

**PANORAMA GENERAL SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y ANÁLISIS DE LA
PROPUESTA DE PENALIZARLA**

**MARÍA CAMILA ARDILA ARCINIEGAS
SUSANA BUSTAMANTE RÚA**

MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADAS

Asesor:

JUAN CARLOS ALVÁREZ ÁLVAREZ



**ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2020**

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	4
CAPÍTULO I: Planteamiento del problema.....	6
1.1 Concepto de maternidad subrogada.....	6
1.2 Aproximación histórica.....	9
1.3 Síntesis de la regulación de la maternidad subrogada en el derecho comparado.....	12
CAPÍTULO II: El estado de la discusión sobre la maternidad subrogada: algunos estudios sobre el particular.....	16
CAPÍTULO III: Regulación de la maternidad subrogada en Colombia: ¿Es necesario un delito o debe hacerse una regulación extrapenal?.....	24
3.1 Aspectos generales.....	24
3.2 Argumentos en contra: Sentencia C-355 de 2006.....	28
3.3 Argumentos a favor: Sentencia T-968 de 2009.....	29
3.3.1 Sentencia Corte Suprema de Justicia STC-20614 de 2017.....	34
3.4 Proyecto de Ley Estatutaria N°70 de 2018 y la necesidad o no de penalizar estas prácticas.....	38
Conclusiones.....	40
Bibliografía.....	41

RESUMEN

La maternidad subrogada o alquiler de vientre consiste en la implantación de un embrión en el útero de una mujer, quien se encargará de la gestación de la criatura, y cuando nazca, entregarla a los *padres de intención* con quienes se ha firmado un contrato previamente. Este contrato ha sido tema de grandes debates tanto en el ámbito internacional como en el nacional puesto que para algunos, estas prácticas deberían ser catalogadas como ilícitas mientras que para otros deberían ser permitidas, y en todo caso, reglamentadas.

En el ordenamiento jurídico colombiano se evidencia un vacío legal con respecto a la maternidad subrogada, lo que ha permitido que su práctica se ejerza sin control alguno, y a su vez, ha llevado a que Colombia se convierta en un país para el ejercicio de lo que se podría denominar *turismo reproductivo*, pues personas de todos los lugares del mundo vienen a él en busca de convertirse en padres utilizando para ello el mecanismo de la maternidad subrogada.

Cabe anotar que en los últimos años se han presentado diferentes proyectos de ley que han intentado regular la materia, tal es el caso del Proyecto de Ley Estatutaria N°70 de 2018, radicado por los senadores María del Rosario Guerra de la Espriella y Santiago Valencia González. En virtud de este se pretende penalizar la práctica de maternidad subrogada con fines de lucro, propuesta que será objeto de análisis en este trabajo.

PALABRAS CLAVE

MATERNIDAD, SUBROGACIÓN, ALQUILER, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, GESTACIÓN, LESIVIDAD, DIGNIDAD HUMANA, CONTRATO, LIBERTAD REPRODUCTIVA, MADRE BIOLÓGICA, PADRES DE INTENCIÓN.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la conformación de una familia ya no está supeditada a la unión de un hombre y una mujer, así como tampoco lo está con respecto a la procreación de hijos, puesto que los hijos pueden considerarse como un elemento más por el que se opta. Así las cosas, es evidente que los parámetros fundantes de la familia se han venido transformado a medida que la sociedad, la cultura y las nuevas tecnologías van avanzando. Estas últimas han generado cambios desde los distintos ámbitos de la sociedad, tal es el caso de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) que han permitido que hombres y mujeres que no pueden tener hijos por problemas de fertilidad logren hacerlo. Sin embargo, estas prácticas también han acarreado dilemas éticos y morales, que están hoy todavía en el centro del debate y uno de esos casos es el de la maternidad subrogada.

Ahora bien, el contrato del alquiler de vientre se ha venido introduciendo en el mercado laboral y comercial creando una especie de industria de la procreación, lo que a su vez ha dado lugar para que algunos sectores de la sociedad aboguen por la penalización de estas prácticas, mientras que otros las defienden y no ven razones para que puedan ser consideradas ilícitas.

En la legislación colombiana no existe una regulación expresa sobre el tema. No obstante, diariamente se ven anuncios de mujeres ofreciendo su vientre para el alquiler del mismo a cambio de una suma de dinero. Esta situación se ha prestado para que se vulneren derechos fundamentales como la dignidad humana y la libertad reproductiva de las mujeres; teniendo en cuenta que muchas de ellas alquilan su vientre como un mecanismo de subsistencia.

Lo anterior, se podría atribuir en gran medida a la indiferencia que se ha evidenciado por parte del Estado para regular este tema, pues anteriormente ya se han radicado proyectos de ley para regularlo, y no han sido más que intentos fallidos. Al parecer, el legislador no ha percibido la importancia de tratar este tema, teniendo en cuenta las implicaciones ético-morales tan importantes que conlleva, y su relevancia en términos constitucionales, al poner en juego derechos fundamentales como la dignidad humana y la libertad reproductiva.

Es por todo lo dicho que el presente trabajo se ocupará de analizar la problemática de la maternidad subrogada, teniendo la mira puesta, principalmente en las implicaciones que esta práctica supone cuando de por medio existe un ánimo de lucro. En ese sentido, y luego de explicar el tema desde una perspectiva más amplia, se analizará si se trata de prácticas cuya lesividad amerita y justifica la intervención penal que algunos proponen.

CAPÍTULO I

1. Concepto de maternidad subrogada

La maternidad subrogada conocida también como alquiler de vientre, gestación subrogada, maternidad sustitutiva, entre otras, es un concepto que se ha venido desarrollando a partir del estudio de la materia tanto en el ámbito médico como en el ámbito jurídico y social. Es así que para entender y analizar la maternidad subrogada es necesario definir verbos como “subrogar” y “gestar”. La palabra “subrogar”, se define como sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa; por otra parte la palabra “gestar” significa llevar o sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto¹.

De igual manera resulta necesario definir uno de los elementos centrales del concepto maternidad subrogada y es el significado del vocablo “maternidad”. Se trata de una palabra que proviene de materno y significa "Estado o cualidad de madre"². Ahora bien, la maternidad puede ser definida, por lo menos, desde cuatro puntos de vista. Primero, atendiendo a la raíz latina de la que procede, esto es, su significado etimológico, en segundo lugar, por su significado gramatical, en tercer lugar, desde su perspectiva biológica, y finalmente por su significado jurídico.

- A) Etimológico: La palabra madre procede del latín "mater/matris", la cual a su vez deriva del griego "matér/matrós".
- B) Gramatical: De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, maternidad significa: "Estado o cualidad de madre", mientras el vocablo madre tiene las siguientes acepciones: "Hembra que ha parido", "Hembra respecto de su hijo o hijos", "Mujer casada o viuda, cabeza de su casa"³.
- C) Biológico: La madre es el ser vivo que desde el momento de la fecundación asume esta condición.

¹ Véase diccionario de la RAE consultado online en <https://www.rae.es/> 20 de febrero de 2020

² Véase diccionario de la RAE consultado online en <https://www.rae.es/> 20 de febrero de 2020

³ Véase diccionario de la RAE consultado online en <https://www.rae.es/> 20 de febrero de 2020

D) Jurídico: Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores. Dicho vínculo o relación se puede derivar de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción)⁴. Además, cabe resaltar que en épocas más remotas:

“(…) La idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título de mater fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, todas ellas reputadas diosas vírgenes. Por este motivo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda o nacida libre. Con posterioridad, en Roma se denominó con el término mater familias a la esposa del paterfamilias, no con el objeto de conferirle el mismo status dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél, porque bien sabido es que la religión no le otorgaba a la mujer un rango especial, pues aunque se le permitía participar en los actos religiosos, no se le consideraba la señora del hogar, donde carecía de autoridad.(…)”⁵

Por otra parte las leyes griegas y las romanas señalaban que la mujer:

" (...) Soltera, está sometida a su padre; muerto el padre, a sus hermanos y a sus agnados; casada, está bajo la tutela del marido; muerto éste, ya no vuelve a su primitiva familia, pues renunció a ella por siempre mediante el sagrado matrimonio; la viuda sigue sumisa a la tutela de los agnados de su marido, es decir, de sus propios hijos, si los tiene o a falta de hijos, de los parientes más próximos. Tiene su marido tal autoridad sobre ella, que antes de morir puede designarle un tutor y aun escogerle un segundo marido(…)”⁶.

⁴ Ley 84 del 31 de mayo de 1873: Por la cual se expide el Código Civil. Diario Oficial. Bogotá, D.C., N° 2.867.

⁵ Pérez Soto, Alejandro/Cortes, Mónica “Políticas públicas para la mujer en Colombia: La doble condición de madre y trabajadora en la legislación del siglo XX”. En revista Unilibre, N°1, Vol. 8, Cali, 2012, pp.72-88

⁶ Núñez, Francisco. “La Tradición Europea y la Mujer”. Coterraneus. España. 7 de marzo de 2015, párrafo 2.[Consultado: 5 de marzo de 2020]. Disponible en: <https://coterraneus.wordpress.com/2015/03/07/la-tradicion-indoeuropea-y-la-mujer/>.

El concepto de maternidad subrogada ha sido explicado en informes en el ámbito internacional. Así, el informe de Warnock en Inglaterra, citado por Leonseguí Guillot define el concepto *Subrogacy* de la siguiente manera: “(...) La práctica mediante la cual una mujer gesta un niño para otra mujer con la intención de entregárselo después de que nazca”⁷. Mientras tanto, el informe de la Comisión Especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humana, conocido como el Informe Palacios, explica que la gestación por sustitución “es una forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable) irreversiblemente estéril, que responsabilizará la maternidad y la paternidad de la descendencia a todos los efectos (...)”⁸.

