

GESTACIÓN SUBROGADA PARCIAL Y EL DERECHO DE FILIACIÓN DE LA MUJER GESTANTE EN COLOMBIA

Autor

José Rodríguez Figueroa ¹

Resumen

La gestación subrogada o por sustitución, también conocida como maternidad subrogada o vientre de alquiler, es un método de reproducción asistida caracterizado porque la mujer que gesta al bebé no será finalmente la madre del mismo. La gestación subrogada resulta ser un tema controversial y que en la actualidad se encuentra en un limbo jurídico por su falta de legislación y regulación en nuestro ordenamiento jurídico. Existen varios tipos de gestación subrogada, y de acuerdo al tipo las implicaciones jurídicas son distintas.

Conforme avanza la ciencia médica, se presentan ante la humanidad soluciones científicas a los problemas de infertilidad, lo que incluye técnicas de reproducción asistida que pueden utilizar úteros de mujeres diferentes a las de las parejas que buscan procrear, lo que puede generar la maternidad subrogada, que ocurre cuando una mujer gesta un embrión con el que puede tener o no relación biológica y a cambio recibe una remuneración económica o no por prestarse para hacerlo. Estos acuerdos generalmente se suscriben a través de contratos que no se encuentran regulados por nuestro ordenamiento jurídico.

¹ Diplomado de perfeccionamiento “*fundamentos del debido proceso en el sistema jurídico colombiano*”. Escuela de Derecho. Universidad del Sinú - seccional Cartagena. Teléfono: 3117015188, correo electrónico: joseto_93mc@hotmail.com

El presente ensayo expone la situación legal de la gestación subrogada parcial en Colombia, con el fin de esclarecer si puede reclamar derechos de filiación una mujer que ha realizado un contrato de gestación subrogada al aportar material genético para la procreación del menor.

Palabras clave: maternidad subrogada, filiación, gestación subrogada parcial.

Introducción

Actualmente, en Colombia y alrededor del mundo se está llevando a cabo la práctica de maternidad subrogada o también denominada “alquiler de vientres”, definida como el procedimiento que tiene por fin procrear a través de un vientre alquilado, es decir, una mujer gesta a un niño para otra pareja, con la intención de entregárselo después de que nazca.

Aunque la maternidad subrogada surgió con el fin de superar situaciones fisiológicas de infertilidad mediante la utilización de un vientre ajeno para convertirse en padres; en la actualidad es un método utilizado incluso por personas que no padecen enfermedades que afectan la fertilidad, bien sea por motivos estéticos, por parejas del mismo sexo que quieren ser padres, etc.

Es un tema que genera controversia y en el territorio nacional no existe una regulación expresa del asunto. Por el momento, la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuenta con una Sentencia, la T-968 de 2009, y algunos proyectos de Ley que han buscado la prohibición y penalización de dicha práctica. Este ensayo busca responder a la siguiente pregunta problema: ¿puede reclamar derechos de filiación una mujer que ha realizado un contrato de gestación subrogada al aportar material genético para la procreación del menor?

Concepto de gestación o maternidad subrogada

La maternidad subrogada es una práctica de reproducción asistida, nacida inicialmente con el fin de que aquellas personas que por razones o enfermedades fisiológicas se les hacía imposible convertirse en padres de manera natural, tuvieran la posibilidad de hacerlo mediante el alquiler del vientre de quien sería la madre sustituta; quien se comprometía a entregar al bebé apenas naciera a quienes serían sus padres biológicos o a quienes la habían contratado.

(Sentencia T-968/09, 2009)

Es una práctica que nace inicialmente en California alrededor de 1975, cuando una pareja publica en la prensa su necesidad de alquilar un vientre ofreciendo una importante suma como contraprestación. Es en Los Estados Unidos de América, donde empieza a tener sus primeros debates, al presentarse en 1986 un caso de incumplimiento referido al tema. (Cadavid & Barrera, 2017)

Básicamente podemos decir que se trata de una técnica de reproducción humana asistida, destinada a parejas de distinto sexo o del mismo sexo y a personas solteras, que sufren alguna causa de infertilidad o esterilidad médica o estructural que les impide tener hijos propios mediante medios naturales o mediante otras técnicas de reproducción asistida de menor complejidad. (Pascual, 2018)

Al momento de diferenciar las clases de maternidad por subrogación uterina, podemos encontrar dos clasificaciones principales:

1) En función del aporte de gametos:

Subrogación total: significa que la gestante sólo brinda su capacidad de gestar al bebé, pero no aporta sus óvulos. La mujer gestante va a gestar al bebé y lo dará a luz, pero

genéticamente no tendrá relación con él. Este tipo de gestación subrogada se conoce como gestación subrogada total y es la aceptada ética y jurídicamente en las técnicas de reproducción asistida.

