



**El futuro
es de todos**

Cancillería
Misión Permanente de Colombia
ante las Naciones Unidas en Ginebra

DCHONU No.868/19

La Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas y otras Organizaciones Internacionales con sede en Ginebra saluda de la manera más atenta a la honorable Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos con el fin de remitir a la Relatora Especial sobre la Venta y Explotación Sexual de Niños las contribuciones del Estado colombiano sobre la protección de los derechos del niño en el contexto de los acuerdos de maternidad subrogada.

La Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas y otras Organizaciones Internacionales con sede en Ginebra aprovecha la oportunidad para reiterar a la Oficina de la Alta Comisionada las seguridades de su más alta y distinguida consideración.



Ginebra, 31 de mayo de 2019

A la honorable
**OFICINA DE LA ALTA COMISIONADA DE NACIONES UNIDAS PARA LOS
DERECHOS HUMANOS**
Ginebra



El futuro
es de todos

Cancillería
de Colombia

CONTRIBUCIONES DE COLOMBIA AL INFORME DE LA RELATORA
ESPECIAL SOBRE LA VENTA Y LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DE NIÑOS
SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL
CONTEXTO DE ACUERDOS DE MATERNIDAD SUBROGADA

MAYO DE 2019

A continuación, se presentan los comentarios del Estado colombiano, contruidos a partir de un ejercicio interinstitucional de revisión del Cuestionario formulado La Relatora Especial. La información abajo consignada ha sido provista por el Ministerio de Justicia y del Derecho, así como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entidades competentes en la materia en Colombia.

- **Describa las salvaguardas que protegen el derecho a la identidad que se están implementando actualmente en su estado. Las salvaguardas incluyen leyes, procedimientos judiciales y administrativos. Indique si se aplican estas salvaguardas a los acuerdos de maternidad subrogada.**

La Constitución Política de Colombia consagró que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, en el caso de los niños y niñas el artículo 44 constitucional señala como derecho fundamental de los niños y niñas a contar con un nombre y una nacionalidad.

La jurisprudencia ha determinado que el derecho a la personalidad jurídica constituye una garantía individual que comporta una relación inescindible con la dignidad humana, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.¹

De igual forma, la Ley 1098 de 2006 “Código de la Infancia y la Adolescencia” definió el derecho a la identidad de los menores así:

“Artículo 25. DERECHO A LA IDENTIDAD. 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 conformes 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.”

Frente a la filiación la jurisprudencia constitucional ha sostenido en diversos pronunciamientos que tiene calidad de derecho fundamental, atributo de la personalidad jurídica y elemento derivado del estado civil. Además, ha insistido en que la protección de la filiación implica una salvaguarda de los derechos a la personalidad

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-109-1995 MP. Alejandro Martínez Caballero



jurídica (artículo 14), a tener una familia (artículos 5, 42 y 44), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16) y a la dignidad humana (artículo 1).²

En el ordenamiento jurídico colombiano existen procesos que buscan restablecer el derecho de filiación a saber: la investigación de paternidad y la impugnación de maternidad y paternidad

- **El proceso de investigación de la paternidad:** Mediante la Ley 45 de 1936 se permitió investigar judicialmente la paternidad. Posteriormente la Ley 75 de 1968 permitió el reconocimiento voluntario de paternidad mediante escritura pública; por medio de testamento; caso en el cual la revocatoria de este no implica la del reconocimiento o por manifestación expresa y directa hecha ante un juez.

Actualmente, la investigación de la paternidad es un trámite que se puede realizar en cualquier momento, es un proceso de carácter judicial que se halla totalmente reglado, y que restituye el derecho a la filiación de las personas, cuando no son reconocidas voluntariamente por sus padres; se adelanta ante la Jurisdicción de Familia y para emitir sentencia el juez debe solicitar y practicar pruebas, que le permitan determinar la paternidad, incluida la prueba biológica de ADN, prueba que puede ser ordenada por la autoridad competente, o aportada por las partes interesadas en el proceso. Son titulares de la acción de investigación de la paternidad, el hijo menor de edad a través de su representante legal, el hijo mayor de edad, la persona o entidad que se haya encargado de la crianza o educación del menor de 18 años, el Defensor de Familia y el Ministerio Público.³

- **El proceso de impugnación de la maternidad o de la paternidad;** pretende atacar una relación filial que contraría la realidad para que se declare su inexistencia. Es necesaria la existencia jurídica de la filiación que se pretende impugnar.

Frente a la aplicación de estos preceptos en el escenario de la maternidad subrogada habría que advertir que en Colombia este procedimiento no ha sido regulado en concreto. Sin embargo, en el año 2009 la Corte Constitucional se pronunció mediante la Sentencia T-968/09, Magistrada ponente María Victoria Calle Correa, en la cual manifestó lo siguiente:

(...) “En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están

² Corte Constitucional .Sentencia T-381/13, MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez

³ Corte Constitucional .Sentencia C-258 de 2015, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



El futuro
es de todos

Cancillería
de Colombia

legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.(...)”

