reconocimiento frente a la irrevocabilidad unipersonal del acto objeto de impugnación, según lo dispone el artículo 1° de la Ley 75 de 1968” y que “es ese supuesto, valga repetirlo, el que origina el interés, toda vez que su objeto trasciende a los atributos de la personalidad, que lo convierte en inalienable, inescindible e imprescriptible, no obstante haberse activado por un acto de potestad o prerrogativa del padre. (Corte Constitucional, ST 207, 2017)

Brevemente, la ley busca precisar no solamente quienes tienen la posibilidad de impugnar una presunción de filiación sino también la oportunidad y los motivos para ello, buscan proteger la intimidad y la unidad familiar, para librarla de injerencias indebidas que vulneren el principio de intimidad constitucional que caracteriza a la familia.

Por lo que se refiere a la oportunidad para impugnar la paternidad la ley predica que cuando va a ser promovida por el hijo, aquella podrá ser promovida en cualquier tiempo, mientras

que, si es el cónyuge o compañero permanente, aquel deberá hacerlo dentro de los 140 días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no era el padre biológico, lo anterior de conformidad con el artículo 216 del Código Civil.

En las mismas circunstancias lo harán los herederos del padre contando desde el momento del fallecimiento del padre o desde el momento que conocieron del nacimiento del hijo salvo que aquel lo reconociera testamentariamente o por medio de otro instrumento. En igual forma se predica de los ascendientes quienes cuentan con 140 días después del fallecimiento del padre para intentar la acción.

Se distingue los herederos de los ascendientes en la oportunidad y legitimidad para promover la acción como quiera que los últimos lo harán así no tengan parte alguna de la sucesión de sus hijos.

Como se ha visto, este mecanismo para determinar la filiación sólo puede promoverse en la jurisdicción motivo por lo que se excluye cualquier tipo de impugnación unilateral o bilateral de carácter voluntario. (Pianeta, 2013, pág. 370)

Con todo, este mecanismo y de acuerdo con la Sentencia T 381 del 2013, es “la oportunidad que tiene una persona para refutar la relación filial que fue reconocida en virtud de la ley.” y la misma opera o para desvirtuar la presunción establecida en el artículo en el Código Civil; o para impugnar el reconocimiento que se dio a través de una manifestación voluntaria; o cuando se repele la maternidad en el caso de un falso parto o de la suplantación del menor, causales que motivan la impugnación de la maternidad que será caracterizada de forma seguida.

6.3. Evolución jurídica de la impugnación de la maternidad en Colombia.

En el desarrollo del capítulo se ha mencionado a la maternidad como uno de los elementos de la filiación y que se asocia al hecho de que una mujer sea madre de una persona, sin embargo, tal como es enunciado por la sentencia T-339 de 1994, la maternidad supone un querer ser y la manifestación externa de ese querer y en consecuencia no debería entenderse solamente como un estado biológico. (Parra, 2019, pág. 520)

Sin embargo, es oportuno estudiar qué se entiende por maternidad disputada de conformidad con la legislación colombiana.

6.3.1. Regulación original del Código Civil

Señala el artículo 336 del Código Civil Colombiano lo siguiente: “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 al verdadero.” Es decir, por medio de la impugnación de la maternidad como se encuentra regulada en el Código Civil, se busca la declaración de que un individuo no nació de la mujer que se señala como su madre probando las causales enunciadas en párrafo anterior. (Congreso de la Republica de Colombia, 1873)

Entiéndase las causales como la circunstancia de que no hubo parto o este fue fingido o que se sustituyó la criatura que se hace pasar por hijo. (Parra, 2019, pág. 520)

Respecto al falso parto y como efecto de la disputa de la maternidad indica el artículo 338 del Código Civil actualmente vigente que:

Ninguno de los que hayan tenido parte en el fraude de falso parto o de suplantación, aprovechará en manera alguna el descubrimiento del fraude, ni aun para ejercer sobre el

hijo los derechos de patria potestad o para exigirle alimentos, o para suceder en sus bienes por causa de muerte. (Congreso de la Republica de Colombia, 1873)

Ahora bien, el artículo 336 del Código Civil indicaba que los titulares terceros de la acción de impugnación no podían ejercerla después de transcurridos diez años, contados desde la fecha del parto. Sin embargo, este artículo fue derogado por el artículo 12 de la Ley 1060 de 2006.

Por otra parte, el artículo 337 señalaba que la acción a toda otra persona a quien la maternidad putativa perjudicara en sus derechos sobre sucesión testamentaria o abintestato de los supuestos padre o madre podía promover la misma, pero sin que expiren sesenta días, contados desde la fecha en que se conoció el fallecimiento de dichos padre o madre, sin embargo, este artículo fue modificado por el artículo 13 de la Ley 1060 de 2006.

6.3.2. Regulación de la Ley 1060 de 2006

La ley publicada en el diario oficial No. 46.341 de 26 de julio de 2006 y por medio de la cual se modificaron las normas que regulan la impugnación de la paternidad como de la maternidad mantuvo las disposiciones del artículo 336 y 338 del Código Civil, esto es, las causales de impugnación o lo referido a la sanción por la participación en la configuración de estas.

Sin embargo, como se vio anteriormente, aclaró lo relativo a los titulares para ejercer la acción, así como los terceros que la pueden promover, y también derogó lo relativo a la oportunidad para promover la misma.

Por lo que se refiere a la oportunidad para impugnar la maternidad la ley predica que cuando va a ser promovida por el hijo, aquel podrá hacerlo en cualquier tiempo y el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica y de otras si lo estima conveniente, modificando así el artículo 216 del Código Civil en lo referente a la maternidad disputada.

Así mismo indica que esta acción podrá solicitar la madre que sumariamente acredite ser la madre biológica quien también podrá promoverla en cualquier tiempo.

En las mismas circunstancias lo harán los herederos de la madre contados desde el momento del fallecimiento del padre o desde el momento que conocieron del nacimiento del hijo salvo que aquel lo reconociera testamentariamente o por medio de otro instrumento. En igual forma se predica de los ascendientes quienes cuentan con 140 días después del fallecimiento de la madre para intentar la acción.

El artículo 13 de la Ley 1060 de 2001 modificó el artículo 337 señalando que “se concederá también esta acción a toda otra persona a quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre sucesión testamentaria o abintestato de los supuestos padre o madre.”

Adicionalmente es oportuno indicar lo señalado por Parra Benítez (2019), citando a la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de agosto de 2000, esto es que aquella definió que si la partida que acredita la filiación materna no se ajuste a la realidad la única forma de desvirtuarla es mediante la acción de impugnación para obtener judicialmente la declaración de que aquel no nació biológico de la madre a quien se le atribuye falsamente el parto (pág. 522)

6.4 Conclusiones preliminares.

Se ha mostrado que la maternidad se convierte en un elemento importante al momento de estudiar el derecho de filiación la cual, conforme a la práctica biológica del parto, jurídicamente se determina por el alumbramiento. Lo anterior encuentra coherencia legislativa con las causales taxativas de impugnación de la maternidad para buscar la

determinación legal de la filiación materna, ya que se asocian al estado de gravidez de la mujer que alumbró a un bebé (hijo) y la circunstancia de fingir o no el parto.

Es así como la legislación se ha preocupado porque la determinación legal de la filiación coincida con la realidad biológica, e incluso hace lo propio cuando no se existe esa coincidencia, como ocurre con la adopción.

Bajo ese sentido, se entiende la filiación como derecho para que se le reconozca a los individuos entre otros derechos, su personalidad jurídica asociada a su estado civil, y es por ello que, respecto de aquel bebé que es procreado con asistencia científica como ocurre con el alquiler de vientre por fecundación *in vitro*, al querer establecer su filiación materna, se enfrenta a unas causales que impiden establecer el vínculo jurídico con su madre quien fue la que aportó el óvulo, ya que al querer demandar a la mujer que aparece como madre, esta efectivamente no fingió el parto y ni tampoco suplantó el bebé para hacerlo pasar por suyo, como quiera que lo que ocurrió fue un alquiler de vientre.

Es aquí cuando el derecho de filiación como mecanismo para garantizar el derecho a tener una familia y no ser separado de ella no encuentra una ventana de exigibilidad, por cuanto en Colombia la filiación de los hijos nacidos dentro o por fuera de los vínculos matrimoniales o en uniones maritales de hecho encuentran su determinación derivada en la ley en atención a la presunción de la cohabitación y confianza entre cónyuges o compañero y revelándose la filiación materna por el hecho biológico del parto.

Qué decir del derecho de filiación de la mujer que aportó su óvulo y de quien se diría que es la madre biológica del bebé nacido de esta práctica, quien se enfrenta a las mismas causales de impugnación de la maternidad, las cuales a la luz del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, se oponen a la voluntad responsable de conformar una familia por dicha práctica, al no poder establecer el vínculo filial con el bebé nacido de la misma sin

perjuicio de que aquel bebé procreado con asistencia científica no goza del mismo derecho de filiación que los hijos procreados naturalmente en razón a una falta de coincidencia en la mujer que aporta el óvulo y la que hace trabajo de parto.

Ahora bien, se ha indicado que la maternidad supone no solamente un querer ser sino también una manifestación externa de ese querer, razón por la cual no debería entenderse solamente como un estado biológico, y es cuando la acción de impugnación de la maternidad podrá ser solicitada por la madre que sumariamente acredite ser la madre biológica, sin embargo si lo que motiva a la misma es obtener la declaración de que ese bebé no nació biológicamente de la madre a quien se le atribuye falsamente el parto, esta acción no conduce a la materialización del derecho por las partes involucradas en el caso de estudio.

Es por lo anterior que a continuación se caracterizará particularmente a la fecundación *in vitro* en el alquiler de vientres como técnica de reproducción humana asistida y su relación con el derecho a la maternidad.

Capítulo II: La reproducción humana asistida como generadora de derechos familiares

7.1 Concepto y técnicas de reproducción humana asistida

De acuerdo con Monroy (2013), la noción sobre reproducción asistida viene desde el antiguo Egipto en donde se buscaba la implementación de las técnicas de reproducción humana asistida al predecir las razones de imposibilidad en las mujeres de poder concebir, circunstancia que paralelamente ocurría en la cultura azteca al afirmarse que algunas plantas especiales permitían la fertilidad de la mujer que no era en un principio apta para procrear. (pág. 5)

Sin embargo, desde la antigüedad y a partir de las sagradas escrituras se conoce que Abraham tuvo ayuda para procrear a su hijo Ismael.

Con todo, asociado a la eficacia de la TRHA, se habla del primer caso de fecundación *in vitro* o “bebé probeta” con el nacimiento de Louise Brown al ser esta una nueva forma para concebir a los humanos. (Gafo, 1986)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conceptualizado a las técnicas de reproducción humana asistida como “un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo” (CIDH, 2012, pág. 21)

Monroy (2013) citando a Santamaria Luis (2000), señala que se entiende por TRA como el “conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana” (Monroy, 2013)

De lo anterior es prudente indicar que la definición de técnicas de reproducción humana asistida lleva consigo las razones de lograr la concepción y la motivación de ser padre o madre.

Es así como estos procedimientos se realizan en el cuerpo de una mujer y se busca la introducción del semen “de forma mecánica y no mediante el acto conyugal natural” en donde se puede utilizar el semen del padre o semen de un donante que puede estar crio preservado. (Camargo, 2009)

Al respecto valga aclarar lo señalado por Monroy (2013) citando a Santamaria Luis (2000), esto es que

No es pues adecuado referirse a estas técnicas como métodos de reproducción artificial, ya que no suplantando mediante elementos artificiales o no biológicos al organismo masculino o femenino en la función procreativa, sino que pretenden ayudar o substituir en parte una función generativa deteriorada o inexistente (subfertilidad o infertilidad) (Monroy, 2013, pág. 4)

Ahora bien, referente a los distintos tratamientos médicos asociados a las TRHA existe “la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías

genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc.” (Monroy, 2013)

Sin embargo, todos surgen en atención a circunstancias de infertilidad o esterilidad que motivan acudir a estas prácticas y más cuando se convierten en una oportunidad para aquellas parejas que no han podido concebir sus propios hijos y que no quieren acudir al proceso de adopción procurando que sea hijo biológico (Corte Constitucional ST-968, 2009)

Por añadidura es oportuno aclarar que la esterilidad consiste en la terminación de la vida fértil como consecuencia de enfermedades como la tuberculosis la malaria, enfermedades de transmisión sexual (ETS) como la gonorrea, sífilis, etc, o por problemas de salud que pueden generar enfermedad inflamatoria pélvica (EIP).