Subrogación parcial: significa que la gestante gesta al bebé, pero se utilizan sus propios óvulos para conformar el embrión. Es decir, aporta sus óvulos y su gestación. (Pascual, 2018)

2) En función de la retribución que recibe la mujer gestante:

- Subrogación altruista: significa que la mujer gestante recibirá sólo la compensación de los gastos ocasionados por el embarazo.
- Subrogación comercial: significa que la mujer gestante recibirá, además de la compensación expresada anteriormente, una retribución extra pactada con los comitentes.

Ahondando en el concepto de gestación subrogada que nos interesa, tenemos que, la subrogación parcial, se da cuando la mujer fértil es inseminada con el esperma del hombre de la pareja, siendo ésta la que aporta el ovulo, por lo tanto, en éste tipo de subrogación la mujer fértil y el niño están relacionados genéticamente, por lo cual se puede decir que la mujer fértil no sólo es la mujer que presta su útero sino que también figura como madre biológica del niño (Corti, 2000). En otras palabras, la gestación subrogada parcial, la gestante tiene un vínculo genético con el feto, proporcionando el óvulo, que normalmente no es manipulado, por lo que no se incluye en las Técnicas de Reproducción Asistida.

Concepto de filiación

La filiación es la relación que existe entre padres e hijos o hijas. La palabra filiación se deriva del vocablo latino *filius-filii* que quiere decir hijo o hija en esa lengua. La filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo o hija con su padre o con su madre, vínculo que tiene

fundamento, en principio, en un hecho natural, la procreación, pero que jurídicamente puede tener otras fuentes como la adopción o la reproducción asistida no suficientemente regulada por la legislación civil. (Abello, 2007)

La Corte Constitucional ha definido la filiación como la relación que se genera entre procreante y procreado o procreada entre adoptante y adoptado o adoptada. (Sentencia T-488, 1999)

La filiación estructura un estado civil porque implica la relación jurídica entre un hijo o hija, una hija y su padre o su madre, relación de ese hijo o hija con la familia de donde proviene, que va a determinar que el mismo o la misma pueda ser titular de derechos y obligaciones respecto a su padre o a su madre. La relación paterno-filial está regulada por la ley, que se encarga de dar efectos a la relación que nace entre esos miembros de la familia. La filiación es el grado de parentesco o relación de descendencia existente entre dos personas, una de las cuales es madre o padre de la otra. La filiación proporciona una identidad a toda persona y, además, implica derechos y obligaciones recíprocas entre padres e hijo o hija.

Expresa (Abello, 2007) que el referente constitucional más importante es el artículo 42 de la Carta que reconoce constitucionalmente la importancia de la familia, tanto la matrimonial como la de hecho o extramatrimonial. Familia esta última que existe en Colombia desde tiempos inmemoriales, hecho que cambia y modifica la filiación, pues hay unos hijos o hijas provenientes de este tipo de familia que ya tienen un amparo especial como se explicará más adelante.

El artículo 42 puntualmente señala: *“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable.”* Elevando a rango constitucional la

igualdad de derechos y obligaciones que tienen tanto los hijos como las hijas, independientemente del vínculo que uniera a sus progenitores.

Por otro lado, el artículo 42 de la C.N. introduce el concepto de la filiación proveniente de las nuevas técnicas de fecundación que surgen por los procedimientos científicos que se vienen implementando para lograr la fecundación efectiva desde hace mucho tiempo. Lo anterior es muy importante, pues de estos procesos de fecundación asistida surgen nuevas figuras y problemas jurídicos que, a pesar de no tener regulación legal específica, si tienen un fundamento constitucional, con base en el cual deberán ser resueltos.