El concepto de interés superior del menor ha sido desarrollado en el precedente constitucional para cada caso en concreto .En el caso estudiado en 2009, por la Corte constitucional, se establecieron unos criterios jurídicos a efectos de determinar el interés superior del menor frente al caso puntual, dentro de los cuales de desarrollaron los siguientes:

(i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; y (iii) el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor.

Hasta la fecha, ni legal ni jurisprudencialmente se han establecido criterios que permitan definir en el escenario de la maternidad subrogada como se protege el derecho a la identidad; Sin embargo , en el ordenamiento jurídico Colombiano la filiación en el caso de la madre se da por el hecho del nacimiento , conforme a lo definido en el artículo 335 del Código Civil : *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.* Por lo cual inmediatamente después de nacido el niño, procede la inscripción en el registro civil de quien lo ha dado a luz, para garantizar la personalidad jurídica del niño, su derecho al nombre y filiación.

- **Describa las salvaguardas que protegen el acceso a los orígenes personales que se están aplicando actualmente en su estado. Indique si se aplican estas salvaguardas a los acuerdos de maternidad subrogada.**

En Colombia el derecho a los orígenes personales se ha desarrollado en relación a dos escenarios; el primero de ellos con ocasión de los procesos de investigación e impugnación de paternidad y maternidad, y el segundo escenario relacionado con los procesos de adopción.

En el primer caso, el legislador en la Ley 721 de 2001 *“Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968”* estableció como obligatorio el decreto de la Prueba de ADN en los procesos de investigación e impugnación de paternidad y maternidad. A juicio del Tribunal constitucional, esta previsión legal, *“responde a la necesidad de que las personas tengan una filiación acorde con la realidad, a realización del examen genético se encuentra estrechamente ligada al derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, la búsqueda de la verdad y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal como uno de sus principios fundantes. Es por ello que en los procesos de investigación de paternidad o maternidad el juez de familia tiene un deber de especial diligencia, aún más riguroso cuando se involucran derechos de menores”* ⁴

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-997 de 2003. MP Clara Inés Vargas Hernández



El futuro
es de todos

Cancillería
de Colombia

Para la jurisprudencia el legislador busca a través de la obligatoriedad de la práctica de prueba genética *“la efectividad de los derechos del niño y de cualquier persona a conocer su origen, a saber quién es su verdadero progenitor y por ende a definir su estado civil, posición en la familia, a tener un nombre y en suma a tener una personalidad jurídica”*⁵

Respecto a los proceso de adopción , existe un procedimiento administrativo adelantado por el ICBF particularmente por la Subdirección de Adopciones denominado Búsqueda de orígenes que consiste en: la búsqueda activa de los miembros de la familia biológica y brindar orientación al adoptado, familia adoptante y familia biológica, en el marco del cumplimiento al derecho de los niños, niñas, adolescentes y adultos adoptados de conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar y a tener acceso a la documentación de su proceso de adopción mediante el suministro de información y copias de la historia de atención. Este trámite permite que las personas o menores adoptados puedan conocer si lo desea su historial de Adopción y acceder a información de su familia biológica en el caso de que la información repose en los archivos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Ahora bien, con respecto a la figura de la filiación y verdad biológica en los procesos de reproducción asistida, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil el 28 de febrero de 2013 señaló que en Colombia el procedimiento de reproducción humana asistida está reconocido. Sin embargo, manifestó que ante la ausencia de una regulación legal acerca de todos los elementos jurídicos que deben guiar las técnicas de reproducción humana asistida y sobre todo, lo relacionado con las reglas del estado civil de las personas procreadas bajo estas técnicas, respecto al particular señaló:

*“10. (...) la Corte considera importante destacar que en el trasfondo de la acusación del censor se encuentra la vigencia del principio denominado por la doctrina y la jurisprudencia como de la “verdad biológica”, o “del derecho a conocer los orígenes”⁽⁴²⁾, según el cual es lícita y, por consiguiente, procedente la investigación sobre el origen de las personas –considerado, incluso, por algunos como un derecho inalienable del ser humano de conocer su verdadero estatus jurídico, así como la identidad de sus padres-, tema que merece un análisis particular a la luz de las técnicas de reproducción humana asistida.”*⁶

Frente, al tema puntual de maternidad subrogada y aplicación del derecho a los orígenes en este contexto no existe regulación que desarrolle el tema en concreto.

- **Describa como se equilibra el derecho a los orígenes personales y el derecho a la privacidad de los padres y donadores de gametos.**

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-807, de 2002 MP. Jaime Araújo Rentarías

⁶ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2013. Referencia: 11001- 3110-002-2006-0537-01. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.