Por el contrario, la infertilidad es definida como “imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales”, la cual se puede presentar en las mujeres como consecuencia de “daños en las trompas de Falopio, adherencias tubo-ováricas, (...) endometriosis, factores inmunológicos, pobre reserva ovárica” y en los hombres por bajos niveles de espermatozoides. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, pág. 21)

Incluso, como factores de riesgo de infertilidad para la mujer, Ramos, Gutiérrez, Monroy, & Medina, (2008) han señalado a la edad materna avanzada, el tabaquismo, las quimioterapias y radioterapias, la enfermedad pélvica inflamatoria, la obesidad y el estrés, circunstancia que puede generar una disminución de ovocitos e incluso la anulación en la producción de estos. (Ramos, Gutiérrez, Medina, & Gerardo, 2008)

En esta misma línea y para el caso colombiano, entró en vigor la Ley 1953 de 2019 por medio de la cual se busca establecer los lineamientos para una política pública de prevención

de la infertilidad y en consecuencia los parámetros de salud reproductiva. En dicha ley se define la infertilidad como “enfermedad del sistema reproductivo que impide lograr un embarazo clínico después de doce (12) meses o más de relaciones sexuales no protegidas” (Presidencia de la República, 2019)

Por otra parte, la misma ley define a los TRHA como “todos los tratamientos o procedimiento que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”

Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo masculino o femenino asociada a la imposibilidad de lograr un embarazo después de sostener varias relaciones sexuales regulares sin protección. (World Health Organization (WHO), s.f.).

En otro sentido, Awad & Narvaez, (2001), han señalado que respecto al tipo de infertilidad se propone una determinada solución para lograr la creación de un nuevo ser así:

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 espermia 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 espermia 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. (pág. 11)

Según Cárdenas (2011) la inseminación artificial consiste en “hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera” manipulando los gametos masculinos para lograr la fecundación, existiendo tres formas de procedimiento denominadas inseminación intravaginal, la intracervical y la intrauterina, diferenciadas cada una de ellas en la colocación del semen en una zona diferente mediante el uso de una jeringa (pág. 48)

El anterior procedimiento genera reflexiones asociadas a “si las personas tienen derecho a tener hijos” y si es permitido reclamar “el derecho a recibir ayuda para tener los hijos que se desean”, más cuando en el ejercicio de estas prácticas se distinguen los intereses de las personas que acuden a ellas dentro de los cuales se encuentra el interés de ser madre de la mujer que acude a las mismas. (Turner, Molina, & Momberg, 2000, pág. 14)

Es de recalcar lo señalado por Álvarez & Burbano (2012) y es que las TRHA “no pueden hacer que una mujer infértil por problemas de gestación logre desarrollar un embarazo”, es más, resaltan que “en realidad aún no existen procedimientos de reproducción asistida que resuelvan los problemas de infertilidad presentes en esa etapa específica de la reproducción humana” (pág 12)

Como se ha visto existen diferentes técnicas de reproducción humana asistida, sin embargo, existe la práctica denominada como de moderada complejidad consistente en la fecundación *in vitro*, la cual será estudiada a continuación.

7.2. La fecundación *in vitro*

7.2.1. Concepto y ejercicio de la práctica

La RAE define fecundación como “acción y efecto de fecundar” y pasa a definir a la fecundación artificial como la que se produce “por medios no naturales, tales como la inseminación artificial o la fecundación *in vitro*” (Real Academia Española, s.f.)

En efecto, esta práctica denominada también como fecundación extracorpórea es

un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, pág. 2)

Como se evidencia, en esta práctica se obtienen los gametos masculinos y femeninos los cuales se fusionan de forma extracorpórea haciéndose con posterioridad la transferencia embrionaria al útero materno.

Valga aclarar que para la obtención del gameto femenino es necesaria una estimulación ovárica para provocar una multiovulación, recogiendo 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 de acuerdo con Cárdenas (2011).

Al respecto, sobre este procedimiento se asocia a los científicos británicos Steptoe y Edwards, y el nacimiento de la niña Brown, esto como quiera que eran estos científicos los que estudiaban el aparato genital interno femenino así como las modificaciones del ciclo

patológicamente y que con el tiempo se convirtió en una técnica de captación ovular para recoger los ovocitos de FIV. (Gafo, 1986, pág. 26)

Ahora bien, Gafo (1986), señala respecto a la descripción de la técnica que se debe cumplir cinco pasos para lograr la fecundación así: a) Estudio de la pareja estéril; b) Estimulación o inducción de ovulación, c) Control de la madurez del ovocito, d) Medidas tras la transferencia; y e) Control y seguimiento.

De acuerdo con los anteriores pasos en principio el autor señala que es importante conocer el origen de la infertilidad de la pareja lo cual lleva implícito el estudio del gameto masculino; a continuación, es oportuno o esperar los ciclos naturales o inducir farmacológicamente el ciclo para poder recolectar ovocitos en los ciclos del tratamiento. A continuación, y si el ovocito este maduro es posible la fecundación de forma inmediata, en su defecto se pondrá aquel en un medio nutritivo con atmosfera controlada para obtener una maduración. (Gafo, 1986, pág. 30- 31)

De forma seguida se realiza la transferencia intrauterina de los embriones a través de una cánula o un catéter que cuenta con una jeringa pequeña por medio de la cual se hace la implantación, finalizándose el procedimiento con la recomendación a la paciente de que permanezca en reposo y para que dentro de los días siguientes a la transferencia se monitorea la implantación y la gestación. (Gafo, 1986, pág. 32- 33)

Es prudente indicar que el cigoto comprende material heredado de los progenitores, y al ser una célula con organización polarizada se distingue de otras por contener las primeras divisiones celulares estructuradas en una unidad vital “tanto en sus estructuras espaciales como en sus funciones.” (Moratalla, 2004, pág. 6)

Monroy (2013) citando a la Sociedad Española de Fertilidad (2011) añade que dentro de las TRHA existe el método denominado microinyección espermica o ICSI el cual busca intervenir activamente sobre el proceso de fecundación, introduciendo el espermatozoide en el interior del ovocito y cuando se consigue la fecundación se selecciona un numero adecuado para transferirlos al útero. (pág.6)

De cualquier forma, es claro como el genoma humano cuenta 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, & Lolas, s.f.)

Continúa mencionando Monroy (2013) que el ICSI es un avance de la fecundación ya que según la Sociedad Española de Fertilidad “materializa los deseos de paternidad ya que, mediante esta técnica, los hombres que hasta hace algún tiempo solo podían concebir el método de adopción o la inseminación artificial mediante los bancos de esperma” (pág.6)

De acuerdo con Flores (2012), es claro que los hallazgos en la investigación científica respecto de las TRHA van a una velocidad distinta y mayor que la capacidad de respuesta legislativas de las sociedades. (pág. 2)

De cualquier forma y para el caso colombiano, si bien es cierto recientemente la Ley 1953 de 2019 busca establecer los parámetros de salud reproductiva, la fecundación *in vitro* ha sido una práctica utilizada por personas con problemas de infertilidad u otros que han visto limitados desde distintos aspectos para acceder a la misma.

Tal es el caso estudiado por la Corte Constitucional en las sentencias T-341 de 1994, T- 528 de 2014, T-274 de 2015, T-306 de 2016, T-375 de 2016, T -126 de 2017, T- 377 de 2018 y T- 337 de 2019, las cuales comparte circunstancias fácticas en donde los individuos con problemas de infertilidad o VIH buscan la autorización de la práctica para gozar de sus

derechos reproductivos a pesar de la negativa de la EPS por no estar incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

La Corte Constitucional ha tenido que pronunciarse sobre la garantía de acceso a la práctica de fecundación *in vitro* y a los tratamientos de fertilidad en razón a que la exclusión de acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida de alta complejidad, limita el proyecto de vida de las personas con infertilidad, asociado esto al derecho a su dignidad humana, a la igualdad en relación al alto costo de los tratamientos, a la salud respecto al bienestar psicológico y reproductivo de las personas y parejas con infertilidad y los derechos reproductivos que incluyen la autonomía reproductiva, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a la procreación y a conformar una familia. (Corte Constitucional, SU074-2020)

7.2.2. Tipos de fecundación *in vitro*.

Según Cárdenas (2011), existen tres procedimientos que permiten la transferencia de este embrión al útero denominadas PROST, ZIFT y TET.

Primero, el PROST consiste en la transferencia en estado pronuclear del embrión a las trompas de Falopio 24 horas después de introducida la esperma en el óvulo no terminándose de funcionar los gametos y haciéndose la transferencia de una composición celular anterior a la formación de lo que se conoce como embrión.

El segundo procedimiento consiste en la transferencia del cigoto intra falopio (ZIFT) el cual se realiza 36 horas después de que inició la fusión de los gametos, trasladándose al útero un cigoto en sus primeras etapas de vida.

Finalmente se encuentra el procedimiento TET el cual consiste en la transferencia del embrión a las trompas de Falopio y dentro de las 48 horas siguientes lo cual garantiza la transferencia de un embrión plenamente formado” (pág. 51).

Ahora bien, dependiendo de la asociación público privada que busque garantizar la cobertura de los tratamientos de reproducción humana asistida como los denomina la Ley 1953 de 2019, existen otros tipos de FIV concomitantes con circunstancias particulares de los que acuden a ella como a continuación se insinuará.

En principio se habla de la técnica FIV con el material genético propio de la pareja, buscándose unir el espermatozoide con el ovulo de la pareja heterosexual que quiere ser padre pero que tiene alguna alteración o lesión en las trompas de Falopio u otro que impide la propia fecundación natural. (Fertility Clinics, 2016)

Por otra parte, se encuentra la técnica FIV con óvulos propios y semen de donante, en donde se realiza la fecundación de óvulos de una mujer extracorpóreamente y la cual puede ser utilizada por parejas cuyo hombre tiene alguna alteración grave del semen o con una enfermedad hereditaria o para mujeres con pareja femenina o sin pareja.

Para el caso de mujeres con pareja femenina también se utiliza la técnica FIV ROPA el cual consiste en extraer y fecundar los óvulos de una de las mujeres e implantar el embrión obtenido en el útero de su pareja. Ambas mujeres juegan un papel determinante: una será madre biológica (aportando el óvulo) y la otra será madre gestante (la que queda embarazada, y da a luz). (Fertility Clinics, 2016)

Seguidamente existe la técnica FIV con óvulos de donante y semen de la pareja, en donde una mujer anónima dona voluntariamente sus ovocitos para ser fecundados por el semen del hombre, recomendándose esta práctica para las mujeres con problemas en los ovarios o

enfermedad hereditarias, o por casos de aborto repetidos. Es predicable también el uso de esta práctica para hombres con pareja masculina o sin pareja.

La técnica de FIV con óvulos y semen de donante e implica la utilización del óvulo y la esperma de un donante generándose la fecundación en el laboratorio y transfiriéndose al útero de la paciente previamente preparada. Esta práctica es realizada por aquellas parejas en donde la pareja comparte alguna anomalía la cual les impide la fecundación de forma natural, o también por aquellas que puedan tener alguna dificultad tanto para fecundar como para gestar y acuden a una tercera para que en aquella se transfiera el embrión.

De acuerdo a lo anterior, es prudente mencionar que existen situaciones particulares en donde el procedimiento de fecundación *in vitro* se convierte en una solución para concebir a un niño antes de acudir al alquiler de vientre y dependiendo de la pareja o persona que tenga el deseo de ser madre, sin embargo, estos casos requieren del apoyo de una donante externa, ya sea cuando la mujer sea infértil pero capaz de portar el feto o cuando exista una pareja infértil pero la mujer madre es idónea para llevar a cabo el proceso de gestación. Con lo anterior y en la primera situación anotada la esperma será del padre y en la segunda será de un donante.

En estas circunstancias, como se evidencia, existe un rompimiento fáctico sobre quien será la madre y por ser diferente el material genético respecto de quien hace la expulsión fetal, esto como quiera que se tiene a una donante anónima de óvulo y a otra mujer que llevará a cabo el proceso de gestación, derivándose jurídicamente a favor de ella y del menor, como consecuencia de la expulsión fetal, una consecuencia de maternidad como se verá más adelante.