Nuestra legislación actual en materia de filiación parte del supuesto carácter de vincularla exclusivamente al aspecto biológico; figuras como el alquiler de vientre o la maternidad subrogada, la donación de embriones, la inseminación artificial, la gestación “in Vitro” (bebe probeta) etc. no están suficientemente reguladas; en consecuencia, cuando surjan conflictos en relación con ellas, el Juez o Jueza deberá tener una visión más amplia que las presunciones que le otorga la ley para fallar, partiendo actualmente de la prueba del ADN.

Reclamación de Filiación

En Colombia al igual que en la mayoría de las legislaciones se da la posibilidad a las personas de demandar para obtener el reconocimiento de una determinada filiación o estado civil. Son acciones positivas con las cuales se pretende la declaración de que una persona es hijo o hija de un padre o madre determinados, y, por tanto, posee un estado civil distinto al que ostenta en el momento de la demanda.

Las acciones de reclamación tienen en principio plazos más amplios que las de impugnación. Las acciones de reclamación se dirigen a demostrar que una determinada persona tiene un vínculo de consanguinidad con otra persona que es su presunta madre o presunto padre. Para este caso se tienen dos vías o procedimientos aplicables según lo establecido por la ley.

Los procesos de investigación e impugnación de la paternidad y la maternidad.

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.

La investigación de la paternidad 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, mientras que la impugnación de la paternidad o la maternidad corresponde a la oportunidad que tiene una persona para refutar la relación filial que fue previamente reconocida. Las figuras anteriormente enunciadas tratan de resolver los conflictos producidos en las eventualidades en las que las relaciones paterno-maternas filiales no resultan completamente claras.

En cuanto a los procesos de impugnación de la maternidad y la paternidad, se debe decir que, en términos generales, la impugnación es el fenómeno jurídico en virtud del cual, se pretende atacar una relación filial que contraría la realidad para que se declare su inexistencia. (Lafont, 2013)

De acuerdo con lo anterior, 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. (Lafont, 2013)

De otro lado, *la impugnación se conforma estructuralmente con la disconformidad jurídica entre una filiación preexistente con la que corresponde a la realidad jurídica, siendo aquella aparente y esta última la real.*

En cuanto a la forma, la impugnación debe ser judicial, es decir que solo puede desarrollarse mediante las acciones que pueden promoverse en el aparato judicial para establecer la verdadera filiación, contando con la pretensión impugnaticia (Lafont, 2013), por lo que se excluye cualquier tipo de impugnación unilateral o bilateral de carácter voluntario.

La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial, referente a la impugnación de la paternidad o maternidad, en Sentencia T - 381 del 2013, la definió como *“la oportunidad que tiene una persona para refutar la relación filial que fue reconocida en virtud de la ley. Dicha figura opera: i) para desvirtuar la presunción establecida en el artículo 214 del Código Civil; ii) para impugnar el reconocimiento que se dio a través de una manifestación voluntaria de quien aceptó ser padre; o, iii) cuando se repele la maternidad en el caso de un falso parto o de la suplantación del menor”*.

En lo referente a las pruebas que se deben presentar en el proceso para declarar la paternidad, el artículo 7 de la Ley 75 de 1968 estableció que el juez de oficio o a solicitud de las

partes “decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas, con análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales trasmisibles, que valorará según su fundamentación y pertinencia”.

Con la evolución científica, el legislador expidió la Ley 721 de 2001, en la que determinó 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%.”. De acuerdo con el párrafo segundo de la citada norma, se deberá usar la técnica de ADN con el uso de marcadores genéticos, hasta que los desarrollos no ofrezcan una mejor opción.

Contrato de gestación subrogada

El contrato de gestación subrogada ha sido definido como un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de la esperma y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero.

Elementos esenciales del contrato de gestación subrogada

Al igual que todos los contratos, el de alquiler de vientre también tiene unos elementos esenciales para su existencia, los cuales son: las partes (la madre sustituta y los futuros padres), consentimiento, entrega del recién nacido.

Las partes: se hace necesario que las partes sean como mínimo dos personas. Tenemos por un lado a la madre sustituta que es la mujer que gestará, llevará a cabo el embarazo y dará a luz al bebé; por el otro lado tendríamos a la pareja o a la persona que quiere convertirse en padre o madre, que será quien posiblemente aporte material genético, y quién o quienes dado el caso pagarán por los gastos acordados.