En lo que a la legislación colombiana se refiere, podemos afirmar que no consagra todavía una definición de la maternidad subrogada. Sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009 la define, a partir de conceptos tomados de la doctrina, de la siguiente manera:

“el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.” (...) “En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto”⁹.

Así las cosas, para materializar el alquiler de vientre, es fundamental primero la existencia de una mujer que desee prestar su cuerpo o más específicamente su útero, para que le sea implantado un óvulo y unos espermatozoides o simplemente unos espermatozoides. Adicionalmente es necesario la existencia de una persona o pareja, la cual aportará su material genético. También será necesaria la manifestación de la

⁷ Leonseguí Guillot, “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, BOLETÍN DE LA FACULTAD DE DERECHO, núm. 7, 1994-2012, pp320-322. Disponible en: <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1994-7-F4D6AC07/PDF> (Consulta: 11 de marzo de 2020).

⁸ Leonseguí Guillot, Op. Cit., p.321.

⁹ Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-968 de 2009*, MP María Victoria Calle Correa. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co. (18.12.2009)

voluntad por medio de un contrato ya sea oneroso o gratuito, en el que la mujer gestante se compromete a renunciar a sus derechos como madre¹⁰.

1.2. Aproximación histórica

La maternidad subrogada es considerada por algunos como una práctica bastante nueva, sin embargo hay quienes, como es el caso de Françoise Hértier, autor citado por Olavarría, considera que el alquiler de vientre existe desde Roma “(...) *los úteros subrogados existieron en la Roma antigua mediante la institución del *ventrum locare* (...)*”¹¹. Con base en el derecho romano, el paterfamilias podía compartir su esposa con otro hombre con el fin de concebir un hijo, dicha práctica no solo era aceptada sino que se consideraba como el principio de *partus sequitur ventrem*.

Al igual que en Roma, se tiene conocimiento de que la maternidad subrogada también estuvo presente desde los tiempos bíblicos, pues cabe recordar la historia de Abraham y su esposa Saraí, quien en los diez años de matrimonio no le pudo dar un hijo a Abraham, por lo cual Saraí le propuso a su esposo que tuviera relaciones sexuales con su esclava Agar y que al concebir el hijo fruto de esa relación, ese niño iba a pasar a ser hijo directo de Saraí, puesto que la ley consideraba que los amos no solo eran dueños de los esclavos sino también de todo lo proveniente de ellos¹².

¹⁰ En opinión de González Pineda, p.7 “En la maternidad subrogada debe ser importante saber quién es la que aporta el óvulo, ya que a este aspecto no se le ha dado la debida importancia, pues si la solicitante (entendiendo por tal persona que pide el alquiler un vientre) no aporta el material genético, o sea, el óvulo, entonces nos preguntamos cómo podría alegar ser la madre del niño. Podría serlo solo si lo adopta, de acuerdo a lo que la ley señale. En cambio, si la solicitante es la que aporta el óvulo, se crean lazos muy fuertes entre ella y el niño tales como la consanguinidad, la herencia, las características físicas y de personalidad. En tal caso, habría de señalarse que en un futuro, el menor se parecerá físicamente a la mujer solicitante, pues el material genético que tiene pertenece a ella, y así como esto habrá muchas cosas afines entre la solicitante y el niño. En tal caso parece que no puede decirse que la única madre es la mujer gestante, pues la aportación de la mujer solicitante al dar su material genético es fundamental”, González Pineda, Borja, “Maternidad Subrogada: Realidad actual y posibles soluciones”, 2015, pp-1-33, <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/2309/1/Gonz%C3%A1lez%20Pineda%20Borja.pdf> (consulta 11 de abril 2020).

¹¹ Olavarría, María Eugenia, “De la casa al laboratorio. La teoría del parentesco hoy día”. 2002. Revista Alteridades, N°12 (24), Alteridades, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa, México, pp. 99-116. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/747/74702408.pdf> (consulta 11 de abril 2020)

¹² Biblia, Génesis 16, disponible en <https://www.biblia.es/> (consulta 11 de abril 20)

Por otra parte, en la antigua Mesopotamia en lo que hoy es Turquía, se hallaron unas tablillas que describían un contrato matrimonial en virtud del cual el esposo tenía la opción de tener relaciones sexuales con una prostituta o su esclava en caso de que su esposa no pudiera tener hijos. En consecuencia, se entendía que el hijo fruto de esa relación (amo y esclava) se convertiría automáticamente en el hijo de la mujer estéril, y a la esclava a cambio se le otorgaba su libertad¹³.

Situados ya en la época contemporánea, encontramos que los Estados Unidos de Norteamérica ha sido uno de los países pioneros en cuanto a la práctica de la gestación subrogada, puesto que fue allí en donde se produjeron situaciones fundamentales para la realización de la gestación subrogada tal y como la entendemos hoy en día. Estos son algunos ejemplos emblemáticos de esa práctica pionera en los Estados Unidos:

Para empezar, se tiene conocimiento que en el año de 1980 Elizabeth Kane fue la primera mujer de este país en gestar al hijo de otra pareja a cambio de una suma de dinero, a su vez, en el año 1985 ocurrió el primer caso en que a una mujer se le pudo transferir un embrión a su útero mediante fecundación In Vitro.¹⁴

En el año de 1986 se registró el caso más importante de maternidad subrogada en este país, conocido como el caso de “Baby M”, el cual narra la historia de Mary Beth Whitehead quien firmó un contrato con la pareja Stern en virtud del cual se comprometía a gestar y entregar al bebé concebido con su material genético y con los espermatozoides del señor Stern. El problema ocurre cuando después de nacer la bebé, la señora Whitehead se niega a entregar la niña, argumentando que biológicamente ella era su madre. Finalmente y después de una larga batalla legal, el juez falla a favor de los señores Stern, aunque le permite a Beth tener visitas controladas con la bebé.¹⁵

¹³ Álvarez, Natalia. “Historia de la Gestación subrogada: antecedentes u casos previos” Babygest. España. 16 de noviembre de 2017, Sección 2. [Consultado: 2 de marzo de 2020]. Disponible en: <https://babygest.com/es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/>

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Rodrigo, Andrea. “El caso Baby M” Babygest. España. 4 de enero de 2016. [Consultado: 2 de marzo de 2020]. Disponible en: <https://babygest.com/es/el-caso-baby-m/>. Véase también “La niña Baby M se quedara definitivamente con

En esta reseña de antecedentes, también es relevante mencionar el caso de Buzzanca contra Buzzanca, una de las historias más relevantes de la gestación subrogada, ocurrida en el estado de California. El caso en mención, describe a la pareja John y Luanne Buzzanca, quienes decidieron procrear un hijo mediante ayuda médica y científica, por lo que contrataron a una mujer llamada Pamela Snell, quien sería la encargada de gestar al bebé con el material genético de unos donantes ajenos a la relación contractual que había entre los señores Buzzanca y la señora Snell. La señora Snell se había comprometido a entregar al bebé tan pronto diera a luz, sin embargo, la situación se complicó cuando el señor Buzzanca decidió divorciarse de su mujer y renunció a la custodia del menor que estaba por nacer.

Finalmente cuando la bebé nació la señora Luanne, le solicito al señor Buzzanca que se hiciera responsable de sus obligaciones, puesto que él también había sido parte del contrato, sin embargo éste se negó. En virtud de lo anterior el Tribunal de primera instancia declaró a la niña legalmente huérfana, pues su material genético no correspondía ni a los señores Buzzcana ni a la señora Snell y en este sentido el juez consideró que la pequeña no tenía padres. A pesar de lo anterior y después de varios años, el juez declaró que los señores Buzzcana eran los padres legales de la niña, argumentando que la paternidad no se determinaba únicamente por el material genético sino también por la intención de procrear.¹⁶

Si bien Estados Unidos ha sido de los primeros países en regular el tema, Europa tampoco se ha quedado atrás puesto que se ha evidenciado que algunos de los países del viejo continente reconocen la maternidad subrogada y la han regulado. Tal es el caso de Reino Unido, en donde se permite esta práctica únicamente para residentes. Bélgica y los Países Bajos la toleran pero no está regulada; y Ucrania, Grecia y Portugal disponen ahora de un texto legal que permite el acceso a personas extranjeras.

Ahora bien, en el continente europeo también hay registros de casos de maternidad subrogada desde hace varios años, dentro de los cuales se destaca el caso de la pareja italiana Donatina Paradiso y Giovanni

sus padres legales”, Periódico El País, 4 de febrero de 1988, Madrid,
https://elpais.com/diario/1988/02/05/sociedad/571014008_850215.html (consultada el 11 de abril de 2020)

¹⁶ Rodrigo, Andrea. “El caso de Buzzcana contra Buzzcana”. Babygest. España. 22 de noviembre de 2015, [Consultado: 12 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://babygest.com/es/el-caso-buzzanca-contra-buzzanca/>

Campanelli, quienes decidieron procrear un hijo contratando a una mujer para que esta pudiera gestar a un bebé que al cabo de nueve meses sería entregado a la familia Paradiso-Campanelli. Frente a este caso es pertinente resaltar que debido a que el material genético fue aportado por la madre gestante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), falló en contra de los padres de intención, aduciendo que como no compartían vínculos biológicos, no podían ser declarados como los padres legales.¹⁷

1.3 Síntesis de la regulación de la maternidad subrogada en el derecho comparado

En varios estados de Estados Unidos, Reino Unido, Australia, Sudáfrica, Canadá, la maternidad subrogada o también conocida como maternidad sustituta está permitida y atiende una gran demanda de parejas en todo el mundo. Para el año 2001 sólo en Estados Unidos nacieron unos 41.000 bebés mediante el procedimiento de fertilización in vitro (FIV), cerca de 6.000 surgieron de óvulos donados, y aproximadamente 600 se gestaron en úteros prestados o alquilados¹⁸.