En otro sentido y cuando tenemos a una madre infértil e incapaz de portar el feto se utilizaría la técnica de reproducción asistida en la que la esperma puede ser donada por el padre, pero

se tendría un óvulo donado y un vientre alquilado, pudiendo ser tanto el ovulo como el vientre de la misma mujer.

Al respecto, al ser la misma mujer que dona su óvulo y hace el trabajo de parto, no existiría rompimiento fáctico entre el material genético donado y el hecho biológico del parto. Empero la madre infértil, que tenía la voluntad procreacional, debería acudir a otro procedimiento para poder garantizar su rol materno para con el niño o niña recién nacido y en cuyo caso la donante quiera quedarse con el bebé.

Todo lo anterior 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 al tener por derecho la autodeterminación reproductiva consistente en el reconocimiento, respeto y garantía de la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no. (Corte Constitucional, SU074-2020)

Lo anterior 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 como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012)

7.2.3. La maternidad en la fecundación *in vitro*.

De acuerdo con Rodríguez (2015), las TRHA han posibilitado ser padre “no solo a quienes sufrían algún problema de esterilidad o infertilidad, sino también a parejas del mismo sexo que no tenían acceso a la copaternidad o comaternidad” (Iturburu M. R., 2015)

De la misma manera, es evidente cómo estos tratamientos han posibilitado la maternidad de mujeres solas, la de mujeres a edades muy avanzadas, la de mujeres con otra pareja mujer u hombre, evitándose incluso la transmisión hereditaria de enfermedades congénitas a los hijos.

Al respecto, y después de analizar el procedimiento de fecundación *in vitro*, es oportuno reflexionar sobre la maternidad como un fenómeno que trasciende no sólo los aspectos biológicos de gestación y parto, sino también sobre los componentes “psicológicos, sociales, culturales y afectivos del ser madre que se construyen en la interacción de las mujeres con otras personas (...)” (Manrique, Marín, & Rodríguez, 2014, pág. 5)

De acuerdo con la Real Academia Española de la lengua la maternidad es el estado o cualidad de madre, sin embargo, es evidente que la definición se queda bastante corta para poder darle el alcance que aquí se pretende. (Real Academia Española, s.f.)

De acuerdo con Marrades (2002) citando a Tubert (1997), la maternidad no es solamente lo natural o cultural, sino que comprende también lo psíquico, consciente o inconsciente; y es por ello por lo que la maternidad puede entenderse desde diferentes categorías como lo expresan Cáceres, Molina & Ruiz (2014): maternidad como un proceso, como una preocupación, una responsabilidad, como adaptación/resignación y como una experiencia positiva. (Marrades, 2002, pág. 29)

Como proceso, la maternidad es entendida por las etapas por las que pasa la mujer, determinante por los cambios psicológicos y emocionales que tienen así:

a) inicio con la sospecha de embarazo; b) confirmación, asimilación y acomodación del embarazo al proyecto de vida; c) verificación dada por los signos y síntomas de embarazo, los movimientos del bebé y la asistencia al CPN; d) cambios en la figura corporal y progresión del embarazo; e) parto, nacimiento del bebé; e) cuidado,

protección, educación y acompañamiento del niño; f) formación con miras a conseguir que el hijo llegue a ser persona de bien. (Manrique, Marín, & Rodríguez, 2014, pág. 7)

Por otra parte, la maternidad entendida bajo el concepto de responsabilidad, preocupación y experiencia positiva se relacionada con los aspectos de crianza en valores y amor, y la preparación para lograr lo anterior, más aún cuando existen contextos de desempleo o barreras de acceso a servicios de salud.

Con todo, hablar de maternidad superando el estudio de la misma basada en teorías feministas y basadas en género, debe comprenderse como:

un fenómeno histórico y cultural, determinado definitivamente tanto por el momento como por el contexto de su producción, y en el cual se ponen en juego el plano subjetivo y la dimensión estructural, para construir el sentido de esta compleja práctica social que consiste, de manera sintética, en la reproducción del grupo social y la atención de los nuevos sujetos sociales. (Palomar, 2005, pág. 19)

Para el caso en concreto, en los casos de fecundación *in vitro*, existen dos mujeres que pueden experimentar en sí mismas el significado de maternidad a saber: la mujer que aporta su óvulo por ser infértile para portar el feto, y la mujer capaz de portar el embrión fecundado por ser idónea para llevar a cabo el proceso de gestación.

Como había sido mencionado en oportunidad anterior, en estas circunstancias, el hecho biológico de que madre es la que hace trabajo de parto por ser ella la que aportó el óvulo sufre una considerable variación, y es así como la maternidad puede recaer en la donante o en la gestante, sin embargo a pesar de que la mujer donante quiera reclamar la maternidad deberá enfrentarse a la mujer que llevó a cabo el proceso de gestación porque a consecuencia

de la expulsión fetal aquella será la madre de acuerdo con el certificado de nacido vivo antecedente al registro civil de nacimiento. (Presidente de la República, 1970)

Ahora bien, se había mencionado ya que cuando tenemos una madre infértil e incapaz de portar el feto e incluso con problemas de ovulación o estéril, este procedimiento de fecundación podrá ser utilizado en favor de aquella, pero enfrentándose esa mujer – madre infértil- a la donación de un óvulo de otra mujer y al alquiler de un vientre que obviamente no es el suyo, coincidiendo porque ni el óvulo ni el vientre donado pertenecen a una misma mujer.

Referente a lo anterior y al ser la misma mujer que dona su óvulo y hace el trabajo de parto, no existiría rompimiento factico entre el material genético donado y el hecho biológico del parto, empero la madre infértil, se enfrentará entonces a la situación fáctica antes planteada y es buscar la manera de garantizar su rol materno para con el niño o niña recién nacido y en cuyo caso la donante de óvulo quien también alquiló su vientre desee quedarse con el bebé.

Sin perjuicio de lo anterior, el uso de esta práctica por las mujeres para cumplir con su deseo de ser madres ha sido estudiada por la Corte Constitucional Colombiana; corporación que en principio negaba el acceso a las mujeres que acudían a las EPS para realizar la práctica de fertilización *in vitro*, por considerar que no era obligación del Estado garantizar la maternidad biológica cuando las circunstancias fisiológicas no permiten su goce y teniendo ellas la adopción como alternativa.

Hoy por hoy la alta corporación reconoce la importancia del derecho de acceso a los servicios de salud reproductiva como una medida de protección de los derechos reproductivos, los cuales están íntimamente relacionados con la autodeterminación reproductiva como el reconocimiento, respeto y garantía de decidir libremente la posibilidad de procrear o no, así

como el acceso a servicios de salud y a la información de estos, circunstancias que serán abordadas más adelante. (Corte Constitucional, 2020)

Valga añadir que los anteriores derechos se relacionan con el derecho a la igualdad y en palabras de la Corte Constitucional

Toda vez que supone que todas las personas, incluso las que disponen de menores recursos económicos, cuenten con oportunidades básicas de acceder a procedimientos médicos que tradicionalmente se han considerado como reservados para aquellos que gozan de mayor capacidad económica. En efecto, no escapa a la atención de la Sala que existen estereotipos en torno a los tratamientos de reproducción asistida pues, debido a su alto costo, algunos sectores han sostenido que únicamente debe tener acceso a ellos el segmento más adinerado de la población. En el mismo sentido, es claro que la denegación de su acceso tiene un impacto mayor en las mujeres en lo relativo a la fertilización *in vitro*, por ser en ellas en quienes recae dicho procedimiento y quienes soportan los estereotipos derivados de la asociación entre la maternidad y el sexo femenino (Corte Constitucional, SU074-2020)

7.3 El alquiler de vientres o maternidad subrogada.

Como ha sido abordado, en la procreación tradicional se configuraba en una misma mujer tanto el aporte del material genético el cual era fecundado dentro de su propio útero y en virtud de ello se encuentra la regla del derecho romano la cual determina la maternidad por el hecho del parto, circunstancia que encuentra fundamento en la legislación colombiana en el artículo 48 del Decreto 1260 de 1970.

Empero, en virtud del fracaso de la fecundación coital para la conformación de la familia, la fecundación *in vitro*, y el alquiler de vientres, se convierten en una técnica utilizada para

facilitar la consecución de un embarazo, convirtiéndose en la única alternativa para materializar el deseo de la maternidad compartiendo lazos consanguíneos y biológicos y como parte del proyecto de vida de cada persona. (Cañaverl & Serna, 2015)

Con el propósito de definir el alquiler de vientres y diferenciarlo de la maternidad subrogada es oportuno mencionar que la gestación por sustitución tiene sus antecedentes en la antigüedad y en como las mujeres frente a la frustración por la incapacidad de tener hijos, acuden a otras para tenerlos.

Tal es el caso de Sarah y Abraham del Antiguo Testamento, y aunque se presenta como una gestación por sustitución encaminada a solucionar la incapacidad de la mujer de tener los propios, atendía a los intereses del hombre de tener descendencia si su mujer tenía impedimento. (Lamm, 2013, pág. 19)

Existió un hecho documentado en 1976 que se consideró como el primer acuerdo de gestación por sustitución en la *Surrogate Family Service Inc* de acuerdo con Lamm (2013), pero de ello es oportuno resaltar que en estos primeros casos la gestante también aportaba sus gametos y debido a que solo se hacía uso de la inseminación artificial por cuanto la fecundación *in vitro* apareció solo para 1978, por medio de la cual se abrió la posibilidad de usar los óvulos de otra en la gestante. (pág 20)

En tan sentido, Awad & Narvaez (2001), definen el alquiler de vientre como 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 atención a una deficiencia reproductora. (pág. 25)

En otras palabras Roksandic (2012) define la gestación por vientre subrogado desde dos aspectos, ya sea como subrogación completa o gestacional al no tener la mujer que preste su vientre vinculo genetico con el bebe, o maternidad parcial o tradicional cuando aquella si lo tiene.

Por otra parte Lamm (2013) citando a Brazier (1998), define a la gestación por sustitución como “la practica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otras eprsonas como resultado de un acuerdo, previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esas personas despues de nacer” (pág. 23)

La misma autora citando a Gómez (1994) señala que para este:

se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero al 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 en favor de otra mujer que figurara como madre de este (pág. 23)

Con todo, es oportuno conocer la uniforme terminología del derecho comparado de acuerdo con Lamm (2013) así:

- a) Entre los anglosajones (...) se encuentra generalizado el empleo del término *surrogate mother*, y en general a la figura se le llama *surrogacy*.
- b) En Francia se utilizan indistintamente las expresiones *mère de substitutipn*, *mère porteuse*, *gestation pour autrui*, *mère de remplacement* y *prétd'uterus*.
- c) En Italia se emplea *affitto di útero*, así como también la expresión *locazione di útero*.
- d) En Alemania se designa con la expresión *Leihmutter*

- e) En España la ley hace referencia a la *gestación por sustitución*, aunque los términos empleados mas frecuentes son los de *maternidad subrogada*, *vientre de alquiler*, *madres suplentes*, *madres portadoras* y *madres gestantes*.
- f) En México, el Código Civil de Coahuila habla de *maternidad subrogada*, y el Código Civil de Tabasco distingue entre *maternidad subrogada* y *maternidad gestante sustituta*, según el gestante aporte o no material genético (...) (pág. 25)

De acuerdo con lo anterior es importante aclarar que, conforme con la misma definición de subrogar de la Real Academia Española, podemos definir que las definiciones dadas parten de que la gestante aporta tanto el material genético como su vientre para el proceso de gestación, y en el caso del alquiler aparentemente se diría que solo se presta el vientre, más cuando la gestante no es la madre y el término “maternidad” de “maternidad subrogada” no sería el más adecuado.

Ya se estudió como la maternidad lleva de por si un significado más allá del parto y se asocia al querer prolongado antes y después del advenimiento del hijo. (Lamm, 2013)

De conformidad con lo anterior, mediante la Sentencia T 968 del dieciocho (18) de diciembre de dos mil nueve (2009) la Corte Constitucional definió el alquiler de vientres 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. (Corte Constitucional, T-968 - 2009)

En consecuencia, de lo anterior, entiende la Corte Constitucional, a pesar de no existir legislación al respecto, que la mujer que gesta y da a luz no es la misma que aporta sus óvulos

en esta práctica de alquiler de vientres, y que en comparación con las otras técnicas de reproducción:

La ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios 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 espermatozoides del padre. (Corte Constitucional, T-968 -2009)

Si bien es cierto no existe prohibición expresa para la realización de esta práctica, la Corte Constitucional señaló que el alquiler de vientres se encuentra legitimada jurídicamente, de conformidad al artículo 42 constitucional, en atención a que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.” y esto guarda relación con la autodeterminación reproductiva como un derecho reproductivo de los individuos asociado al querer conformar una familia responsablemente.