El consentimiento: es un presupuesto imprescindible al acuerdo que llegan las partes en el contrato. Aquí las partes previamente han considerado una serie de condiciones, y llegan a un acuerdo para voluntariamente aceptarlas y cumplirlas. Son muchas las personas que dentro de su posición alegan que el mero interés económico, o las necesidades de la misma índole de la madre sustituta en principio estaría afectando su voluntad, y en virtud de esto, su consentimiento se vería viciado; y es este el principal motivo por el cual en muchas legislaciones se tiene prohibido esperar una remuneración económica a cambio del alquiler de vientres, o como lo mencionamos anteriormente, sólo permiten la subrogación altruista.

Entrega del recién nacido: El fin u objeto de este contrato es precisamente la entrega del recién nacido, para que los contratantes finalmente puedan ejercer el derecho a la paternidad que tanto anhelan.

Existen diferenciadas posiciones con respecto al precio, pago o remuneración por el alquiler de vientre, el cual dependerá del acuerdo al que se llegue entre las partes. Pero de manera generalizada, son estos elementos los que configuran el contrato de alquiler de vientre, ya en los ordenamientos jurídicos en donde este tema se encuentra regulado cada legislación le añade ciertas particularidades. (Cadavid & Barrera, 2017)

Situación actual de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano

Por el momento, la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuenta con una Sentencia, la T-968 de 2009, que estudió en profundidad el tema y debido a que no existe norma explícita en la legislación, la reconoció como una práctica legal, basándose en el Artículo 42 de la Constitución Política y el Artículo 1602 del Código Civil: consentimiento libre, capacidad, objeto lícito y causa lícita.

Según lo dispuesto por la sentencia T968 de 2009, se reconoce que la maternidad subrogada es un contrato y por lo tanto está reconocida como una práctica legal. Según nuestro ordenamiento jurídico no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de acuerdos; además la doctrina ha considerado que según lo dispuesto en el Art 42- 6 de la Constitución Nacional se puede practicar la subrogación en nuestro País, ya que este prevé que *“los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes”*. Así, nos llevan a pensar que las técnicas de reproducción asistida están legitimadas jurídicamente.

En esta sentencia la Corte Constitucional hace referencia a la maternidad subrogada o alquiler de vientre o útero en los siguientes términos: *“el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. En este caso la madre sustituta no aporta sus óvulos”*. Finalmente, concluye que al terminar el embarazo la madre sustituta entregará al bebé a quienes asumieron los gastos médicos y la remuneración.

Adicionalmente, la entidad judicial estableció unos requisitos mínimos para validar esta figura de maternidad subrogada. Por ejemplo: que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir, que las células reproductoras sexuales para el embarazo no sean aportadas por la mujer que facilita el vientre, que la mujer gestante no tenga un fin lucrativo sino el de ayudar a otras personas, que se preserve la identidad de las partes, que la mujer gestante no pueda retractarse de la entrega del menor, que los padres biológicos no puedan rechazar a su hijo, entre otros.

Es decir que en nuestro ordenamiento jurídico solo es viable realizar la gestación subrogada plena o total, que significa que la gestante sólo brinda su capacidad de gestar al bebé, pero no aporta sus óvulos. La mujer gestante va a gestar al bebé y lo dará a luz, pero genéticamente no tendrá relación con él. En contra posición, se podría afirmar que la gestación subrogada parcial no está permitida ni siquiera tácitamente en nuestro país.

En Colombia han existido varios intentos por legislar sobre la gestación o maternidad subrogada, como lo fue el fallido proyecto Ley N.º 196 de 2008 de la Cámara de Representantes, que intentaba dar pautas y un avance a la regulación de la maternidad subrogada, dicho se estancó en los debates del Senado y fue archivado por el Congreso de la República.

Recientemente se tramitó un proyecto de Ley estatutaria que pretendía convertir la maternidad subrogada con fines de lucro en una conducta punible y regular otros aspectos, el proyecto de Ley N.º 070 de 2018 Senado fue archivado al no alcanzarse la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, con dicho proyecto se buscaba crear el tipo penal de maternidad subrogada con fines de lucro; y pretendía penalizar aquella actividad con prisión de seis a ocho años. El mencionado proyecto se convierte en el primer intento por penalizar la maternidad subrogada con fines de lucro, así como establecer la filiación como un bien jurídico, buscando en el derecho penal la regulación del espinoso tema.