Frente a el cuestionamiento es preciso remitirnos al concepto jurisprudencial aportado por la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Radicado No. 11001-3110-002-2006-00537-01, del 28 de febrero de 2013 (M.P. Arturo Solarte Rodríguez) en donde se manifiesta lo siguiente:

*“Al respecto es pertinente señalar que el Decreto 1546 de 1998, modificado parcialmente por el Decreto 2493 de 2004, reglamentario de las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, reguló la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos, y en particular su trasplante e implante en seres humanos, así como el funcionamiento de los denominados “Bancos de Componentes Anatómicos” y de las “Unidades de Biomedicina Reproductiva”. En dicha normatividad se define, en el artículo 2º, al donante heterólogo como “la **persona anónima** o conocida que proporciona sus gametos, para que sean utilizados en personas diferentes a su pareja, con fines de reproducción” (negrilla fuera del texto). De lo anterior se desprende, por una parte, que en el ordenamiento jurídico nacional el citado procedimiento de reproducción humana asistida se encuentra reconocido y que las entidades encargadas de prestar dichos servicios están sometidas a regulación estatal, y, por la otra, que se ha establecido la posibilidad de mantener en secreto la identidad del donador de gametos en las inseminaciones artificiales heterólogas.”⁷*

En esa oportunidad la Corte Suprema, hizo uso de doctrina extranjera para determinar que, en general, en tratándose de inseminación artificial heteróloga prevalece la confidencialidad del donante sobre el principio de la verdad biológica en el doctrina, en virtud de lo anterior en los fundamentos de la sentencia precisa que de acuerdo con el derecho comparado (i) prima el anonimato del donante en materia de inseminación artificial heteróloga, es decir, existe imposibilidad de establecer una relación filial entre aquél y el hijo o hijos nacidos de dicho procedimiento de fertilización.

No podríamos decir que esta posición se tome en todos los eventos, pues como señalamos es un caso particular y no existe regulación concreta ni una línea jurisprudencia consolidada frente a estos casos.

- **Explique las salvaguardas que protegen el entorno familiar que se están aplicando actualmente en su estado. Indiquen si estas salvaguardas generales que protegen el entorno familiar se aplican en el caso de acuerdos de maternidad subrogada.**

En Colombia las salvaguardas que protegen el entorno familiar, tiene raigambre constitucional, el artículo 42 constitucional protege a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, en el caso particular de los niños el artículo 44 que hace alusión a los derechos fundamentales de los niños, enuncia que los niños tienen el derecho

⁷ Ibidem. Corte Suprema de Justicia Radicado No. 11001-3110-002-2006-00537-01.



fundamental a una familia y a no ser separada de ella. Tales derechos han sido desarrollados ampliamente por la jurisprudencia

Respecto a lo anterior, la Corte Constitucional, ha sido enfática en explicar que los derechos fundamentales del menor prevalecen sobre los derechos de los demás. En ese contexto, los niños tienen el derecho a exigir no ser separados de la familia, por ser la principal responsable de proporcionar y garantizar su bienestar, pero cuando ello no ocurre, la autoridad competente en representación del Estado, tiene la obligación constitucional para intervenir en la familia, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del niño.

*Siguiendo esta línea argumentativa, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, no se configura con la sola pertenencia nominal a un grupo humano, "sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos. Por ello, cuando el peligro, la desprotección y el abandono del menor se producen en el contexto de su propia familia, el Estado se encuentra facultado, en aras de la conservación del interés superior del menor, para restringir el derecho de los padres a ejercer las prerrogativas que naturalmente les confiere su calidad."*⁸

En el caso puntual de la maternidad subrogada, teniendo en cuenta que no existe regulación en concreto sobre la misma, se hará referencia al tratamiento jurisprudencial que se le dio a este derecho en la sentencia T-968/09, Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa:

"(...) las medidas que tengan como resultado separar a un menor de su familia biológica únicamente son procedentes cuando quiera que las circunstancias del caso indiquen claramente que ésta no es apta para cumplir con sus funciones básicas en relación con el interés superior del menor y que la aptitud de un determinado grupo familiar se determina atendiendo cuidadosamente a las circunstancias particulares de cada caso (...)

el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal"

- **Proporcione información sobre las disposiciones legales, reglamentos o prácticas existentes para el establecimiento, investigación e impugnación**

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-137 de 2006, MP Marco Gerardo Monroy Cabra



**El futuro
es de todos**

**Cancillería
de Colombia**

de la paternidad legal. Explique cómo se tiene en cuenta el interés superior del niño

Ver respuesta a la Pregunta 1.

- **Indique como se establece la paternidad en los acuerdos de paternidad subrogada. Explique cómo se tiene en cuenta el interés superior del menor**

En Colombia, no existe prohibición ni regulación taxativa sobre acuerdos de maternidad subrogada, por lo cual no se podría definir los parámetros para establecer la paternidad en estos casos.

En el 2018 se presentó un Proyecto de Ley denominado "*Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica*" que pretende prohibir el alquiler de vientres en Colombia con el fin de proteger los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, procreación y salud de la mujer, así como el derecho a la vida, la dignidad, la libertad, la integridad y la seguridad de quien está por nacer. El proyecto aún no ha tenido debates. No es la primera vez que se han presentado iniciativas de este tipo en 2016 también se presentó un proyecto similar que se archivó.