En efecto, la utilización de esta práctica contribuye al surgimiento de nuevas formas de familiares aparte de “las familias de crianza, las familias monoparentales, conformadas por un solo progenitor y sus hijos y las familias ensambladas” (Baccino, s.f., p. 57).

Por añadidura, la Corte Constitucional precisó que para el ejercicio de la práctica es importante tener en cuenta que 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. (Corte Constitucional., T-968 - 2009)

Así mismo señalo la alta corporación que la mujer que facilita el vientre no debe tener un fin lucrativo, siendo mayor de edad, con salud psicofísica y con la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo.

Al respecto, es importante mencionar la teoría denominada como subrogación altruista, la cual consiste en que la mujer que facilita su vientre no obtiene a cambio un beneficio económico y debe tener más bien una filantrópica o generosa lo que genera aceptabilidad en los padres intencionales. (Perasso, 2018).

Adicionalmente, de acuerdo con Andina (2002), destáquese como respecto de la obligación de sometimiento de exámenes durante el embarazo resaltada por la Corte Constitucional, o conocido como diagnostico prenatal, es relevante que se detecten y traten las complicaciones de forma oportuna y eficaz, generándose otro asunto que no es objeto de esta investigación pero que genera un interrogante sobre la titularidad para autorizar dichos diagnósticos en este ejercicio de alquiler de vientres.

Por otra parte, la Corte Constitucional no se profundiza, pero si se refiere sobre la importancia de la preservación de la identidad de las partes que acuden a la practica una vez en consentimiento informado por parte de la mujer que facilitó el vientre a quien se le implanto el material reproductor o gametos, circunstancia que implica que no pueda retractarse de la entrega del bebé. (Corte Constitucional, T-968 - 2009)

Sobre este asunto, es oportuno anotar que el anonimato en el ejericcio de las prácticas, puede contraponerse al derecho a conocer el origen genético, al presentarse una injusta

discriminación frente a estas personas de conocer su origen por razones médicas y que podría ser una flagrante violación al derecho de igualdad según Diver (2014).

Lo anterior por que el derecho a conocer los orígenes ha sido asociado al derecho humano de la identidad. (Muñoz, R. & Vittola, L. 2017). Definiéndose la palabra identidad ya sea como el conjunto de rasgos propios de un individuo o como el de una colectividad que los caracterizan frente a los demás. (Benavente, 2013)

De lo anterior se desprende como ya ha sido mencionado, como el ejercicio de la práctica del alquiler de vientres por fecundación *in vitro* permite el desarrollo de los derechos reproductivos de las mujeres que no pueden o no quieren gestar sus propios hijos, ligados estos al derecho a tener una familia, a la igualdad y a la dignidad por el proyecto de vida y la conformación familiar sin discriminación por razones económicas, culturales, entre otras.

7.3.1. El alquiler de vientres por fecundación *in vitro* como ejercicio de los derechos a la salud sexual y reproductiva y el goce de los beneficios del progreso científico y tecnológico.

Según la Corte Constitucional, los derechos reproductivos se encuentran consagrados en los 16 y 42 de la Constitución Política de Colombia al garantizarse el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos, derecho igualmente amparado así:

En normas internacionales de carácter vinculante como los artículos 10 y 12 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer - CEDAW, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1 y 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 y 17 de

la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, su importancia ha sido resaltada en documentos como la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing relativa a los Derechos de las Mujeres. (Corte Constitucional, SU074-2020)

Como fue mencionado en oportunidad anterior, si bien es cierto, la Corte Constitucional negaba el acceso a las mujeres que acudían a las EPS para realizar la práctica de fertilización *in vitro*, ahora se reconoce la importancia de los derechos reproductivos asociado al derecho de acceso a los servicios de salud reproductiva más cuando son aquellos los que permiten el ejercicio de la autodeterminación reproductiva.

Respecto a ello, se ha definido la autodeterminación reproductiva como aquella que supone que “las personas estén libres respecto de cualquier interferencia en la toma de decisiones reproductivas” derecho que es vulnerado o cuando se presentan situaciones de discriminación o violencia por *embarazos, abortos o métodos de anticoncepción forzados* y cuando no se garantizan los medios para adoptar decisiones relacionadas con dichos asuntos, sin que se provea información o que esta sea falsa o incorrecta. (Corte Constitucional, SU074-2020)

Adicionalmente, en esta sentencia la Corte señaló cómo este derecho es de carácter personalísimo así: *[l]a decisión [de la mujer] de tener hijos...no debe...estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno*”. (Corte Constitucional, SU074-2020)

Por lo anterior, en palabras de la alta corporación:

(...) los derechos reproductivos, y por lo tanto el ejercicio de la autonomía reproductiva, no sólo comprenden el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), (...) sino también incluyen la garantía al acceso a la educación e información sobre toda la gama de métodos anticonceptivos, el acceso a los mismos, la posibilidad de elegir aquél de su preferencia, la no interferencia en decisiones reproductivas y el

cuidado obstétrico oportuno, de calidad y libre de violencia, entre otros. . (Corte Constitucional, SU074-2020)

Ahora bien, respecto a la protección de los derechos reproductivos y al acceso a los servicios de salud reproductiva, la Corte Constitucional determinó entre otras prerrogativas, la prevención y tratamiento de las enfermedades del sistema reproductivo femenino y masculino, así como el acceso a la tecnología científica para superar la infertilidad y procrear hijos, entre ellos a la fertilización *in vitro*, lo cual encuentra consonancia con un derecho protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Es oportuno mencionar que frente al uso de este procedimiento utilizado en el alquiler de vientres existe un vacío normativo que permite que se desencadenen hechos y decisiones lesivas e irremediables de los derechos fundamentales de los interesados, razón por lo cual la Corte Constitucional señaló en su jurisprudencia que:

La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas. (Corte Constitucional, T968 – 2009)

7.3. La maternidad en el alquiler de vientres

Para este estudio es importante revisarlo de acuerdo con los planteamientos sobre su aceptación o no de la práctica misma (Bernal, 2015)

En principio, y partiendo de una postura de prohibición expresa de la gestación por sustitución se concluye entonces que la maternidad, en cuyo caso se adelante este procedimiento, recaerá en la mujer que hace el trabajo de parto. (Torre., s.f., p. 217)

En efecto se destaca que en España la Ley 14 del 26 de mayo de 2006, por medio de la cual se pretende regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida acreditadas científicamente, así como prevenir y tratar las enfermedades de origen genético, y lo relativo a la utilización de gametos y pre embriones humanos crio conservados, se limitan a indicar que 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. (Lamm, 2013, pág. 26)

Por otra parte, según Bernal (2015), se encuentra en aquella posición en donde no está expresamente prohibida esa práctica, como lo es el caso de Alemania, lugar en donde se rechaza, pero no se sanciona a los implicados, y que no permiten tampoco un estudio sobre la maternidad en el ejercicio de esta práctica, quedando la misma a lo que determine la legislación ordinaria.

Como tercera posición existe la que permite a las personas la realización de este tipo de práctica, siempre y cuando sea sin fines lucrativos, pero respecto a la maternidad existe una decisión legislativa ligada a que la mujer embarazada será considerara la madre del niño a título exclusivo, como en el caso de Canadá, Brasil e Inglaterra. (Bernal, 2015)

Valga profundizar cómo en Inglaterra se encuentra la ley de fertilización humana y embriología del 1° de noviembre de 1990, la cual señala expresamente en su artículo 27 que

la mujer embarazada a pesar de tener implantado un embrión con material genético distinto deberá ser considerada a título exclusivo como la madre del niño, independientemente si la práctica es realizada allá o fuera de su territorio.

Finalmente, en cuyo caso se admita la práctica sin restricciones debe también entenderse la identidad genotípica del embrión con el material genético sumado a la autodeterminación reproductiva consentida con la gestante.

Para ejemplificar, en la India con ocasión a la regulación dada por el Indian Council of Medical Research, se admite el alquiler de vientres y “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, pág.11).

En Ucrania, el Código de Familia en su artículo 123.2, se señala que aquellos nacidos de una gestante son hijos de los padres que aportaron material genético impidiendo que la gestante reclame su filiación como consecuencia del consentimiento otorgado. (Lamm, 2013)

Por otra parte, en Rusia existe 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 de acuerdo con los artículos 51 y 52 del Código de Familia Ruso destacándose la necesidad “que la gestante otorgue su consentimiento para que los comitentes sean inscritos como los padres del nacido” (Lamm, 2013)

Es el mismo caso el de Grecia e Israel, en donde la práctica se regula con las leyes 3089 de 2002, 3305 de 2005, y Ley 5756 de 1996, siendo los padres aquellos quienes acudieron al alquiler por presunción en el país griego, o a partir de la existencia de autorización judicial que establezca la maternidad legal como en Israel.

En latitudes más cercanas se encuentra el Estado de Sinaloa en México en donde fue promulgado el 6 de febrero de 2013 el Código Familiar mediante el Decreto 742, incorporándose esta práctica con la posibilidad de que fuera con fines económicos y en cuyo caso desde la fecundación el bebe que nace será hijo de los que aportaron su material genético. (Lamm, 2013)

Por otra parte, en Argentina con la entrada en vigor el 1 de agosto de 2015 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina se establece como principio general la maternidad determinada por la inscripción hecha con el certificado del médico o agente de salud que atiende a la mujer en el parto, sin perjuicio de la norma transitoria por medio de la cual se indicó que aquellos nacidos antes de la entrada en vigor del Código y a partir de técnicas de reproducción humana asistida:

Son hijos de quien dió 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 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)

Adicionalmente, hay que destacar el artículo 560 del Código en mención el cual señala 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, reconociendo legalmente la voluntad pro creacional en su artículo 562.

Con todo lo anterior al comprender la maternidad como una construcción determinada no solo por su producción biológica sino por los planos subjetivo y objetivos, para el caso en concreto se evidencia que existen dos mujeres que pueden ser las madres del bebe que nace de esta práctica a saber, la mujer que aporta su óvulo y la mujer capaz de portar el embrión fecundado en su vientre y para el caso Colombiano es prudente que ligada a la autodeterminación reproductiva como la decisión de tener hijos, la maternidad en estas prácticas ser determine por dicha decisión voluntaria superando las presunciones basadas en el hecho biológico del parto o el aporte anónimo o no de un ovulo para fecundar.

7.4. Conclusiones preliminares.

El alquiler de vientres por fecundación *in vitro* como técnica de reproducción humana asistida, en sí misma tiene como fin el lograr la concepción y nacimiento de un bebé fruto de la motivación de ser padre o madre por parte de un individuo, razón por la que el acceso a la práctica y a los tratamientos de fertilidad como de alta complejidad, debe guardar consonancia con el proyecto vida de las personas con infertilidad, y permitir el desarrollo de sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad en relación al alto costo de los tratamientos, a la salud respecto al propio bienestar psicológico y reproductivo, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a la procreación y a poder conformar una familia.

Ahora bien, en los casos de alquiler de vientres por fecundación *in vitro*, existen dos mujeres que pueden experimentar el significado de maternidad, sin embargo, el hecho de que madre

es la que hace trabajo de parto por un tema biológico y por no ser la que aportó el óvulo o tuvo la autodeterminación de ser madre, enfrenta hoy los conceptos y es así como la maternidad puede recaer en la donante o en la gestante.

Para Colombia si bien es cierto no existe prohibición expresa para la realización de esta práctica, la Corte Constitucional ya señaló que el alquiler de vientres se encuentra legitimado jurídicamente conforme al artículo 42 constitucional, sin embargo, el acudir a ella no debe ser solo demostrando la existencia de problemas fisiológicos para concebir sino también procurar cobijar a esos individuos que tienen la autodeterminación de no querer transmitir alguna enfermedad congénita.

Por añadidura es relevante la existencia del consentimiento informado por parte de la mujer que facilitó el vientre a quien se le implanto el material reproductor o gametos, ya que se garantiza libremente el ejercicio de la práctica del alquiler de vientres por fecundación *in vitro* protegiéndolos derechos reproductivos de las mujeres que no pueden o no quieren gestar sus propios hijos sin discriminación por razones biológicas, económicas, culturales, entre otras.