No obstante, si nos trasladamos al continente europeo nos encontramos con que está prohibida en gran parte de sus países. Dentro de esta categoría se encuentran estados como Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Suiza, entre otros. Gran parte de sus argumentos para prohibirla, se basan en los inconvenientes que la maternidad subrogada puede presentar para el niño y el peligro de la comercialización y la amenaza que algunas de esas prácticas pueden implicar para la dignidad de la mujer.

En otros países, entre ellos Colombia, Perú y Argentina, se constata que si bien la práctica no está prohibida tampoco hay una regulación al respecto. En estos casos, existe un vacío jurídico aun cuando hay consciencia de las complicaciones que se podrían derivar de dicha práctica en términos de filiación y protección del bebé gestado.

La práctica de la maternidad subrogada hoy en día, se podría enmarcar en los siguientes escenarios desde la perspectiva jurídica:

¹⁷ Salgado, Sara. “El caso Paradiso Campanelli”. Babygest. España. 19 de febrero de 2016, [Consultado: 12 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://babygest.com/es/el-caso-paradiso-y-campanelli/>. Véase también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Paradiso y Campanelli vs Italia, No. 25358/12, (24 de enero de 2017). pp. 1-73 Disponible en: <https://lovdata.no/static/EMDN/emd-2012-025358-2.pdf>

¹⁸ Spar, Debora. *Baby Business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad*, Boston, Harvard Business School Press, 2006, pp. 12-13.

1) Prohibición absoluta: existe una norma que prohíbe de manera expresa la realización de contratos que tengan por objeto el alquiler de vientre. Por lo general, esta prohibición está incorporada en la legislación interna como un tipo penal.

Un ejemplo de esto es España. Al analizar el caso español, se encuentra que la Ley 14 de 2006 en su artículo 10.1 establece que los contratos de maternidad subrogada serán nulos de pleno derecho, independientemente de que haya ánimo de lucro de por medio o no. La nulidad del acto o contrato que tenga como objeto el alquiler de vientre, supone que la filiación se determinará por el parto, de manera que jurídicamente se entenderá como madre a aquella que da a luz y no a la madre biológica (en caso de ser distintas).

La ley española lo determina así, al considerar que la maternidad subrogada va en contra de principios esenciales del ordenamiento jurídico interno. Admitir dicha práctica, supondría la comercialización del ser humano, al tratar al bebé como objeto de transacción, y por ende iría en contra de los artículos 10.1 y 15 de la Constitución Española¹⁹. Adicionalmente, el Código Civil Español en su artículo 1271 establece textualmente: *“podrán ser objeto de contrato todas las cosas que no están afuera del comercio de los hombres”*²⁰. Asimismo, el artículo 1275 del C.C. establece que los contratos que tengan causa ilícita no producen efecto alguno.

Al igual que la ley española, el ordenamiento jurídico alemán prohibió este tipo de prácticas desde el año 1990 y mediante la ley de protección al embrión (Ley 745/90), estableció que:

“(…)Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1)Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento (...)”²¹.

¹⁹ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424.

²⁰ España. Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889, núm 206.

²¹ López Bermúdez, Á. V., & López Loaiza, M., “El alquiler de vientre y el delito”. En *Revista Inciso*, N°20(2), Armenia, 2018, pp. 1-13.

En coherencia con lo anterior, es pertinente resaltar que el Comité francés y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) han sido también fuertes detractores de la permisión de la maternidad subrogada, puesto que por parte del Comité francés, se ha dicho que mediante la opinión “núm. 3 del 23 de octubre de 1984, afirmó estar en contra de esta práctica, ya que ella puede llevar a fines comerciales, y a la vulneración de derechos de la madre gestante por la explotación mental y material que puede tener”²². A su vez, el TEDH ha señalado que “a efectos de interpretar correctamente el pretendido «derecho a la reproducción» en el que se basan la mayor parte de los defensores de la maternidad subrogada: «no existe un deber del Estado de proteger el mero «deseo» de constituir una familia, con independencia de la forma en la que este propósito se lleve a cabo. No existe un derecho a la maternidad/paternidad basado en la mera voluntad o en la proyección de la autonomía y del desarrollo personal”²³.

2) Permisi3n expresa y regulada: la legislaci3n permite la pr3ctica del alquiler de vientre y establece un marco normativo para su realizaci3n.

Ejemplos de esto son India y el Reino Unido. En ambos pa3ses los contratos de maternidad subrogada est3n expresamente permitidos, sin embargo su regulaci3n es restrictiva puesto que 3nicamente se podr3 contratar a t3tulo gratuito, es decir que la mujer gestante que decida llevar a t3rmino un embarazo para entregarlo a los padres de intenci3n deber3 hacerlo con fines netamente altruistas. Adicionalmente, tanto la madre gestante como los futuros padres deber3n cumplir con ciertos requisitos. Por ejemplo en la India, se requiere que los padres de intenci3n sean parejas heterosexuales, que lleven como m3nimo 5 a3os de casados y que tengan la nacionalidad o residen en el pa3s y la madre gestante deber3 ser una mujer no mayor de 35 a3os con un hijo y deber3 tener el consentimiento expreso de su marido para someterse al embarazo²⁴.

²² Ibid., p. 10.

²³ Valero Heredia, Ana, “La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, N° 43, Espa3a, 2019, pp. 421-440, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/24433/19286> (consultada 12 abril 2020)

²⁴ INDIA, Lok Sabha. (16, noviembre, 2016). The Subrogacy Regulation Bill. Por el cual se proh3be y se regula la maternidad subrogada. New Delhi., 2016. No 257. V3ase tambi3n SALGADO, Sara y SALVADOR, Zaira. “Gestaci3n subrogada en la India”. *Babygest*. Espa3a. 3 de septiembre de 2019, Secci3n 1. [Consultado: 5 de marzo de 2020]. Disponible en: <https://babygest.com/es/india/>

Por otra parte, en el Reino Unido con la Ley “*Surrogacy Arrangements Act 1985*”, se establece que si bien los contratos de maternidad subrogada podrán realizarse, estos no serán vinculantes y en consecuencia la madre gestante siempre será considerada como la madre legal del bebé. En este sentido la Ley en mención exige que los padres de intención deberán solicitar la paternidad ante la ley británica; dicha solicitud únicamente podrá ser solicitada cuando el bebé sea hijo de los padres de intención, hablando en términos biológicos. Adicionalmente, esta Ley prohíbe y penaliza todo acto en virtud del cual figure un intermediario para llevar a cabo un acuerdo de gestación subrogada. A su vez, el Reino Unido estableció que los anuncios de mujeres que se ofrecen a sí mismas como posibles madres de alquiler o cualquier publicación por parte de los padres subrogantes ofreciendo dinero a cambio de alquilar su vientre están completamente prohibidos, y hacerlo se considera un delito²⁵.

Por otra parte, dentro de esta categoría también se destaca Ucrania, un país en donde se ha venido convirtiendo en uno de los centros mundiales acreditados de maternidad subrogada. La ley Ucraniana establece que cuando una mujer dé a luz a un niño concebido gracias a las técnicas de reproducción asistida, su marido deberá realizar un acuerdo por escrito en donde se evidencie que él se reconoce como el padre legal del niño. Además, la legislación de este país establece que una vez se transfieran los embriones humanos concebidos por una pareja de esposos (hombre y mujer) al cuerpo de una mujer, en virtud de una técnica de reproducción asistida, se considerará que los padres legales del niño son los esposos subrogantes²⁶.

3) No existe regulación: hay un vacío jurídico en cuanto a que no hay norma que prohíba o permita la maternidad subrogada.

²⁵ REINO UNIDO, Excelente Reina, cámara de los Lores. (16, julio, 1985). Surrogacy arrangements. Por el cual se regulan ciertas actividades en relación con arreglos hechos con madres sustitutas. Londres., 1985. Disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf. Véase también: SALGADO, Sara y SALVADOR, Zaira. “Gestación subrogada en Reino Unido ¿qué dice la ley?”. Babygest. España. 3 de septiembre de 2019, Sección 1. [Consultado: 5 de marzo de 2020]. Disponible en: <https://babygest.com/es/reino-unido/>

²⁶ López Bermúdez, & López Loaiza. Op. Cit., p.7.

CAPÍTULO II

EL ESTADO DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA: ALGUNOS ESTUDIOS SOBRE EL PARTICULAR

A pesar de que la maternidad subrogada es una práctica antigua y que gracias a los avances científicos se ha podido ir desarrollando, esto no implica que su desarrollo técnico vaya de la mano del avance legal y social que implican estas nuevas prácticas. Si bien en algunos países las instituciones se han venido adaptando y se ha venido regulando el tema, existen otros países como Colombia en donde el legislador no se ha pronunciado al respecto.

Aunque en Colombia el alquiler de vientre no se encuentre regulado, no significa que está no se practique. En efecto, allí y en otros países de la región se ha visto en los últimos años un aumento de esta práctica, debido a que muchos extranjeros ven en los países latinoamericanos el paraíso de la maternidad subrogada. Valero Heredia se refiere al tema de la siguiente manera:

“ (...) En los países donde esta práctica es legal, sus ciudadanos realizan el proceso mayoritariamente en países en vías de desarrollo donde las condiciones son más laxas y las tarifas mucho más reducidas, lo que genera un auténtico «turismo reproductivo». En este sentido es significativo el caso de Reino Unido, donde se da la paradoja de que, a pesar de permitir la subrogación altruista, es el país europeo que se encuentra a la cabeza en la contratación de mujeres para dicho fin en el extranjero, principalmente en India, Tailandia y, en menor medida en Estados Unidos. Este hecho evidencia que la «maternidad altruista» es un mito que legitima y encubre el auténtico negocio a nivel mundial —principalmente para los agentes intermediarios— que supone la comercialización del cuerpo de mujeres en clara situación de necesidad económica y social (...)»²⁷.