La gestación subrogada no es un delito

No obstante lo descrito en el anterior acápite, se debe dejar claro que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición a la realización de contratos de gestación por sustitución, ni tampoco se encuentra penalizada dicha conducta, de manera que su práctica no solo es permitida por omisión legislativa sino como se explicó en líneas anteriores, dicho contrato y conducta ha llegado a encontrar asidero en el artículo 42 constitucional, el cual establece que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

Así mismo, se reitera, que a través de la sentencia T968 de 2009 la Corte Constitucional estableció unos requisitos mínimos para validar esta figura de maternidad subrogada, dando vía libre a la gestación subrogada total, y dejando en el limbo jurídico a la gestación subrogada parcial.

¿Puede una madre reclamar filiación cuando la gestación subrogada es parcial?

Teniendo en cuenta todo lo hasta aquí expuesto, para este autor es claro que, si puede una madre reclamar derechos de filiación sobre el menor que procreó, pese a que haya realizado un contrato de gestación subrogada, toda vez que al aportar material genético para la procreación del menor es biológicamente su madre.

En virtud de la Sentencia T- 968 de 2009 de la Corte Constitucional, la gestación subrogada parcial no cumple con los requisitos mínimos para validar esta figura de maternidad subrogada. Recordemos que entre esos requisitos se encuentra que las células reproductoras sexuales para el embarazo no sean aportadas por la mujer que facilita el vientre.

Así las cosas, nos permitimos afirmar categóricamente que una mujer que suscriba un contrato de gestación subrogada, que facilite su vientre para el embarazo, que aporte células reproductoras sexuales para el embarazo, y que en virtud del contrato que suscriba haya renunciado al reconocimiento del menor como su hijo, y que posterior al nacimiento el menor sea registrado por la pareja que recurrió a la gestación subrogada parcial para tener un hijo, pero que luego del nacimiento la madre gestante se arrepienta de dicha decisión, bien podría acudir a la jurisdicción ordinaria en materia de familia e iniciar un proceso de impugnación de la maternidad y atacar la relación filial que contraría la realidad para que se declare su inexistencia.

En otras palabras, para este autor es claro que la madre gestante tendrá la oportunidad de refutar la relación filial que fue previamente reconocida y en sede judicial se podrá establecer la verdadera filiación. Es decir, sí puede una madre reclamar la filiación cuando la gestación subrogada es parcial.

Conclusiones

Como ya se mencionó anteriormente es claro que, si puede una mujer reclamar derechos de filiación sobre el menor que dio a luz, pese a que haya realizado un contrato de gestación subrogada, siempre y cuando esta haya aportado material genético para la procreación del menor, es decir que sea biológicamente su madre.

No se puede perder de vista que la Corte Constitucional expresó que el alquiler de vientre no está previsto en el derecho colombiano y que los criterios dados por la doctrina para que se configure el contrato de maternidad subrogada no se cumplen en los casos de gestación subrogada parcial por existir vínculo biológico entre los menores y la madre, es decir, en dichos

casos el contrato no existe ya que la maternidad subrogada no cumple los criterios establecidos, entre ellos, el más importante, según el cual el material genético debe pertenecer exclusivamente a la pareja, quienes posteriormente contratarán a una mujer para que lleve a cabo el desarrollo del embarazo.

Lo hasta aquí expuesto permite vislumbrar los vacíos normativos que se presentan en Colombia para regular la maternidad subrogada, es urgente la regulación de la materia por cuanto se pretende proteger derechos que van inmersos en una relación contractual brindando seguridad jurídica a las partes involucradas, como también están en juego derechos fundamentales tales como el interés superior del menor, y derechos de especial protección como lo es la filiación en virtud de una institución tan fundamental como lo es la familia.

Referencias Bibliográficas

- Abello, J. (2007). *Filiación en el derecho de familia*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".
- Cadavid, K., & Barrera, A. (2017). Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema. *Universidad CES*.
- Corti, I. (2000). *La maternità per sostituzione*. Milán: Giuffré.
- Lafont, P. (2013). *Derecho de Familia. Derecho marital-filial-funcional derechos sexuales y reproductivos Tomo II*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Pascual, J. P. (8 de Octubre de 2018). *Maternidad Subrogada*. Obtenido de Maternidad Subrogada: www.maternidadsubrogada.com.co

Sentencia T-488 (Corte Constitucional Colombiana 1999).

Sentencia T-968/09, expediente T-2220700 (Corte Constitucional de Colombia 18 de Diciembre de 2009).