La existencia de un vacío normativo no puede permitir la creación de circunstancias lesivas e irremediables de las partes involucradas en este procedimiento y es por ello por lo que comprender la maternidad desde un sentido más amplio en este tipo de prácticas permitirá empezar a reflexionar sobre la autodeterminación reproductiva como determinadora de la maternidad consentida superando el hecho biológico del parto o el aporte anónimo o no de un óvulo para fecundar como antes fue adoptado por el derecho.

Capítulo III: Realidades del ejercicio del alquiler de vientres a la luz de las causales de impugnación de la maternidad.

8.1. La filiación en el alquiler de vientres

Definido el alquiler de vientres como se abordó en el capítulo anterior, es importante reflexionar sobre el estado de la filiación en estas prácticas utilizadas por los individuos que tienen alguna dificultad para procrear en atención a infertilidad.

Al respecto, si bien es cierto el Código Civil colombiano no define puntualmente lo que es la filiación, jurisprudencialmente la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia se han encargado de conceptualizarla como aquel vínculo jurídico que une a padres e hijos y que generan circunstancias jurídicas tales como el estado civil, la personería jurídica entre otros.

Es así como de acuerdo con la Corte Constitucional

La filiación es el derecho que tiene todo individuo al reconocimiento de su personalidad jurídica y conlleva atributos inherentes a su condición humana como el estado civil, la relación de patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias, nacionalidad, entre otros. Además, a través de la protección del derecho a la filiación se concreta el contenido de otras garantías superiores como tener una familia, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana (Corte Constitucional, T207- 2017)

Ahora bien, respecto a la personalidad jurídica, es oportuno mencionar lo indicado por la alta corporación en Sentencia C-004 de 1998, citada en la sentencia T-1342 de 2001 así:

(...) dicho artículo no sólo se refiere a la posibilidad de actuar en el mundo jurídico, sino de poseer ciertos atributos que constituyen la esencia de la personalidad jurídica y aquellos que marcan la individualidad de la persona como sujeto de derecho. Estos

últimos, son aquellos atributos de la personalidad, dentro de los cuales claramente se encuentra el estado civil de un individuo, el cual depende, –entre otras– de la relación de filiación (Corte Constitucional, T1342- 2001)

Conforme con lo anterior, el vínculo de filiación

El derecho a la filiación está integrado por un conjunto normativo que regula la determinación, establecimiento o emplazamiento de la relación paterno-materna filial, así como la modificación y extinción de tales relaciones. En dicho marco normativo se encuentran los procesos legales de determinación de la filiación, tal y como lo son la investigación y la impugnación de la paternidad y la maternidad. (Corte Constitucional, C258- 2015)

Como se mencionó en oportunidad anterior, el artículo 213 del Código Civil señala que los hijos pueden haber sido concebidos durante el matrimonio o la unión marital de hecho y en consecuencias de eso tendrán por padres a los cónyuges o compañeros permanentes en virtud de la presunción.

De igual forma, los mismos puede ser procreados por fuera de dichas instituciones o ser hijos adoptivos, sin embargo, para desvirtuar la presunción el cónyuge o el compañero permanente pueden demostrar por cualquier medio que no es el padre en un proceso de impugnación de la paternidad como se estudió anteriormente (Corte Constitucional, T207-2017)

En esta misma línea, es conveniente destacar el interés superior del niño nacido de esta práctica y en quien recaen también estos derechos de filiación, ante lo cual la Corte Constitucional se pronuncio indicando que

(...) a efectos de asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, niñas y adolescentes desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y

ético, así como la plena evolución de su personalidad, las autoridades públicas deben garantizar las condiciones para su pleno ejercicio y protegerlo frente a riesgos prohibidos, abusos y arbitrariedades que constituyan condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico. En ese sentido, solo razones poderosas pueden justificar la intervención de Estado en las relaciones paternofiliales. Deben existir motivos de fuerza que justifiquen medidas que tengan como efecto separar a los menores de edad de su familia. (Corte Constitucional, T207-2017)

Con esto, conforme a la aceptación o no del ejercicio de la práctica de alquiler de vientres por fecundación *in vitro* es oportuno revisar las circunstancias del parto y otras, como razón de ser de la filiación y respecto de la mujer.

8.1.1. Filiación derivada del parto

A modo de ejemplo, Lamm (2013) señala que en Inglaterra, país en donde la práctica es permitida, existe pronunciamiento respecto a la filiación del niño conforme al Acta de 1985 "*Surrogac Arrangement*" Chapter 49, señalándose que al existir un acuerdo anterior a la gestación del niño la entrega debe ser con los derechos parentales sobre este, sin embargo, como se mencionó en el capítulo anterior, será la a mujer embarazada la madre del niño y en consecuencia de ellos la filiación se establecerá para con ella y no para con la mujer que acudió a ella y aportó su óvulo.

En un modo similar se encuentra el descrito en el artículo 8 de la Ley 14 del 26 de mayo de 2006 en España, el cual señala que ni la mujer progenitora, ni su marido, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de la fecundación hecha en la mujer, más cuando se encuentra de por medio un consentimiento previo y expreso en donde consta la fecundación con contribución de donantes.

Lo anterior significa que para el legislador español es indudable la existencia de un documento extendido ante el centro o servicio encargado del registro civil, donde se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, quedando a disposición de este último la posible reclamación judicial. (Lamm, 2013)

Sin embargo, sea oportuno recordar que en España la filiación de los hijos nacidos por este tipo de práctica será determinada con ocasión al parto, ello sin perjuicio de la reclamación de paternidad respecto del padre biológico.

Para el caso colombiano, como se vió, aplicando la presunción del artículo 213 del Código Civil colombiano, es necesaria la presencia de la maternidad asociada al estar casada o en unión marital de hecho la mujer que ha dado a luz a un ser humano.

Encima se tendrá por probado lo anterior con el acta de nacimiento en la cual el medico indica quien es la madre -mujer ha ocasionado el parto, así como el registro civil de matrimonio o prueba de la existencia de la unión marital de hecho.

Con todo, el hijo tendrá por padres a los cónyuges o compañeros permanentes revelándose la filiación materna como la paterna.

De acuerdo con lo anterior, es evidente cómo los anteriores presupuestos presentan una contrariedad con el caso en concreto ya que, si la mujer que alquila el vientre sin aportar su material genético se encuentra casada o en unión marital de hecho, se le aplicará a ella como para su esposo o compañero la presunción de ley, y para aquellos que no tenían la intención de tener al bebé, se les determinará ese vínculo con el niño en razón a una presunción, admitiendo prueba en contrario.

Ahora bien, si la mujer que acudió al alquiler de vientre se encuentra casada o en unión marital de hecho, y fue su marido o compañero el que aportó el material genético y es el

padre, hasta que punto es posible extender la presunción del artículo 213 del Código Civil del hombre – padre, a la mujer -madre, mas cuando fue ella la que aportó su material genético.

Por el contrario, si la mujer que alquila el vientre o la que aporta su óvulo y busca el alquiler no están ni casada ni en unión marital de hecho, será oportuno reflexionar sobre las otras formas existentes para establecer la filiación.

8 1.2. Filiación genotípica y procreacional.

Como había sido abordado anteriormente, fuera de los vínculos matrimoniales o de las uniones maritales, para establecer la filiación será posible acudir a un reconocimiento voluntario siendo este un acto jurídicamente voluntario y expreso caracterizado por la manifestación explícita de aquel que tenga la intención unilateral y sin tener que acudir a un estrado judicial.

Dicho reconocimiento voluntario encuentra fundamento en el caso de estudio, en razón a que en cuyo caso “cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. Prevalece la paternidad consentida y querida, por sobre la genética.” (Lamm, 2012)

Lo anterior por que, de acuerdo con Lamm (2012), “se está ante nuevas realidades que importan una "desbiologización y/o desgenetización de la filiación", y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de "parentalidad voluntaria" o "voluntad procreacional".

De acuerdo con Varsi (2017), en la fecundación asistida la voluntad tiene un papel fundamental y como una causa eficiente que da origen al ser mas allá del mismo acto de procrear y es cuando el tipo filiación pierde fuerza. (pág. 12)

En general, es evidente como se distingue entre las diferentes formas de filiación en Colombia, que atribuyen la maternidad y paternidad a hechos biológicos sobre la base del matrimonio o de unión marital de hecho, por la prueba genética o por la adopción, sin embargo, para el caso de las TRHA en general, estas distinciones no solucionan el conflicto con su uso y es oportuno acudir al reconocimiento voluntario y a la intención de ello.

Lo anterior como quiera que a pesar de que la presunción de la maternidad y paternidad matrimonial o de la unión marital de hecho, determina la filiación asegurando la identidad personal en referencia con un hecho biológico como lo es el parto de una esposa o compañera permanente que alquiló su vientre, la realidad biológica es otra y se podría acudir a la presunción, pero predicada de aquella mujer que aportó su material genético y es pareja del esposo o compañera del padre del bebe.

Con todo, las TRA provocan la disociación del elemento genético, biológico y volitivo siendo prudente darle una mayor relevancia al decisivo en la determinación de la filiación, mas en caso en donde se esta dando prevalencia mas a un hecho biológico que a el elemento genético por ser aquel la materialización de la autodeterminación reproductiva.

Con lo anterior, admitiendo la filiación genotípica del feto para el caso de alquiler de vientres por fecundación *in vitro*, existen algunas circunstancias relativas al consentimiento dado por los intervinientes en la práctica que es oportuno mencionar:

Ya se hacía alusión a como en la India, Ucrania, Rusia y Grecia la practica de alquiler de vientres es permitida y respecto a la determinación de la filiación “la identidad, la ciudadanía y el lugar socialmente asignado para el feto subrogado depende de la filiación genotípica que otorgan los gametos” hablándose de un certificado de nacimiento expedido a nombre de los padres genéticos o comitentes que demuestran su vínculo genético con el bebé. (Bernal, 2015, pág. 11).

De igual manera ocurre en Perú, en donde la Corte resolvió por sentencia de casación 563 de 2021 un caso de maternidad subrogada así:

(...) de acuerdo con el interés superior de la niña, la misma estaría mejor con ellos (demandante y recurrentes) por la intención que mostraron de ser padres. A diferencia de ellos, quienes formaban la pareja demandada en ningún momento tuvieron la intención de ser padres, pero sí de obtener una ventaja económica. (Rospigliosi, 2017)

Para el caso colombiano, es oportuno recalcar que se ha pretendido legislar sobre el asunto de maternidad subrogada y en lo atinente a la filiación, en la práctica se encuentra el texto del proyecto de Ley 026 de 2016, el cual buscaba reglamentar este hecho e hizo referencia a un consentimiento libre e informado de la mujer gestante que debía ceder su filiación derivada de la maternidad y renunciar a los derechos sobre el recién nacido. Sin embargo, esta iniciativa fue negada en Plenaria del Senado y archivada el 18 de septiembre de 2017 en virtud de conflictos de orden legislativo. (República de Colombia, 2017)

En la actualidad no hay legislación relativa a la práctica de alquiler de vientres, y menos sobre la filiación derivada de estas prácticas; sin embargo, la Ley 1953 de 2019 por medio de la cual se busca establecer los parámetros de salud reproductiva, representa un avance en el asunto y se encamina a la protección a las personas con problemas de infertilidad.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el reconocimiento voluntario como una forma de establecer la filiación en los casos de alquiler de vientres por fecundación *in vitro* debe comportar la autodeterminación reproductiva manifestada en dicho consentimiento, el cual como se advirtió, en contraposición con las demás formas de determinar la misma, no genera dificultades para el ejercicio del derecho a la maternidad, como quiera que la que aportó su óvulo y tiene la intención de crear la vida, como elemento de la procreación más allá del

encuentro sexual como ha sido abordado, será la madre y figurará como tal (Iturburu, Salituri, & Vazquez, 2017)

8.2. Acciones para determinar la filiación en el ejercicio del alquiler de vientres.

Se ha estudiado cómo la presunción de la filiación y la falta de regulación sobre la filiación genotípica puede motivar a que las mujeres que acuden al alquiler de vientres por fecundación *in vitro* deban probar contrariamente la presunción de la filiación, acudiendo a los mecanismos judiciales para el efecto; en este caso se trata de la impugnación de la maternidad, situación que será estudiada acto seguido.