²⁷ Valero Heredia, Ana, “La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, N° 43, España, 2019, pp. 421-440, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/24433/19286> (consultada 12 abril 2020)

La maternidad subrogada ha sido uno de los métodos de reproducción asistida en el que se ha presentado mayor conflicto, no solo en la parte civil sino también desde el punto de vista ético y moral, debido a que esta técnica ha sido la puerta principal para que muchas mujeres de bajos recursos terminen viendo la maternidad subrogada como un medio para salir de la pobreza. Por ello que algunas mujeres en repetidas ocasiones abusan de su cuerpo para someterse a riesgosos embarazos a cambio de una módica suma de dinero. Esta situación ha permitido que la mujer termine instrumentalizando su cuerpo y los bebés producto de este contrato terminen siendo vistos como objeto del mismo.

Valero Heredia en uno de sus trabajos sobre el alquiler de vientre, se ha referido a la maternidad subrogada no como una técnica de reproducción asistida en sí misma, sino:

“ (...) como una práctica que requiere de la reproducción asistida para su efectividad y que no involucra al propio cuerpo sino el de «una tercera» que debe aceptar las consecuencias que puede conllevar someterlo a dicho proceso. Si, por el contrario, decidiéramos considerar la gestación por sustitución como una técnica de reproducción asistida más, estaríamos reduciendo a la mujer gestante a un instrumento necesario para la práctica, lo cual es un ataque directo a su dignidad como persona. La instrumentalización de la mujer y de su capacidad reproductiva para satisfacer el deseo de terceros, reduce su condición de madre al de mera «portadora», término que suelen emplear, precisamente, los contratos de subrogación (...)”²⁸.

Así mismo, la activista y política española Beatriz Gimeno ha planteado en varias oportunidades que en el caso del alquiler de vientres el mercado de compra y venta de óvulos solo genera más injusticias: los ricos compran, las mujeres pobres venden. El fenómeno es naturalizado a través de los medios de comunicación donde personas ricas y famosas presentan los hijos comprados, el hecho consumado y, por lo tanto, no cuestionado ²⁹.

²⁸ Valero Heredia, Ana. Op. Cit., p.425.

²⁹ Gimeno, Beatriz, “El debate sobre los vientres de alquiler en España (con referencia a la ley presentada por el partido ciudadano)”. Beatriz Gimeno. España. 20 de octubre de 2019, [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://beatrizgimeno.es/2019/10/20/el-debate-sobre-los-vientres-de-alquiler-en-espana-con-referencias-a-la-ley-presentada-por-el-partido-ciudadanos/>

Por otra parte Montero afirma:

“(…) los contratos de maternidad de alquiler tienen por objeto, por una parte, las funciones reproductivas de la mujer portadora y, por otra parte, su cualidad de madre, o sea elementos que pertenecen al propio ser de una persona. Por eso están fuera del comercio, como el cuerpo humano en su conjunto, porque pertenecen al ámbito de la persona y no al de las cosas. Declarar válidos los contratos de madre portadora supondría, indirectamente, considerar al ser humano como una cosa, puesto que sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de contrato”³⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede suceder que la maternidad subrogada termine convirtiéndose en una forma de “despersonalización de la madre gestante en la medida en que se produce una instrumentalización de su cuerpo para satisfacer el deseo reproductivo de otros. Estamos, por tanto, ante una forma de mercantilización de la función reproductiva”³¹.

A pesar de que en estos contratos prima la autonomía de la voluntad, en donde la madre gestante es quien decide comercializar o no su útero, es importante tener en cuenta los antecedentes de aquella mujer, puesto que no va ser lo mismo la decisión autónoma de aquella persona que tiene un buen trabajo, asesoría legal y que su contexto socioeconómico le ha permitido tomar libremente una decisión tan íntima como lo es gestar el hijo de otra persona, a diferencia de aquella mujer que no ha tenido oportunidades y que no cuenta con la información suficiente para tomar una decisión que vaya más allá de los intereses netamente económicos. Con razón se ha dicho que:

“Esta realidad evidencia que cabe cuestionar profundamente la autonomía de la madre gestante como derecho en el que anclar las demandas de legitimidad de la maternidad subrogada, ya que, cabe plantearse si la libertad de decisión de la gran mayoría de mujeres firmantes de este tipo de

³⁰ Montero, Étienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, en *Revista Persona y Derecho*, N°72, 2015, pp. 229-230 Disponible en: <https://docplayer.es/113347163-La-maternidad-de-alquiler-frente-a-la-summa-divisio-iuris-entre-las-personas-y-las-cosas.html>

³¹ Valero Heredia, Ana. Op. Cit., p. 427.

contratos, que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad socio-económica, no se ve viciada por dichas circunstancias vitales. Estaríamos, por tanto, en presencia de una auténtica explotación reproductiva”³².

Ahora bien, es evidente la existencia de diferentes posturas frente a este tema, no solo en el ámbito estrictamente jurídico de cada país sino también con respecto a las posiciones doctrinales; es así como es posible observar que algunos asumen una postura completamente permisiva, mientras que otros tienen una inclinación prohibicionista y otros se limitan a aceptarla con ciertas restricciones.

Frente a lo anterior, se afirma que quienes apoyan en su totalidad esta práctica, es porque consideran que en el contrato de alquiler de vientre se encuentra inmersa la libertad contractual y la libertad de procreación y por tanto es la mujer quien tiene la potestad de decidir sobre su cuerpo y en este sentido el Estado no debe trasgredir dichas libertades prohibiendo este tipo de prácticas. Un claro ejemplo de lo anterior es la prostitución en Colombia, actividad que no es ilegal bajo el entendido de que solo la mujer debería estar facultada para decidir sobre su cuerpo y por ende el Estado no debería entrometerse en sus decisiones respecto de este. Por otro lado está el proxenetismo, delito que busca sancionar a aquellas personas que se benefician económicamente a costa de la prostitución de otra, sin que la persona que realiza el trabajo sexual sea penalizada y en consecuencia no figure como sujeto activo en el tipo penal. En coherencia con lo anterior, quienes respaldan la maternidad subrogada asumen la misma postura que en el caso del ejemplo mencionado, pues afirman que son las partes intervinientes en el contrato quienes tienen la facultad de tomar decisiones sobre sí mismas, sin que ninguna otra persona interceda en ella.

Adicionalmente y con base en lo ya mencionado, quienes apoyan la idea de que el contrato de maternidad subrogada parte de la libertad de elección que tienen las personas para decidir sobre su cuerpo, se les suma el argumento del “derecho a tener hijos”, ya que consideran que la libertad de procreación es paralela a dicho derecho y por consiguiente el contrato de alquiler de vientre evita la discriminación de las parejas infértiles con respecto a las fértiles. Por lo tanto, la libertad de procreación, que consiste en la decisión autónoma de tener hijos o no, debería poder ser ejercida por parte de aquellas parejas que si bien

³² Valerio Heredia, Ana. Op. Cit., p. 428

tienen problemas de fertilidad, encuentran actualmente otras alternativas diferentes para conformar una familia.

En consecuencia con lo anterior, los Estados han propendido por la constitución de una familia que esté conformada por padres e hijos, y ha permitido que el parentesco se constituya no solo por lazos de consanguinidad sino también civiles, abriéndole la posibilidad a las personas de iniciar un proceso de adopción. Dicho esto, no es pertinente afirmar que la prohibición del alquiler de vientre es una forma de discriminar a quienes no pueden tener hijos ya que el Estado no está obligado a satisfacer esa necesidad que desde la biología ya está siendo negada y por consiguiente no es coherente que se permitan prácticas que lesionan bienes jurídicos tan importantes como la integridad de una persona teniendo a su disposición formas menos dañosas de ejercer la maternidad.

Por otra parte, los detractores de la maternidad subrogada, sugieren que este tipo de contratos deben ser considerados como conductas penalmente reprochables ya que se encuentran vulnerando permanentemente derechos como la dignidad humana y la libertad sexual. Adicionalmente, se considera que el alquiler de vientre representa el tráfico de humanos, teniendo en cuenta que el objeto del contrato versa sobre la entrega de un bebé, y como contraprestación hay una retribución económica. Así mismo, se observa que quienes se encuentran a favor de la penalización de estos contratos, cuestionan la supuesta libertad contractual que tienen las madres gestantes cuando dan su consentimiento para alquilar su vientre, puesto que como bien lo afirma Valero Heredia en su investigación titulada “La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales”, estas mujeres que “libremente” deciden gestar el hijo de otra persona, por lo general son mujeres con bajos niveles de educación y con serias necesidades económicas; factores que influyen en su decisión y que en últimas resultan determinantes para llevar a cabo el contrato. Adicionalmente Valero trae a colación otro argumento que contradice dicha libertad contractual, el cual hace referencia a que *“la función reproductora de una mujer es algo extra commercium, y, en consecuencia, no puede someterse a la lógica contractual”*³³.

Cabe resaltar, que quienes se encuentran completamente en contra de la maternidad subrogada, como es el caso de la mencionada autora, consideran que la regulación de los contratos de alquiler de vientre con fines altruistas tampoco hacen parte de la solución del problema ya que este contrato en particular no es

³³ Ibid. p. 427.

más que una fachada para ocultar el negocio que hay detrás de esta práctica, y en virtud de la cual se están vulnerando derechos fundamentales. En sus palabras: “Esta práctica, que no es una técnica de reproducción asistida, vulnera muchos derechos y bienes jurídicos: así, se ha documentado el abandono de niños cuando la mujer gestante ha dado a luz a gemelos; cuando el número de fetos ha excedido del deseado por los contratantes; en el caso de que el niño nazca con algún tipo de enfermedad; o por el mero hecho de que el niño no resulte ser del sexo deseado por aquellos”³⁴.

Ahora bien, dentro del debate que genera este tema, hay una postura que hasta el momento ha sido la más aceptada por la doctrina y es la de permitir la maternidad subrogada solo bajo la modalidad altruista. Los contratos de alquiler de vientre a título gratuito son considerados por muchos como el mecanismo más óptimo para concebir bebés sin que esto represente la mercantilización del cuerpo de la mujer. En este sentido se observa que existe una verdadera libertad contractual en cuanto a que el consentimiento de la madre gestante no está supeditado a intereses económicos.

Angela Viviana López Bermúdez y Martín López Loaiza en su investigación titulada “El Alquiler de Vientre y el Delito” aconsejan una pronta regulación de la maternidad subrogada con fines altruistas, con base a los lineamientos dados por la Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009, y proponen la penalización de este tipo de contratos cuando se realice con fines lucrativos. La propuesta del tipo penal que formulan es la siguiente:

“Maternidad subrogada, Alquiler de vientre o Gestación Subrogada. El que mediando compensación económica, fin lucrativo, provecho o cualquier utilidad, realice, organice o publique la maternidad por sustitución en cualquier forma incurrirá en prisión de uno a cinco años. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba, el intermediario y la mujer que alquile su vientre, aunque la práctica se hubiese efectuado en país extranjero.”³⁵

La maternidad subrogada con fines altruistas, es una propuesta que intenta acabar con el vacío legal existente no solo en nuestro ordenamiento jurídico sino en el de muchos otros países que aún no cuentan

³⁴ Ibid., p.439.

³⁵ López Bermúdez, & López Loaiza. Op. Cit., p.11.

con una legislación que permita controlar la manera en que se han llevado a cabo este tipo de contratos. Por lo tanto, la regulación de esta práctica es necesaria para proteger los derechos de los individuos que intervienen en este tipo de contratos. Tal y como lo expresa Brajím Beetar Bechara en su trabajo “La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente”, se deberá partir del reconocimiento de los derechos que se contraponen en torno a dicha actividad: por un lado la dignidad de la mujer; y por otro, la libertad de disposición de su cuerpo, el principio de solidaridad y el derecho de la pareja comitente a conformar una familia para así plantear una propuesta en donde no haya una vulneración de ninguno de los derechos mencionados.

En su trabajo, Bechara parte de la importancia de esclarecer el concepto de maternidad subrogada, y alude a Jouve para referirse a los diferentes términos utilizados en torno a esta práctica:

“ (...) «vientres de alquiler», «maternidad por sustitución» e incluso «gestación subrogada», que son las usualmente utilizadas, adolecen de cierta opacidad respecto al hecho al que se refieren. En primer lugar, no se trata de un vientre de alquiler, sino de una «madre de alquiler», ya que lo que se está haciendo es contratar a una persona en su integridad, no solo su vientre, para que lleve a cabo la gestación que quien la contrata no desea o no puede llevar a cabo. Tampoco parece correcto hablar de «maternidad por sustitución», ya que desde la perspectiva biológica y genética la maternidad no es sustituible, o hay maternidad genética (la madre que aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante). Por último, denominar a esta práctica «gestación por sustitución» es precisamente ocultar la palabra maternidad, lo que resulta inadecuado, pues ser madre supone mucho más que gestar y dar a luz a un hijo. Por todo ello, parece más adecuado hablar de «madre de alquiler» o «maternidad subrogada», que es lo que describe mejor los hechos que se llevan a cabo”³⁶.

En razón de lo anterior, se considera que las madres gestantes al consentir este tipo de contratos podrían estar violentando su propia integridad, ya que como bien se ha manifestado no se contrata un vientre sino una persona en su conjunto, la cual tiene unos derechos por el simple hecho de pertenecer a la especie

³⁶ Jouve de la Barrera, Nicolás. “Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada”, en *Revista Cuadernos de bioética*, N° XXVIII, Madrid, p. 154.

humana y en consecuencia las nuevas técnicas de reproducción asistida deberán propender por el respeto y la protección de los mismos.

Así pues y a partir del análisis que realiza Brajim Beetar Bechara, en su trabajo, en virtud del cual realiza un estudio de los tres marcos normativos que se observan en el derecho comparado frente al alquiler de vientre (permisivo, restrictivo y parcial), propone la modalidad de *maternidad subrogada gestacional altruista* para Colombia, considerando que el sistema jurídico colombiano ha entendido que los seres humanos no pueden ser objeto de comercio ni tratarse como bienes.

En su opinión, la permisión regulada sería la ideal para atender los requerimientos de un país como Colombia, donde debe haber una especial protección a la mujer y minimizar los riesgos de su explotación. Para esto, la madre gestante debe dar por escrito su consentimiento libre, pleno e informado, autorizando para la aplicación de la TRA idónea para llevar a cabo la concepción e iniciar con el proceso de gestación.

Adicionalmente, Bechara propone un modelo para la regulación de estas prácticas muy parecido al que se aplica en los países en donde la maternidad subrogada con fines altruistas está permitido; dicho modelo se caracteriza por acoger ciertas medidas previamente de la firma del contrato, tales como: que la mujer no actúe como madre gestante más de dos veces, que tenga un hijo propio previo y que se encuentre entre los 18 y 40 años, gozando de buena salud a nivel físico y psicológico. Esto, con la finalidad de evitar embarazos de alto riesgo. Además, la mujer que alquilaría su vientre debería ser residente colombiana, de manera que Colombia no sea un atractivo turístico para llevar a cabo estas prácticas³⁷.

A su vez, Bechara recomienda que uno de los comitentes aporte sus gametos y que se compruebe que alguno de los dos tiene alguna imposibilidad para procrear o llevar a término un embarazo, y que por lo tanto se justifica el uso de la práctica. Adicionalmente, uno de los comitentes debería ser colombiano o residir habitualmente en el país, para evitar, como ya se mencionó anteriormente, el turismo desmesurado para la realización de dichas prácticas³⁸.

³⁷ Beetar Bechara, Brajim. (2019). “La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente”, en *Revista Socio-Jurídicos*, 21(2), pp.156-158.

³⁸ Ibid.

CAPÍTULO III

REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA: ¿ES NECESARIO UN DELITO O DEBE HACERSE UNA REGULACIÓN EXTRAPENAL?

3.1. Aspectos generales

A lo largo de este trabajo se ha mencionado en repetidas ocasiones que la maternidad subrogada en Colombia no ha sido desarrollada normativamente, sin embargo jurisprudencialmente sí ha habido pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, no obstante estos han sido muy limitados y en todo caso no pueden suplir la ausencia de regulación legal. En consecuencia dicha situación ha permitido que la práctica del alquiler de vientre se ejerza sin control alguno por lo que muchas mujeres terminan siendo instrumentalizadas para esta práctica.

En vista de esto, el Estado tiene la obligación no solo de subsanar dichos vacíos normativos, sino también de velar por la protección de los bienes jurídicos que involucra la maternidad subrogada como lo son la vida y la dignidad humana. Colombia ha sido un país que a lo largo de su historia se ha destacado por ser un Estado con una profusa legislación, puesto que para nadie es un secreto que el Congreso de la República se encuentra trabajando permanentemente en la promulgación de leyes, es por esto mismo que no deja de parecer extraño que en un país en donde la creación de normas que es algo del día a día, para la fecha aún no se cuente con una regulación al respecto.

Ahora bien, en lo que a este trabajo y como parte final del mismo se refiere nos centraremos en la conveniencia o no de penalizar estos comportamientos, teniendo como referencia la lesividad que en algunos casos estas conductas pueden conllevar.

En primer lugar, es necesario hacer referencia a la disposición constitucional que de acuerdo con nuestro criterio, justifica la permisión de la maternidad subrogada:

Por un lado tenemos el artículo 42 que establece:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia

(...)

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

(...)

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil”³⁹.

En el artículo 42 de la Constitución se evidencia que el Estado le ha abierto la puerta a las diferentes alternativas de procreación, pues al afirmar que la familia se constituye no solo por vínculos naturales sino también mediante la *asistencia científica*, de alguna manera está asumiendo indirectamente una posición permisiva ante este tipo de prácticas. En vista de la afirmación anterior, se podría aseverar que en Colombia las técnicas de reproducción asistida se encuentran constitucionalmente amparadas y bajo esta perspectiva sería sensato permitir y en consecuencia regular la maternidad subrogada. Adicionalmente, en el artículo está contenido el derecho a la libertad reproductiva, al determinar que las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos.

Lo anterior no quiere decir que el artículo 42 de la Constitución Política legitime directamente los contratos de alquiler de vientre, teniendo en cuenta que la posibilidad de formar una familia mediante las nuevas técnicas de reproducción asistida no se equipara correlativamente a la de realizar contratos de maternidad subrogada. Sin embargo el artículo en mención si le abre las puertas a la posibilidad de que

³⁹ Constitución Política de Colombia ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta No. 116. (20, julio, 1991). Santa Fe de Bogotá, D.C.

en un futuro se regule esta práctica, teniendo en cuenta que la maternidad subrogada hace parte de una de las tantas formas de procreación.

De otro lado, también en otras normas de menor rango, esto es, leyes y decretos se podría encontrar justificaciones razonables para que se considere una práctica que debe permitirse:

La Ley 57 de 1887, ha venido modificándose a partir de los distintos avances sociales, culturales y científicos, es por esto, que para hablar de maternidad subrogada es pertinente traer a colación algunos artículos que permiten vislumbrar una posición permisiva del derecho civil colombiano frente a este tipo de contratos.

“(…) Artículo 1602: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales (…)”⁴⁰.

La autonomía privada de la voluntad es uno de los principios fundadores del derecho civil en Colombia, es por esto que al ser el alquiler de vientre un contrato de carácter civil, el principio en mención se convierte en un elemento básico de este tipo de pactos. En este sentido, se considera que las partes contratantes son autónomas y libres de tomar decisiones con respecto a su cuerpo, su sexualidad y con quien o como desean procrear. A su vez, los defensores de esta práctica arguyen que mientras que el consentimiento de las partes no se encuentre viciado en razón de sus capacidades físicas o psíquicas; por la fuerza, el error o el dolo no sería coherente prohibir y penalizar estas conductas teniendo en cuenta que dichas decisiones hacen parte del libre albedrío de las personas.