8.2.1. La impugnación en el alquiler de vientres

En España, en donde la práctica de alquiler de vientres es prohibida, la Dirección General de Registros y Notariado señala que:

basándose en el interés superior del menor, ordena, sin prejuzgar la cuestión de fondo – la filiación–, la inscripción en el Registro Civil español de los españoles nacidos en el extranjero mediante esta técnica, siempre y cuando exista una decisión judicial extranjera que determine dicha filiación. (Méndez, 2012-2013, pág. 5)

En Colombia, en donde la práctica no es prohibida ni permitida expresamente, es a través del proceso de impugnación de la maternidad, de acuerdo con la Sentencia T 381 del 2013, que se materializa la oportunidad de refutar la relación filial que fue reconocida por presunción de ley.

Adicionalmente destáquese cómo para desvirtuar la partida que acredita la filiación materna la única forma es la acción de impugnación para obtener judicialmente la declaración de que

aquél no nació biológicamente de la madre, a quien se le atribuye falsamente el parto (Parra Benítez 2019, pág. 522)

Así el artículo 336 del Código Civil Colombiano regula lo referente a la impugnación de la maternidad, como ya se expresó, con anterioridad y a efectos de declarar que un individuo no nació de la mujer que se señala como su madre, probando las causales taxativas.

Al respecto, ya se expresó cómo en el caso de alquiler de vientres por fecundación *in vitro*, al buscar establecer la filiación materna por las causales que permiten debatir aquella, las mismas impiden establecer el vínculo jurídico, ya que al querer demandar a la mujer que aparece como madre por hacer trabajo de parto y en virtud de una presunción, es claro que aquellas causales no se configuran porque la gestante no fingió el parto y tampoco suplantó el bebé para hacerlo pasar por suyo, como quiera que lo que ocurrió fue un alquiler de vientre con donación de óvulo fecundado, evidenciándose como las causales contienen en sí la presunción de “*mater semper certa est*”.

A pesar de lo anterior, es oportuno mencionar como a raíz del ejercicio de esta práctica, los jueces de familia de Bogotá D.C., en la actualidad se encuentran conociendo de acciones de impugnación de la maternidad cuyo elemento distintivo es el alquiler de vientres, destacándose dos pronunciamientos a saber de los Jueces 20 y 22 de Familia.

El Juzgado 20 de Familia de Bogotá D.C., se pronunció dentro de un proceso verbal de impugnación de la maternidad el pasado 27 de mayo de 2020, resolviendo como problema jurídico si:

¿Es constitucional y legalmente admisible impugnar la maternidad frente a la madre gestante o subrogada, y por esta vía, destruir la filiación surgida del hecho del parto, sin

que la condición de progenitora se asigne a otra persona, por tratarse de fecundación con ovulo de donante anónimo? (Juzgado Veinte (20) de Familia de Bogotá D.C., 2020)

Después de estudiar la filiación y el alquiler de vientres procede el juez a indicar que

existe otra fuente de filiación distinta de la biológica y la adoptiva, que es la derivada del acto voluntario o consentido con fines procreativos, de suerte que a la hora de establecer judicialmente la paternidad o la maternidad, no sólo debe buscarse la verdad genética o la biológica, sino también la derivada del acto de voluntad (Juzgado Veinte (20) de Familia de Bogotá D.C., 2020)

Ahora bien, respecto a las causales de impugnación señala el juez que

En cualquiera de los casos analizados, por falso parto o suplantación del hijo, el debate debe resolverse con apoyo en la prueba científica, de modo que permita desacreditar el vínculo genético entre el supuesto hijo o hija y la supuesta madre para desplazar la maternidad y fijarla en la verdadera. Cuandoquiera que no fuere posible la práctica de este medio de prueba, deberá acudir a las demás que sustenten la falsedad o suplantación.

Así mismo señaló que “si bien, el art. 335 del C.C., no consagra la posibilidad de impugnación de la falsa maternidad por el hijo, bajo el amparo de los postulados constitucionales, debe reconocerse que este derecho no le puede ser cercenado.” (Juzgado Veinte (20) de Familia de Bogotá D.C., 2020)

En virtud de las anteriores reflexiones, el Juez resolvió que la menor involucrada en el asunto no era hija de la mujer a quien le alquiló el vientre el accionante, fundamentándose en el cumplimiento de las subreglas establecidas por sentencia T-968 de 2009, así como en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la decisión responsable de procrear mediante

maternidad subrogada, el resultado excluyente de la prueba de ADN y el hecho de que “dentro de límites razonables y en la medida de lo posible, toda persona tiene derecho a acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda a su filiación real” (Corte Constitucional, C109 – 1995)

En palabras del juez,

la señora no fue aportante de material genético (no es madre por el hecho natural de la procreación) y tampoco existió en ella “voluntad generacional” para el uso de la técnica de fecundación *in vitro* (no es madre por acto jurídico), pues siempre tuvo claro que su intervención tenía el único fin de asegurar la realización de los derechos reproductivos del ahora demandante. Por tanto, la incorporación de su nombre en el registro civil como madre (...) no corresponde ni a la verdad biológica, ni a la jurídica, por lo que, entre ellas, no existe causa legal para el establecimiento de una verdadera filiación. (Juzgado Veinte (20) de Familia de Bogotá D.C., 2020)

En los mismos términos se pronunció el Juez 22 de Familia de Bogotá en un caso de impugnación de la maternidad por fecundación *in vitro* con óvulos de donante anónima y espermatozoides pertenecientes al demandante, fundamentando no solamente en el allanamiento de la demandada a las pretensiones sino también por el resultado de la prueba de ADN que arrojó la incompatibilidad de la maternidad. (Juzgado Veintidós (22) de Familia de Bogotá D.C., 2019)

8.3. Conclusiones preliminares.

La filiación entendida como un derecho que tiene los individuos para el reconocimiento de su personalidad jurídica, conforme al Código Civil se determina matrimonial o extramatrimonialmente si el hijo nace dentro de esas instituciones y teniendo por padres a los

cónyuges o compañeros permanentes en virtud de una presunción, pudiendo desvirtuar la presunción por medio del proceso de impugnación.

Ahora en el caso del alquiler de vientres por fecundación *in vitro*, si la mujer que alquiló su vientre quiere quedarse con el bebé podrá en virtud de la presunción si esta casada o en unión marital de hecho, admitiendo prueba en contrario y por el hecho biológico del parto. Sin embargo, si la mujer que aporta su material genético se encuentra casada o en unión marital de hecho, también le será admisible aplicar a ella la presunción por ser su esposo o compañero el que aportó el material genético y más por tener la intención de procrearlo.

Sin embargo, si se busca impugnar la filiación en la mujer que alquiló el vientre, las causales del artículo 335 del Código Civil, tal y como están consagradas impiden establecer el vínculo jurídico, ya que la gestante no fingió el parto y tampoco suplantó el bebé, razón por la cual es correcto afirmar que las mismas están fundamentadas en el aforismo “*mater semper certa est*”.

A pesar de lo anterior, superando la causalidad si el debate se resuelve por una prueba científica que desacredita el vínculo genético entre el supuesto hijo o hija y la supuesta madre para desplazar la maternidad y fijarla en la verdadera, más cuando toda persona tiene derecho de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda a su filiación real.

Ahora bien, si la mujer que alquila el vientre no está ni casada ni en unión marital de hecho, podría acudir a la voluntad como un elemento fundamental en el uso de las TRHA, más cuando en la actualidad no hay legislación relativa a la práctica de alquiler de vientres, y menos sobre la filiación surgida de dichas técnicas. En consecuencia, el reconocimiento voluntario como una forma de establecer la filiación en los casos de alquiler de vientres por fecundación *in vitro* incluye autodeterminación reproductiva y la voluntad manifestada en un consentimiento, superando la procreación más allá del encuentro sexual.

Es así como existe otra fuente de filiación derivada del acto voluntario o consentido, no sólo buscando la verdad genética o la biológica, sino también la derivada del acto de voluntad por el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la decisión responsable de procrear.

Ahora, en los pronunciamientos se materializa lo aquí estudiado, aunque respecto del hombre que aporta su material genético y no de la mujer; empero es claro que la incorporación del nombre de una mujer que hace trabajo de parto en el registro civil como madre no corresponde ni a la verdad biológica, ni a la jurídica siendo inexistente la causa legal para el establecimiento de una verdadera filiación,

De lo anterior conviene destacar el interés superior del niño nacido, más porque de la intención de procrearlo se asegura el desarrollo armónico, integral, normal y sano de aquél y se evita justifiquen desproporcionalmente el separar a los menores de sus padres biológicos.

Capítulo IV: Garantía de la filiación jurídica en los casos de alquiler de vientres por fecundación *in vitro*.

Respecto a las alternativas jurídicas a las que pueden acudir las mujeres que buscan el alquiler de vientre por fecundación *in vitro* diferentes a la impugnación de la maternidad para que recaiga en ellas la maternidad, será oportuno revisar si la adopción es una ruta adecuada para tal fin, analizando también la necesidad de excluir la presunción “*mater semper certa est*” de las causales de impugnación de la maternidad, la importancia de procurar asociar el alquiler de vientres a la donación de componentes anatómicos y cómo la autodeterminación reproductiva materializada en un consentimiento en estas prácticas puede ser el mecanismo alternativo que garantice la protección del derecho a la maternidad derivada de la relación filial en estas prácticas.

9.1. La inviabilidad de la adopción como garantía de filiación en estos casos.

De acuerdo con el artículo 61 del 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 paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza (Congreso de la República de Colombia, 2006)

Según Varsi (2013):

La adopción genera el estado de familia paterno materno filial adoptivo del cual, y al margen del tipo de procedimiento empleado (judicial, notarial, administrativo), el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea y entra a ser parte de su familia legal (pág. 29)

Respecto a esta institución, la Corte Constitucional ha concluido la modificación del sistema jurídico, conllevando a una derogatoria orgánica del artículo 50 del Código Civil como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 1098 de 2006, extinguiendo el parentesco de consanguinidad del adoptado en todas sus líneas y grados -salvo el impedimento legal para contraer matrimonio-, con respecto a sus padres biológicos, que fueron quienes lo concibieron. (Corte Constitucional, C-336 - 2016)

De acuerdo con Awad & Narváz (2001) el parentesco civil se le asocia con el concepto de filiación por adopción, al establecerse una relación filial entre las personas que no la tienen por naturaleza.

Lo anterior surge como consecuencia de un procedimiento jurídico-administrativo que se realiza para determinar cuál era la mejor alternativa para un niño o niña, en orden a conseguir la protección de sus derechos.

En virtud de este procedimiento se crea una ficción jurídica al crearse una relación similar a la consanguínea entre el adoptante y el adoptado y para que entonces le sean aplicables esas relaciones paternofiliales que se predicen del parentesco consanguíneo. (Varsi, 2013)

Ahora bien, en relación con la filiación derivada del uso de las TRHA y la surgida de la adopción, se ha indicado que en el alquiler de vientres la voluntad de los padres es manifestada antes de la gestación a través de la manifestación del consentimiento, mientras que en adopción, la manifestación de la voluntad se expresa con posterioridad a su nacimiento y si existir, salvo los casos de adopción determinada a parientes, vínculo biológico alguno. (Juzgado Veinte (20) de Familia de Bogotá D.C., 2020)

En razón a lo anterior, es que el proceso de adopción resulta inviable jurídicamente para determinar la maternidad de la mujer que aportó su óvulo en el alquiler de vientres por fecundación *in vitro*, no sólo en razón a que sí existe un vínculo biológico en virtud del material genético aportado, sino también por la manifestación e intención de procreación en ejercicio del derecho reproductivo de la autodeterminación reproductiva que ha sido ya estudiado anteriormente.

9.2. Exclusión del principio romano de “*mater semper certa est*” que determina las causales de impugnación.

El artículo 335 del Código Civil señala que se deberá probar el falso parto o la suplantación del pretendido hijo cuando se busca romper la relación filial con la mujer que aparece como madre en el registro civil de nacimiento.

Recuérdese como cuando una mujer es soltera o casada y daba a luz a un hijo que muere al poco tiempo, este era remplazado por otro; o cuando ese hijo se criaba en otro lugar y allí se suplanta, la maternidad podrá ser impugnada por la no identidad del hijo.

Ahora, respecto al falso parto se indica que

El falso parto se presenta cuando una mujer pasa como madre de una persona que no dio a luz. Es la manifestación de una realidad fingida que ha sido falseada en su resultado, por lo que la impugnación judicial de maternidad no se interesa en la simulación del embarazo y del parto, sino en su resultado falseado, pues se dirige a develar la verdadera maternidad que está oculta por el acto simulado. (Juzgado Veinte (20) de Familia de Bogotá D.C., 2020)

Sin embargo, tal como ha sido abordado, en el caso de estudio, no es posible acudir a las causales porque en la práctica de alquiler de vientres no se suplanta el bebé, ni tampoco se finge el parto.

Es con lo anterior que se prueba cómo las causales de impugnación de la maternidad se encuentran determinadas por la configuración legislativa de la maternidad desde una perspectiva biológica y por el principio de ser madre la que hace trabajo de parto, discriminándose las demás formas de configuración de la maternidad siendo oportuno la exclusión de este principio de las causales, modificándose las mismas porque estas no consagran la posibilidad de impugnación de la falsa maternidad.

Ahora bien, como se mencionó, debe reconocerse que este derecho no puede ser cercenado porque la causal no es consagrada.

Por lo anterior, es oportuno definir un mecanismo alternativo que garantice la protección del derecho a la maternidad derivada de la relación filial en estas prácticas, ya que la sola prueba de ADN en estos casos puede que bien establezca con la mujer que aportó su óvulo la relación filial, pero cuando lo es de una donante anónima y una mujer con problemas de esterilidad e infertilidad acude a esta práctica en ejercicio de sus derechos reproductivos, vería cercenándose también sus derechos por no tenerse en cuenta su autodeterminación en el consentimiento de la práctica.

Esto guarda coherencia con lo descrito por López & Amado (2014) citando a Álvarez & Burbano (2012) al ser evidente que el principio romano de "*mater semper certa est*" base de las normas de filiación en los países de derecho romano se ha desvirtuado, y es el legislador quien debe precisar cuándo existe el nexo filial entre una madre y un hijo y no con ocasión a la concepción o al nacimiento.

9.3. La titularidad del material genético como determinante en el consentimiento.

La Ley 1953 de 2019 por medio de la cual se buscan establecer los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva, señala que es el Ministerio de Salud y Protección Social el ente encargado de formular la política pública para garantizar el pleno ejercicio de las garantías sexuales y reproductiva de los individuos.

Para lo anterior, señala la norma que la política pública se desarrolla en los componentes investigativo, preventivo, educativo, diagnóstico y de adopción.

El primero de ellos está relacionado con el fomento de la investigación científica sobre las causas de la infertilidad y los tratamientos; el segundo orientado al desarrollo integral de estrategias de promoción y prevención de la infertilidad; el tercero que busca que en la educación sexual y reproductiva se incluya la información sobre infertilidad y su abordaje terapéutico entre otros temas relevantes para la atención integral de la enfermedad.

Los dos últimos componentes están orientados al establecimiento de esquemas de atención, diagnóstico y tratamiento oportuno frente a la patología infertilidad, y el establecimiento de lineamientos sociales y legales que permitan garantizar el derecho a formar una familia a partir de la institución de la adopción a las personas diagnosticadas como infértiles.

(Presidencia de la República, 2019)

De acuerdo con lo anterior, es relevante recalcar lo relacionado con el componente de diagnóstico al momento de que se puedan establecer esquemas de atención para la infertilidad, sumado al establecimiento de lineamientos legales para garantizar el derecho a formar una familia.

Así mismo destáquese cómo en la norma, de forma inconsciente se señala que la garantía para las personas infértiles para formar una familia será la institución de la adopción.

Es por esto último que de acuerdo con el Decreto 1546 de 1998 modificado parcialmente por el Decreto 2493 de 2004, hay que reflexionar sobre las definiciones relativas a la donación de gametos y preembriones que se utilizan en las Unidades de Biomedicina Reproductiva y que contempla las de donante homólogo, donante heterólogo y receptor.

La norma define al donante homólogo como “la persona que aporta sus gametos para ser implantados en su pareja con fines de reproducción”, mientras que el donante heterólogo 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” (Presidente de la República, 1998)

De acuerdo con lo anterior, se evidencia intrínsecamente la titularidad sobre el uso del material genético propio que puede cederse o no y que, a raíz de un consentimiento voluntario, libre y consiente podría dar luz verde para el ejercicio de la práctica de subrogación del vientre con apoyo en esta norma y definiéndose con un alcance mayor el sujeto receptor.

Hay que recordar que la norma en mención se encuentra enfocada en los procedimientos científicos como la inseminación, transferencia de óvulos, preembriones e incluso la crío preservación, el cual sería aplicable al alquiler de vientre por ser también un método para conseguir la maternidad con apoyo de las demás TRHA.

Ahora, si bien es cierto no se extrae ningún componente anatómico de la mujer que gesta, sino que por el contrario se introduce en ella componente extraído, el consentimiento debe estar orientado a ello y será deber del legislador pronunciarse al respecto.

9. 4. La autodeterminación reproductiva en el consentimiento de la práctica de alquiler de vientres.

La práctica de alquiler de vientres por fecundación *in vitro* es utilizada para cumplir con el deseo de ser madres de aquellas mujeres que ponen en ejercicio sus derechos reproductivos amparados por la Constitución Política de Colombia de la interpretación de los artículos 16 y 42.

Ahora bien, entendiendo la autodeterminación reproductiva como aquella libertad respecto de evitar cualquier interferencia en la toma de decisiones reproductivas, es importante recalcar que esto incluye la prevención y tratamiento de las enfermedades del sistema reproductivo femenino, así como el acceso a la tecnología científica para superar la infertilidad y procrear hijos.

Por lo anterior, la falta de legislación sobre los efectos jurídicos sobre esta práctica, permite que se produzcan hechos y decisiones lesivas e irremediables de los derechos fundamentales de los interesados, de modo tal que el consentimiento como manifestación de la voluntad de los padres intensionales alumbró el ejercicio de la práctica de alquiler de vientres e introduce en el ordenamiento jurídico colombiano la filiación derivada de la voluntad, que si bien existe por el reconocimiento voluntario de los hijos, respecto de la maternidad, se encuentra un documento antecedente del registro civil de nacimiento, que encuadra el rol de madre en la mujer que hizo trabajo de parto y permitió abordar el asunto como fue abordado.

León & Millán (2013) bien indican que independiente de las circunstancias contractuales de la práctica del alquiler de vientre, es oportuno que se legisle sobre el alcance de esta práctica, permitiendo que sean los padres genéticos y con voluntad pro creacional quienes ostenten y puedan reclamar el derecho de filiación respecto del bebé.

Conclusiones y Recomendaciones

Como se estudió, en el derecho de filiación la maternidad es un elemento importante; y así ha estado determinada jurídicamente por el alumbramiento y motiva la existencia de las causales taxativas de impugnación de la maternidad asociadas a que sea el mismo bebé alumbrado él del estado de gravidez de la mujer o la circunstancia de fingir el parto.

Sin embargo, es evidente cómo el legislador también se ha preocupado porque la filiación coincida con la realidad biológica, o también, por hacer parecer que coincide como ocurre con la adopción y el cambio en el registro civil de nacimiento del adoptado.

En ese entendido, el bebé que es procreado con asistencia científica como ocurre con el alquiler de vientre por fecundación *in vitro*, al querer establecerse la filiación como derecho, se enfrenta a unas causales que impiden establecer el vínculo jurídico con su madre quien fue la que aportó el óvulo, y esto porque la que lo alumbró no fingió el parto ni tampoco lo suplantó.

Es por lo anterior, que el mecanismo existente para exigir el derecho de filiación al no guardar coherencia con la realidad biológica no encuentra cabida conforme al caso aquí estudiado, lo cual vulnera el principio constitucional de igualdad entre los hijos, al nacer por fuera de los vínculos matrimoniales o maritales con apoyo de la asistencia científica y a quienes se les revela su maternidad por el hecho del parto.

Destáquese el interés superior del niño nacido de esta práctica cuando la intención de procrearlo aseguraría el desarrollo armónico, integral, normal y sano de aquél y se evita desproporcionalmente el separar a aquel de sus padres biológicos como jurisprudencialmente se encuentra protegido.

Ahora bien, desde el punto de vista de la mujer que aportó su óvulo, es claro cómo se enfrenta aquella a las mismas causales de impugnación de la maternidad, que se oponen a la voluntad responsable de conformar una familia con asistencia científica al no poder establecer el vínculo filial con el bebé nacido de la práctica, evidenciándose cómo esta acción de impugnación no garantiza la protección del derecho a la maternidad.

Es aquí en donde cobra especial relevancia el significado de la maternidad más allá de un querer ser, sino también en virtud de la manifestación externa de ese querer, motivo por el cual ésta no debe entenderse por el ordenamiento jurídico colombiano sólo como un estado biológico como ocurre en la actualidad; más aún cuando el alquiler de vientres por fecundación *in vitro* como técnica de reproducción humana asistida, busca la concepción y nacimiento de un bebé fruto de la motivación de ser madre permitiendo que está desarrolle sus derechos a la dignidad humana, a la salud respecto al propio bienestar psicológico y reproductivo, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a la procreación y a poder conformar una familia.

Valga añadir que el alquiler de vientres no puede sólo legitimarse por la existencia un problema fisiológico para concebir sino también entender la autodeterminación de aquellos que no quieren transmitir alguna enfermedad congénita a su descendencia.

Es por ello por lo que en las causales existentes debe excluirse el principio romano "*mater semper certa est*" ya que no consagran la posibilidad de impugnación de la falsa maternidad

al estar consagradas desde una perspectiva biológica discriminándose las demás formas de configuración de la maternidad.

Ahora bien como no puede vulnerarse el derecho de filiación y de maternidad sólo porque no se encuentran consagradas las causales en la norma, la existencia de un consentimiento informado garantizaría la protección del derecho a la maternidad y de filiación de la mujer que acude a la práctica de alquiler de vientres por fecundación *in vitro*, como quiera que ambas mujeres involucradas en el acto reconocen la facilitación del vientre y la implantación de un material reproductor o gametos en ese vientre, protegiendo los derechos reproductivos de las mujer que no puede o no quiere gestar sus propios hijos, generándose de dicho consentimiento, un instrumento de reconocimiento voluntario como una forma de establecer la filiación, lo cual incluye autodeterminación reproductiva y la voluntad manifestada en un consentimiento.

Fortalézcase lo anteriormente dicho cuando en estas prácticas se evidencia intrínsecamente la titularidad sobre el uso del material genético propio que puede cederse o no, el cual en virtud de un consentimiento voluntario, libre y consiente que permite el ejercicio de la práctica de subrogación del vientre.

Adicionalmente porque la autodeterminación reproductiva busca evitar cualquier interferencia en la toma de decisiones reproductivas, y el consentimiento informado, así como el instrumento de reconocimiento voluntario garantizarían los derechos de la mujer esterilidad e infértil que acude a esta práctica en ejercicio de sus derechos reproductivos, haciendo aun lado la institución de adopción como quiere introducirlo la ley 1953 de 2019.

Lo anterior sin perjuicio de que la mujer que aporta su material genético se encuentre casada o en unión marital de hecho, le sea admisible en favor de ella aplicar la presunción de

maternidad, no por el hecho biológico del parto sino por ser su esposo o compañero el que aportó el material genético junto con la intención de procrearlo.

Con todo, los efectos y el ejercicio de esta práctica deben ser regulados conforme a lo estudiado, evitando que se produzcan actuaciones lesivas en los derechos fundamentales de la madre y el bebé, de modo tal que el consentimiento tanto en el inicio de la práctica como en el final de aquella, alumbra el ejercicio de la práctica de alquiler de vientres por fecundación *in vitro*, e introduce en el ordenamiento jurídico colombiano la filiación derivada de la voluntad, que ya existe pero no se aplica respecto de la maternidad por aquél documento antecedente del registro civil de nacimiento, que encuadra el rol de madre en la mujer que hizo trabajo de parto.

Referencias

- Álvarez, D., & Burbano, C. (junio de 2012). Maternidad subrogada y filiación a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10819/1147>
- Alzate, M. C. (2019). *Procedimiento de Familia y del Menor*. (Vigésima Sexta ed.). Bogota D.C.: Leyer.
- Andina, E. (2002). Trabajo de parto y parto normal. Guía de prácticas y procedimientos. *Revista del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá*, 21(2), 63-774. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/912/91221202.pdf>
- Awad, M. I., & Narváez, M. D. (2001). Aspectos jurídicos en las técnicas 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>
- Benavente, Moreda, P. (2013). Identidad y Contexto Inmediato de la Persona (Identidad Personal, El Nombre De La Persona, Identidad Sexual Y Su Protección. *Boletín Oficial del Estado Universidad Autónoma de Madrid*, 105-158. En línea. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32956.pdf>
- Benitez, J. P. (2019). *Derecho de Familia*. Bogotá: Temis.