No obstante todo lo anterior, y en contrapartida, existe otro derecho fundamental de rango constitucional que se puede ver comprometido con la práctica de la maternidad subrogada, al menos aquellas que no estén dentro de ciertos parámetros que han de estar debidamente regulados. En efecto, el artículo 1º, como de la Constitución Política, establece:

“Artículo 1º (..) Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa

⁴⁰ Ley 84. (31, mayo, 1873). Por la cual se expide el Código Civil. Diario Oficial. Bogotá, D.C., N°2.867

y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (...)”⁴¹.

Del precitado artículo de la Constitución, se advierte que Colombia es una nación fundada en el respeto de la dignidad humana y es allí cuando en el contrato de alquiler de vientre empieza a ocasionar conflicto en los casos en los que tal acuerdo de voluntades implica la instrumentalización del cuerpo de la mujer y la cosificación del nasciturus y por tanto, lesiona en forma grave la dignidad humana. Situación que se refleja de manera más clara en los casos en los que los contratos de maternidad subrogada utilizados simplemente como una alternativa de trabajo, como medio de subsistencia para la mujer que alquila su vientre, puesto que ello implica mercantilizar tanto el cuerpo de la mujer como el producto de la concepción.

Ahora bien, al igual que en materia constitucional, en el ámbito legal también existen normas que podrían servir para considerar que no es admisible la práctica de la maternidad subrogada

Es pertinente traer a colación los artículos 35° y 355° del Código Civil.

- “(...) Artículo 35: parentesco de consanguinidad como “la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz o que están unidas por vínculos de sangre (...)”⁴².

- “Artículo 335. Impugnación de la maternidad. 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. Tienen el derecho de impugnarla:
1o) El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo.
2o) Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ley 84. (31, mayo, 1873). Por la cual se expide el Código Civil. Diario Oficial. Bogotá, D.C., N°2.867.

3o) La verdadera madre para exigir alimentos al hijo”.⁴³

Es importante traer estos dos artículos a colación, puesto aquí surge un conflicto importante en materia de filiación al estar frente a un supuesto de maternidad subrogada. En virtud del artículo 335 del CC, la doctrina colombiana ha desarrollado el concepto de maternidad, entendiendo como madre a aquella mujer que da luz. En consecuencia y en caso de una posible regulación del contrato de maternidad subrogada el legislador deberá contemplar el supuesto en que se discuta la maternidad de un niño que tiene el material genético de la madre subrogante, pero la mujer que da a luz al bebé finalmente se niega a entregarlo amparándose de esta idea.

En consecuencia con lo anterior, es pertinente destacar lo dicho López Bermúdez y López Loaiza:

“(…) Está latente la posibilidad que en la maternidad subrogada, se hallen modelos de alguna clase de conducta antijurídica, debido a que si bien es claro que el material genético utilizado para la fecundación pertenecen a la pareja que busca alquilar el vientre, pero a la hora en la que nazca él bebe, este será registrado con una madre y un padre diferentes, lo que significa que el médico que asista el parto desde el momento en que formule el certificado de nacido vivo incurriría en falsedad en documento público, y la madre natural al momento de entregar a el recién nacido a los padres genéticamente naturales, podría estar cometiendo trata de personas con el *neonato*, en razón del factor económico a cambio de su participación en el proceso (...)”⁴⁴.

De la misma manera que en la Constitución y ley se observan argumentos en favor y en contra de permitir la maternidad subrogada, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se puede observar una tendencia a admitir la constitucionalidad de los contratos de alquiler de vientre. Sin embargo también es posible encontrar argumentos que podrían justificar la prohibición de la maternidad subrogada; veamos:

3.2 Argumentos en contra: Sentencia C-355 de 2006

La sentencia C-355 de 2006 es relevante puesto que gracias a esta se admitieron tres supuestos en los que el aborto no es penalizable. Si bien este no es el tema del trabajo, es importante destacar el análisis

⁴³ A partir del artículo 335 del Código Civil, en virtud del cual se regula la impugnación de la maternidad se observa que la concepción jurídica de que “Madre es toda aquella que da a luz” proviene del artículo en mención, puesto que considera que la maternidad podrá ser impugnada cuando se probase falso parto. En este sentido, parece que el legislador considera que la maternidad se reduce únicamente al momento en que la mujer da a luz.

⁴⁴ López Bermúdez, & López Loaiza. Op. Cit., p.7.

que hace la Corte Constitucional frente a la dignidad humana, pues dicho derecho fundamental es de vital importancia al momento de estudiar el contrato de alquiler de vientre. La Corte en esta sentencia manifiesta que la dignidad humana:

(...) “constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.”(...) ⁴⁵.
(subrayado ajeno al texto original)

A raíz de lo anterior, es pertinente preguntarse: ¿al permitir los contratos de maternidad subrogada, el legislador paralelamente no estaría violando el derecho a la dignidad humana por cuanto estaría reduciendo a la mujer a ser una simple herramienta de reproducción?. La respuesta seguramente no será unánime, sin embargo, se observa que sin importar a que título se realice este tipo de convenios, la mujer gestante estaría limitándose únicamente a su capacidad reproductora ya que la única razón por la cual esta se encuentra inmersa en la relación contractual es para cumplir los deseos de formar una familia de unos terceros. En este entendido se deberá cuestionar si los intereses personales de las parejas que no pueden y desean tener hijos, están por encima de la dignidad humana de las madres subrogantes.

3.3 Argumentos a favor: Sentencia T-968 de 2009

Esta sentencia es tal vez el pronunciamiento más importante que ha tenido hasta el momento la Corte Constitucional frente al tema de la maternidad subrogada, puesto que es allí donde se habla de manera concreta del contrato de alquiler de vientre.

Esta sentencia expone el caso de Saraí quien es madre soltera, reside en el municipio de Vijes, Valle del Cauca, y Salomón un hombre con una sociedad conyugal vigente, residente en Stirling, Massachusetts EE.UU. Ambos concibieron dos gemelos a través del proceso de reproducción asistida denominado fertilización *in vitro*. Saraí y Salomón se conocieron por medio del Dr. Marco Julio Velásquez, quien

⁴⁵ Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-355 de 2006*, MP Álvaro Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co. (10.05.2006)

hace parte del Programa de Fertilización *in vitro* del Centro de Reproducción Asistida Fecundar. El Sr. Velásquez los presentó con el fin de que Saraí le alquilara su vientre a Salomón y su esposa Raquel. El acuerdo consistía en que los óvulos de la señora Raquel fueran implantados en el cuerpo de Saraí con el fin de llevar a cabo un embarazo, a cambio de una suma de dinero que la pareja compuesta por Salomón y Raquel pagarían a Saraí durante el tiempo que durara el embarazo y otra cantidad significativa al final del mismo. El tratamiento fue realizado múltiples veces, puesto que Saraí no había podido quedar en embarazo, por lo cual el convenio se dio por terminado.

Saraí arguye que Salomón continuó contactándose con ella por vía telefónica, además manifiesta que la llegó a visitar en repetidas ocasiones, y al cabo de un tiempo, se conformó una relación más íntima, por lo cual ella terminó accediendo a someterse nuevamente a un tratamiento de fertilización *in vitro*, solo que esta vez el compromiso era que Saraí no entregaría a su hijo y que Salomón estaba dispuesto a ayudarla económicamente. Por su parte Salomón niega rotundamente esta versión y sostiene que Saraí y él acudieron ante la “Sociedad Unidad de Medicina Reproductiva Centro Médico Imbanaco” de Cali, donde fueron atendidos por el Dr. Rafael Camacho Mafla, especialista en el tema.

Saraí y Salomón, le dijeron al doctor Camacho que eran un matrimonio estable y llevaban más de un año intentado tener hijos sin ningún resultado, por lo cual firmaron sendos consentimientos informados que el centro médico les suministró. Cabe resaltar que Imbanaco es una institución que no realiza estos procedimientos a parejas que no estén casadas. Finalmente Saraí logró quedar embarazada y pasados nueve (9) meses dio a luz a gemelos.

Los gemelos fueron registrados como hijos extramatrimoniales, adicionalmente no se suministró el nombre del padre, quien no tuvo la oportunidad de regresar al país de manera oportuna para estar en el parto, porque no se le informó a tiempo. Salomón, arguye que después de que este le entregó a Saraí la suma de \$ 14.208.750, esta terminó arrepintiéndose de entregar a sus hijos, situación que sumada a un registro en donde no aparece el nombre del padre, desató múltiples denuncias y demandas, por parte de ambos padres.

Aquellos pleitos jurídicos terminaron provocando que Saraí perdiera la custodia y cuidado de los menores y que esta fuese entregada de manera provisional al padre quien aprovechó la situación para solicitar la salida definitiva del país de los menores.

El Juez Décimo de Familia de Cali, falló a favor de Salomón concediéndole el permiso de salida a sus hijos, en tanto que la madre de los niños interpuso acción de tutela contra dicha providencia, la cual fue fallada a su favor por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia. El Tribunal consideró en su sentencia que el Juez de Familia había incurrido en vía de hecho por defecto fáctico y sustantivo y ordenó revocar el fallo del 29 de agosto de 2008 y expedir una nueva providencia en el término de quince (15) días.

La Corte Constitucional, en esta sentencia de revisión de tutela que se viene reseñado, manifiesta que los menores de edad son sujetos de especial protección, en consecuencia sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás; esta aseveración está basada en el artículo 44 de la Constitución Política, que establece:

“(…)ARTICULO 44:-Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Gozan también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia (…)”

Mas adelante la Corte señala que tanto la Convención sobre Derechos del Niño como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sostenido que todas “las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor”⁴⁶.