- 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>
- Cabra, M. G. (2009). Derecho de Familia y de Menores. *Novena*. Librería y Ediciones el Profesional Ltda.
- Camargo, D. R. (2009). Técnicas De Reproducción Humana asistida, Maternidad Subrogada y Derecho De Familia. *Revista Republicana*, 15-30. Obtenido de <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/170/140>
- Cañaveral, D. C., & Serna, J. A. (2015). La reproducción humana asistida en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana y corte IDH. *Inciso*, 84-92. Obtenido de <https://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/398/629>
- Cárdenas, H. M. (2011). La reproducción humana asistida, un análisis desde la perspectiva biojurídica. Ciudad de Mexico.
- Cárdenas, H. M. (enero de 2015). El inicio de la vida: discurso bioético-jurídico en la Legislación Mexicana. 28-43. Obtenido de https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n33/04_articulo3.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (26 de mayo de 1873). Ley 84. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html#1
- Congreso de la República de Colombia. (31 de diciembre de 1968). Ley 75. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0075_1968.htm#1
- Congreso de la República de Colombia. (24 de febrero de 1982). Ley 29. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=256>
- Congreso de la República de Colombia. (29 de diciembre de 2001). Ley 721. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0721_2001.html#Inicio

Congreso de la República de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Ley 1098. Obtenido de

https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm

Consejo Superior de la Judicatura. (27 de junio de 2001). Acuerdo No. 1224. Obtenido de

<https://vlex.com.co/vid/-356093938>

Corte Constitucional. (27 de julio de 1994). Sentencia T341. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-341->

[94.htm#:~:text=T%2D341%2D94%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-341-94.htm#:~:text=T%2D341%2D94%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia)

[&text=Se%20entiende%20por%20salud%2C%20el,equival%3%ADa%20a%20recuperar%20su%20salud.](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-341-94.htm#:~:text=T%2D341%2D94%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Se%20entiende%20por%20salud%2C%20el,equival%3%ADa%20a%20recuperar%20su%20salud)

Corte Constitucional. (15 de marzo de 1995). Sentencia C109. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-109-95.htm>

Corte Constitucional. (11 de diciembre de 2001). Sentencia T 1342. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1342-01.htm>

Corte Constitucional. (3 de octubre de 2002). Sentencia C 808. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-808-02.htm>

Corte Constitucional. (24 de octubre de 2003). Sentencia T997. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-997-03.htm>

Corte Constitucional. (10 de mayo de 2005). Sentencia C 476. Obtenido de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-476_2005.html#1

Corte Constitucional. (18 de diciembre de 2009). Sentencia T 968. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

Corte Constitucional. (15 de mayo de 2012). Sentencia T 352. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-352-12.htm>

Corte Constitucional. (16 de julio de 2013). Sentencia T450. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-450a-13.htm>

Corte Constitucional. (18 de julio de 2014). Sentencia T528. Obtenido de
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-528-14.htm>

Corte Constitucional. (6 de mayo de 2015). Sentencia C258. Obtenido de
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-258-15.htm>

Corte Constitucional. (12 de mayo de 2015). Sentencia C274. Obtenido de
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-274-15.htm>

Corte Constitucional. (15 de junio de 2016). Sentencia T306. Obtenido de
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-306-16.htm>

Corte Constitucional. (29 de junio de 2016). Sentencia C 336. Obtenido de
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-336-16.htm>

Corte Constitucional. (14 de julio de 2016). Sentencia C 375. Obtenido de
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-375-16.htm>

Corte Constitucional. (4 de abril de 2017). Sentencia T 207. Obtenido de
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/T-207-17.htm>

Corte Constitucional. (17 de septiembre de 2018). Sentencia T 337. Obtenido de
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-377-18.htm>

Corte Constitucional. (28 de noviembre de 2018). Sentencia C 131. Obtenido de
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-131-18.htm>

Corte Constitucional. (26 de julio de 2019). Sentencia T 337. Obtenido de
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-337-19.htm>

Corte Constitucional. (20 de febrero de 2020). Sentenci SU074. Obtenido de
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU074-20.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de noviembre de 2012). Caso Artavia
Murillo Y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Obtenido de
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia. (4 de mayo de 1953). Sentencia. Obtenido de

[https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20LXXV%20n.%202129-2132%20\(1953-1955\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20LXXV%20n.%202129-2132%20(1953-1955).pdf)

Diver, A. (2014). *A Law of Bloodties - The Right to Access Genetic Ancestry*. Londonderry:

Springer. En línea. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32694.pdf>

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

Uniacademica Leyer.

Fertility Clinics. (24 de mayo de 2016). Obtenido de ¿Cuántos tipos de Fecundación in Vitro

existen. Obtenido de <https://www.evafertilityclinics.es/novedades-fecundacion-in-vitro/tipos-de-fecundacion-in-vitro/>

Florez, J. (2012). *Tecnologías de reproducción asistida en el siglo XXI y su impacto social*

Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/4.pdf>

Gafo, J. (1986). *Nuevas técnicas de reproducción humana: biomedicina, ética y derecho*.

Madrid: Artes Gráficas ORMUPISA. Obtenido de

https://books.google.es/books?hl=eshttps://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf&lr=&id=UmPdDdPaC5UC&oi=fnd&pg=PA9&dq=t%C3%A9cnicas+de+reproducci%C3%B3n+humana+asistida+que+son&ots=eOp6CUcM9z&sig=Vp7QmcIDgP7Hgdg8ZiCiNsTp00A#v=onepage&

Gomez, L. M. (junio de 2003). La prueba técnica ADN en los procesos sobre filiación.

Estudios Socio Juridicos. Obtenido de

<http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v5n1/v5n1a08.pdf>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (25 de junio de 2013). Concepto 81. Obtenido de

https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000081_2013.htm

- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (10 de mayo de 2017). Concepto 48. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000048_2017.htm
- Iturburu, M. R. (diciembre de 2015). La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad. 143 - 160. Obtenido de http://www.samer.org.ar/revista/numeros/2015/Numero_4/4-ITURBURU.pdf
- Iturburu, M., Salituri, M. M., & Vazquez, M. (2017). La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado. *IUS*, *11*(39). Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00005.pdf>
- Juzgado Veinte (20) de Familia de Bogota D.C. (27 de mayo de 2020). Sentencia.
- Juzgado Veintidós (22) de Familia de Bogotá D.C. (2019). Sentencia.
- Lamm, E. (enero de 2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Obtenido de https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1886-58872012000100008&script=sci_arttext&tlng=pt
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Publicacions i Edicions. Obtenido de <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=uZyrBAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA9&dq=diferencia+entrea+alquiler+de+vientre+y+maternidad+subrogada&ots=gYFW1nWs-9&sig=kAfEUd6Zi82f9NEdQp0RXE9Jkfm#v=onepage&q=diferencia%20entrea%20alquiler%20de%20vientre%20y%20maternidad>
- 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%28Creati ve%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 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

Manrique, F. d., Marín, G. M., & Rodríguez, M. R. (septiembre de 2014). Maternidad: un proceso con distintos matices y construcción de vinculos. *Aquichan*, 316-326.

Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/741/74132361004.pdf>

Marin, G. A. (s.f.). *Revistas UDEM*. Obtenido de

<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1336/1338>

Marrades, A. (2002). *Luces y sombras del derecho a la maternidad*. Valencia. Obtenido de

<https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=UXzDVQJ9IHEC&oi=fnd&pg=PA9&dq=que+es+la+maternidad+juridica&ots=tFiJZON7jP&sig=XQhkRfXEB9SEORdFGsBQkBmTIPM#v=onepage&q=que%20es%20la%20maternidad%20juridica&f=false>

Méndez, J. M. (2012-2013). La maternidad Subrogada. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 641-653. Obtenido de [file:///C:/Users/57310/Downloads/Dialnet-](file:///C:/Users/57310/Downloads/Dialnet-LaMaternidadSubrogada-4832049.pdf)

[LaMaternidadSubrogada-4832049.pdf](file:///C:/Users/57310/Downloads/Dialnet-LaMaternidadSubrogada-4832049.pdf)

- Meroño, E. S. (28 de octubre de 2012). Las Tecnicas De Reproducción Humana Asistida: Limitaciones Para Su Práctica. *Derecho Privado y Constitución*. Obtenido de <file:///C:/Users/57310/Downloads/Dialnet-LasTecnicasDeReproduccionHumanaAsistidaLimitacione-4283062.pdf>
- Monroy, J. P. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incedencia en Colombia. *Verba Iuris*, 135 - 150. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2162/1641>
- 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-LaRealidadDelEmbrionHumanoEnLosPrimerosQuinceDiasD-2360894.pdf>
- Muñoz Genestoux, R. & Vittola, Leonardo (2017). El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo. *Revista IUS*, 11-39. En línea. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100011
- Novoa, M. M. (2014). Derecho positivo versus realidad biológica: una reflexión en torno a la filiación. *Dikaio*. Recuperado el 2021, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72038491001>
- 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>

- Palomar, C. (2005). Maternidad: Historia y Cultura. *La Ventana*, 27, 35 -67. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/laven/v3n22/1405-9436-laven-3-22-35.pdf>
- Perasso, V. (07 de diciembre de 2018). *Las mujeres que se ofrecen como madres subrogantes (sin cobrar)*. Obtenido de BBC NEWS: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-46477668>
- Pianeta, P. L. (2013). Derecho de Familia. Derecho marital-filial-funcional derechos sexuales y reproductivos. *Quinta*. Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Presidencia de la Republica. (20 de febrero de 2019). Ley 1953. doi:<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201953%20DEL%2020%20DE%20FEBRERO%20DE%202019.pdf>
- Presidente de la Republica. (1970). Decreto 1260. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/decreto_1260_de_1970.pdf
- Presidente de la Republica. (27 de julio de 1970). Decreto 1260. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1260_1970.html
- Presidente de la Republica. (4 de agosto de 1998). Decreto 1546. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14522#:~:text=Regula%20la%20obtenci%C3%B3n%2C%20donaci%C3%B3n%2C%20preservaci%C3%B3n,retribuci%C3%B3n%20y%20exportaci%C3%B3n%20de%20%C3%B3rganos%2C>
- Presidente de la Republica. (12 de julio de 2012). Ley 1564. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012_pr009.html
- Ramos, R. R., Gutiérrez, G. R., Medina, I., & Gerardo, A. M. (diciembre de 2008). Factores de riesgo asociados con infertilidad femenina. *Ginecología y Obstetricia de México*, 76. Obtenido de <https://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsmex/gom-2008/gom0812d.pdf>

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>

Real Academia Española. (s.f.). Obtenido de <https://dle.rae.es/maternidad>

Real Academia Española. (s.f.). Obtenido de <https://dle.rae.es/fecundaci%C3%B3n>

Real Academia Española. (s.f.). Obtenido de

<https://dle.rae.es/filiaci%C3%B3n%C2%B4?m=form>

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

http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias%20/2017/gaceta_297.pdf

Rodríguez, E., Valdebenito, C., & Lolas, F. (s.f.). El problema del manejo de la información genética en Latinoamérica. Chile. Obtenido de:

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

Rospigliosi, E. V. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00006.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'Estudis Demogràfics. Obtenido de https://ddd.uab.cat/pub/worpaper/2001/201463/papersdemografia_a2001n197.pdf

Sunčana Roksandić Vidlička, D. H. (2012). Bioethical and legal challenges of surrogate motherhood in the Republic of Croatia . *European Journal of Bioethics*, 37-65. En línea. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/14453989.pdf>

Surrogacy Arrangements Act 1985. (s.f.). Londres. Obtenido de

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf

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&pg=PA217&dq=la+maternidad+subrogada+abre+la+posibilidad+de+fragmentar+la+filiaci%C3%B3n&source=bl&ots=9_Hlaws8TU&sig=ACfU3U3swERzb457bwPqED9e8DA3tI7SeA&hl=es-19&sa=X&ved=2ahUKEwjQuOD-zrvkAhXsuFk

Turner, S., Molina, M., & Momberg, R. (2000). Tecnicas de Repriducción Humana Asistida.

Revista de Derecho, 11, 13-26. Obtenido de

<http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v11/art02.pdf>

World Health Organization (WHO). (s.f.). Obtenido de World Health Organization (WHO):

<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility>.