⁴⁶ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Convención sobre Derechos del Niño. (02, septiembre,1990), Por el cual se crea la Convención de Derechos del Niño. Nueva York, Estados Unidos., Resolución N°44/25.

En relación con lo anterior, la Corte en dicha providencia considera que es necesario preservar el equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres, sin embargo, en caso de que se presente algún conflicto entre ambos, siempre se resolverá a luz de la satisfacción superior del menor. En este entendido, es evidente que la Corte asume una posición garantista que traspasa los intereses contractuales y económicos del derecho privado y es por esto que no justifica que las condiciones económicas por sí solas sean razón suficiente para la intervención del Estado, pues considera que deberán “existir motivos adicionales poderosos, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica”⁴⁷ .

Adicionalmente, la Corte Constitucional afirma que el alquiler de vientre no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, lo definen con base a las disposiciones doctrinarias 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 (…)”⁴⁸ .

La definición anteriormente expuesta, está sujeta al evento en el que la mujer que gesta y da a luz, no aporta los óvulos.

No obstante, la Corte Constitucional en la citada sentencia señaló que si bien en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una regulación expresa para la realización de este tipo de contratos, si la hay frente a la técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada, en este sentido se considera que estas prácticas se encuentran jurídicamente amparadas por el ordenamiento colombiano.

Así mismo, la Corte plantea la urgente necesidad de regular la materia y dispone una serie de condiciones que deberá incluir el legislador al momento de reglamentar la maternidad subrogada, así:

“(…) (i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas;

⁴⁷ Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-968 de 2009*, MP María Victoria Calle Correa. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co. (18.12.2009)

⁴⁸ Ibid.

(iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros (...)⁴⁹

De lo anterior, se infiere que la Corte es partidaria de este tipo de convenios, sin embargo, también se observa una posición restrictiva y cuidadosa frente a la protección de los derechos fundamentales tanto de la mujer gestante como del menor; en tanto que excluye inmediatamente el móvil lucrativo, evitando de esta manera la comisión de delitos como el tráfico de menores. Adicionalmente ratifica la importancia que le da el Código Civil al parentesco de consanguinidad, pues incluye dentro de los requisitos propuestos que la mujer gestante no sea quien aporte el material genético pues de lo contrario el proceso de alquiler de vientre termina convirtiéndose en un proceso de adopción.

Finalmente, en el caso concreto la Corte resolvió dejar sin efectos la sentencia proferida por el juez décimo de familia de Cali, adicionalmente le ordena al despacho en mención el cumplimiento de las medidas de protección restableciendo los derechos conculcados de los menores y de la madre; a su vez le ordena al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) el acompañamiento del reencuentro de los menores con su madre para así reestablecer esos lazos afectivos que un momento parecieron perdidos.

Por otra parte, la Corte declara que entre Sarai y Salomón no existió un contrato de alquiler de vientre, puesto que el óvulo aportado corresponde a la madre gestante, en este sentido se entiende que para la Corte Constitucional, la relación biológica entre la madre y el hijo es fundamental al momento de alegar los derechos concernientes a la maternidad, situación que se contrapone al artículo 335° del Código Civil.

⁴⁹ Ibid.

“(…)ARTICULO 335-IMPUGNACION DE LA MATERNIDAD. 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 (…)”⁵⁰.

La frase anteriormente subrayada es la que podría ser contradictoria con la posición de la Corte, ya que al parecer el legislador asume que “madre es toda aquella que da a luz”, en tanto que reduce la maternidad al momento del parto y es allí cuando se puede presentar un conflicto de intereses en los casos en que la madre subrogante alegue derechos maternales debido a que esta gestó y dio a luz a un niño que biológicamente no le pertenece.

En sentido, se afirma que la Corte Constitucional no previó que al exhortar al Congreso de la República para legislar la maternidad subrogada bajo el entendido que únicamente será posible llevar a cabo estos procedimientos cuando el material genético lo aportan los padres subrogantes, conllevaría necesariamente a la comisión del delito de falsedad en documento público ya que bajo la mirada del artículo 355 del C.C es evidente que el parto de una mujer es lo que determina su maternidad y en consecuencia el documento exigido por la ley cuando se produce el nacimiento del menor entraría en conflicto con el ADN de la madre subrogante.

3.3.1 Sentencia STC-20614-2017

En esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia, decide sobre la impugnación de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2017, mediante la cual la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín negó la acción de tutela promovida por Jizra Engelhardt y Ronald Beunis, quienes solicitaban la transferencia de “embriones crio preservados” pertenecientes a los demandantes a la ciudad de los Ángeles, Estados Unidos, lugar donde comenzarían un nuevo tratamiento de fertilización In Vitro.⁵¹

La razón por la cual se trae a colación esta sentencia es en virtud del asunto relativo a la “autodeterminación reproductiva”, la cual es definida por la Corte Suprema de Justicia:

⁵⁰ Ley 84. (31, mayo, 1873). Por la cual se expide el Código Civil. Diario Oficial. Bogotá, D.C., N°2.867.

⁵¹ Corte Constitucional Suprema de Justicia, *Sentencia STC 20614*, MP Margarita Cabello Blanco. Disponible en www.cortesuprema.gov.co. (06.12.2017)

“ (...) Así, la autodeterminación reproductiva reconoce a las personas, en especial a las mujeres, el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas(...)”⁵².

Al respecto es de anotar que los contratos de alquiler de vientre a título gratuito o también conocidos como altruistas, no representan ningún tipo de violación frente a la autodeterminación reproductiva, por el contrario los contratos de maternidad subrogada a título oneroso sí lo representan, en consecuencia las partes contratantes no podrán apelar a este derecho, ya que no resulta sensato aducir que la recompensa económica que estas mujeres reciben a cambio de gestar el hijo de otra persona, no coarta la libertad de autodeterminación pues es claro que su poder de decisión se encuentra limitado a intereses monetarios.

3.4. El proyecto de ley estatutaria N°70 de 2018 y la necesidad o no de penalizar esas prácticas

La ausencia de legislación en el tema de la maternidad subrogada genera en nuestro país una gran inquietud acerca de los límites dentro de los cuales debe permitirse esta práctica y por tanto en la necesidad de fijar los parámetros dentro de los cuales sería lícita. En esa dirección se orienta el proyecto de Ley estatutaria propuesta por los senadores Maria del Rosario Guerra de la Espriella y Santiago Valencia González, cuyo contenido se expone a continuación:

Objeto: “prohibir la práctica de la maternidad subrogada con fines de lucro, y regularla para parejas colombianas que presenten incapacidad biológica para concebir. Esto, mediante la protección de los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, y la protección del que está por nacer”.

Definición: “Se entiende por maternidad subrogada, o comúnmente llamada también alquiler de vientres, todo acuerdo de voluntades, verbal o escrito, a título gratuito o con fines de lucro, unilateral o bilateral, a título personal o por interpuesta persona, que tenga por objeto el compromiso de gestar un bebé y entregarlo a una persona o a una pareja, cediendo la filiación derivada de la maternidad o renunciando a los derechos sobre el recién nacido”.

En primer lugar, el proyecto de ley establece que todo acto jurídico en el que se pacte como obligación el alquiler de vientre con fines lucrativos se entenderá nulo de pleno derecho, dejando así la puerta abierta

⁵² Ibid.

para llevar a cabo esta práctica de manera altruista. Sin embargo, el proyecto de ley establece unos requisitos para llevar a cabo la maternidad subrogada bajo esta modalidad:

1. Que se realice entre nacionales colombianos.
2. Se debe presentar certificado médico en el que se demuestre que existe una incapacidad física o biológica para concebir.
3. Ambos sujetos deben gozar de plena capacidad que conste mediante declaración extrajudicial juramentada.

Adicionalmente, el proyecto de ley establece que se debe penalizar la maternidad subrogada con fines lucrativos, y por lo tanto añadir a la Ley 599 del 2000 (Código Penal vigente) el siguiente artículo:

“ (...) 188E: De la maternidad subrogada con fines de lucro: “El que promueva, financie, pague, colabore o constriña a una mujer a llevar a cabo un contrato de alquiler de vientres con fines de lucro incurrirá en prisión seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...)”.

Asimismo, el proyecto de ley estipula que el Ministerio de Salud deberá ser la entidad encargada de reglamentar la maternidad subrogada altruista, estableciendo las obligaciones de ambas partes, y ciñéndose a los parámetros que ha dado al respecto la Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009.

En lo atinente al tipo penal que se propone crear en el citado proyecto, se ha planteado que los bienes jurídicos tutelados serían:

Dignidad humana: Este bien jurídico se encuentra enunciado en el artículo 1º de la Constitución Política el cual hace parte de los principios fundantes del Estado social de derecho y en virtud del cual propende por el respeto de la condición propia del ser humano.

A partir de lo anterior, se entiende que el tipo penal que se pretende adicionar al Código Penal, se orienta a evitar que la mujer gestante sea tratada como un instrumento de procreación de igual manera se evita que el nasciturus no sea objeto de comercialización y de algún tipo de manipulación genética.

Libertad sexual y de procreación: Este bien jurídico, se ve reflejado en la facultad que tiene toda mujer de conformar una familia y de decidir si concebir o no hijos a partir del desarrollo libre, sano, seguro y satisfactorio de la vida sexual y reproductiva.

En coherencia con lo anterior, se infiere que lo que busca el proyecto de ley es que las decisiones que tomen las mujeres con respecto a la reproducción no estén supeditadas a la falta de información y a las carencias económicas o de otra índole que propicien las condiciones para que la práctica de la maternidad subrogada afecte bienes jurídicos que el derecho penal protege, en particular, la dignidad humana y la libertad reproductiva de la mujer.

Como se dijo al comienzo de este trabajo, y por todo lo que se ha mostrado hasta el momento, es posible afirmar que existen razones de mucho peso que aconsejan que la maternidad subrogada sea una práctica permitida, pero bajo ciertos parámetros que impidan que se afecten bienes jurídicos como los enunciados en el párrafo anterior.

En ese sentido consideramos que la tipificación de la maternidad subrogada podría justificarse desde el principio de lesividad,⁵³ siempre y cuando la prohibición penal recaiga sobre prácticas dirigidas a alcanzar fines lucrativos a través de las cuales el cuerpo de la mujer termina siendo instrumentalizado y convirtiendo a las criaturas que por estos mecanismos se gestan en simples mercancías.

Partiendo del concepto de maternidad subrogada, entendida como aquella práctica en la que una mujer alquila su vientre a un tercero para gestar un bebé y luego entregarlo, supone por obligación en cabeza de la madre gestante dos acciones: 1) alquilar su vientre; 2) entregar al bebé. Por otro lado, la obligación de la pareja comitente se reduce a cumplir con los gastos médicos y de manutención; pero más importante: pagar el dinero estipulado en el contrato como contraprestación. Bajo este esquema, se puede evidenciar entonces que el contrato de maternidad subrogada se encuentra satisfecho una vez la madre culmina el proceso de gestación, entrega al bebé, y recibe un dinero a cambio. Esto significa, que no solo se está llevando a cabo una instrumentalización del cuerpo de la mujer al ser utilizado como un medio para alcanzar un fin determinado, sino que además que un ser humano -el bebé- se está convirtiendo en un objeto de transacción.

⁵³ Sobre los principios limitadores del *ius puniendi* véase, por todos, Luzón Peña, Lecciones de Derecho penal. Parte General, 3ª ed., 2016, 2 nm. 10 ss

En la maternidad subrogada con ánimo de lucro, se evidencia la convergencia de los intereses egoístas de cada una de las partes, que si bien podrían equiparse a los intereses que se tienen en cualquier relación civil o comercial, existe una gran diferencia: la manera en que se materializan dichos intereses. No se está hablando del pago de un bien y/o servicio común y corriente; se está frente a los bienes jurídicos más importantes para el derecho: la dignidad humana y la libertad reproductiva. No se trata de pagar una suma de dinero por la compra de un carro o por la prestación de un servicio profesional; se está frente al cuerpo de una mujer y la vida de un bebé, ambos sujetos de derechos y en particular de uno inalienable: su dignidad humana.

No solo la Constitución Política de Colombia, sino instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) han contemplado la dignidad humana como derecho fundamental e inalienable de las personas:

“Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”⁵⁴.

Asimismo, la Declaración Universal del Genoma Humano en su artículo 11° establece que no deben llevarse a cabo prácticas contrarias a la dignidad humana. En razón de lo anterior, la maternidad subrogada con fines lucrativos debe considerarse como un menoscabo a la dignidad humana, tanto de la madre gestante como del bebé, al reducirlos a simples objetos encaminados a la satisfacción de un tercero. Adicionalmente, se deben tener en cuenta los riesgos a los que se somete la madre gestante, y los daños que puede sufrir tanto a nivel físico como psicológico.

Diferente es el panorama en el caso de la maternidad subrogada con fines altruistas, puesto que si bien la mujer está prestando su vientre para la satisfacción de un deseo ajeno, no lo está haciendo por una remuneración a cambio, es decir, no le está poniendo un precio a su cuerpo, sino que por el contrario está asumiendo este sacrificio con un fin solidario.

Al afectar dos bienes jurídicos, dignidad y libertad reproductiva, la maternidad subrogada con fines lucrativos, puede decirse que la intervención del derecho penal podría estar justificada, al menos desde

⁵⁴ Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). Paris. Disponible en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

la perspectiva del principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos.. Sin embargo, se debe tener presente el principio del derecho penal como *ultima ratio* para hacer frente a conductas que atentan contra la incolumidad de los bienes jurídicos. Por lo tanto, no porque se esté frente a la posible lesión de un bien jurídico, se debe concluir que se cumplen con todos los requisitos o presupuestos para que desde el punto de vista de político criminal se justifique la intervención penal.

Por último, para culminar con el propósito del trabajo, vale la pena aterrizar todos los planteamientos anteriormente mencionados respecto de la maternidad subrogada, en lo que podría ser una propuesta de tipo penal. Analizado el Proyecto de Ley Estatutaria N°70 de 2018, y el artículo en el que se plantea el delito, nos encontramos con que está muy alineado con la idea planteada en este trabajo en el sentido de que la maternidad con fines lucrativo afecta en forma ostensible la dignidad humana y en ese sentido, se da un requisito ya mencionado, esto es, la lesividad del comportamiento, para que al menos se abra la discusión sobre la necesidad de intervención penal, que en todo caso deberá tener en consideración si existen otros medios menos gravosos que el derecho penal para lograr los fines que se propone con la eventual incriminación penal.

En todo caso por lo que hemos planteado, bajo nuestra consideración, la maternidad subrogada altruista no debería ser prohibida, puesto que se trataría de una norma bastante restrictiva y violatoria en cuanto a la libertad y autonomía de las personas, teniendo en cuenta que el alquiler de vientre representa una alternativa para aquellas parejas que desean conformar una familia y por problemas de fertilidad no pueden hacerlo. Sin embargo, y como bien se establece en el Proyecto de Ley, se deben cumplir con unos requisitos específicos, y se debe llevar a cabo una reglamentación muy rigurosa, para que esto no sirva como una fachada para esconder la maternidad subrogada con fines de lucro.

CONCLUSIONES

1. A partir de las nuevas técnicas de reproducción asistida, se observa que la maternidad subrogada se ha venido expandiendo alrededor del mundo trayendo consigo grandes problemáticas, las cuales van desde la esfera de lo civil, por cuanto la filiación es difícil de determinar cuando hay dos mujeres inmersas en el proceso de procreación, hasta el campo de lo penal y constitucional abriéndole la puerta a continuos debates éticos y morales. En este sentido es pertinente resaltar que Colombia ha sido uno de los países más afectados por esta situación, debido a que es una nación con altos índices de pobreza y la información es de difícil acceso, en consecuencia han sido estos factores los que han hecho de Colombia un paraíso reproductivo y las mujeres una mercancía más de comercialización.
2. En el marco de derechos fundamentales, es evidente la violación a la dignidad humana de la mujer, puesto que su ser es reducido a una herramienta más de reproducción, es por esto que el ánimo de lucro en los contratos de alquiler de vientre menoscaban bienes jurídicos tan importantes como la dignidad humana y la libertad reproductiva.
3. Como bien se expone a lo largo del trabajo, la maternidad subrogada representa un fenómeno que se viene dando hace muchos años en Colombia y en el mundo. Al tratarse de una práctica tan problemática, y que en muchos casos acarrea consecuencias tan negativas como la violación de derechos fundamentales, el legislador colombiano debe hacerle frente y subsanar ese vacío jurídico que actualmente está abriendo la puerta para que se realicen contratos de alquiler sin ningún tipo de restricción. Ello además porque que Colombia representa hoy en día un atractivo turístico para parejas extranjeras que buscan tener un hijo por medio de este método.
4. La maternidad subrogada con ánimo de lucro acarrea un menoscabo a la dignidad humana, tanto de la mujer que alquila su vientre como del bebé gestado y por eso es una conducta cuya lesividad, si se ceumplen otros requisitos, podría justificar la incriminación de esta conducta.
5. La maternidad subrogada con fines altruistas debería permitirse, siempre y cuando se cumpla con los lineamientos que ha dado la Corte Constitucional, y se reglamente de tal manera que se protejan los derechos de quienes intervienen.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, Natalia. “Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos”.Babygest. España. 16 de noviembre de 2017, Sección 1. [Consultado: 12 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://babygest.com/es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/>
- Amador, Mónica Jiménez, “Sobre Biopolíticas y Biotecnologías: Maternidad subrogada en India ”, en Revista Nomadías, No. 14, Centro de Estudios de Política Científica, 2011,pp. 35 - 58.
- Aparisi Miralles, A., «Maternidad subrogada y dignidad de la mujer», Cuadernos de bioética, Vol. 28, N.º 93, 2017.pp 163-173
- Beorlegui Loperena, Ana. “La Maternidad Subrogada en España”. Trabajo Fin de Máster de Acceso a la Abogacía: Universidad de Navarra, 2014, pp. 25-26.
- Biblia, Genesis 26, 1-16
- Cuesta Aguado, Paz M “Tipicidad e imputación objetiva”. Ed Tirant Lo Blanch. P.130
- Diccionario de la RAE consultado online en <https://www.rae.es/> 20 de febrero de 2020
- Galán Castellanos, Hernán. “Teoría del delito”. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2010, Pp 9-160
- Gimeno, Beatriz, “El debate sobre los vientres de alquiler en España (con referencia a la ley presentada por el partido ciudadanos)”. Beatriz Gimeno. España. 20 de octubre de 2019, [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://beatrizgimeno.es/2019/10/20/el-debate-sobre-los-vientres-de-alquiler-en-espana-con-referencias-a-la-ley-presentada-por-el-partido-ciudadanos/>
- González Pineda, Borja , “Maternidad Subrogada: Realidad actual y posibles soluciones”. España. 2015, pp-1-33.
- Jouve de la Barrera, Nicolás. “Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada”, en *Revista Cuadernos de bioética*, N°XXVIII, Madrid, p. 154.
- “La niña Baby M se quedara definitivamente con sus padres legales” ,*En el País*, 4 de febrero de 1988, Publicación digital en la página web del periódico el País, España: https://elpais.com/diario/1988/02/05/sociedad/571014008_850215.html

- Leonseguí Guillot Rosa Adela, “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, BOLETÍN DE LA FACULTAD DE DERECHO, núm 7, 1994 2012, pp320-322. Disponible en: <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1994-7-F4D6AC07/PDF> (Consulta: 11 de marzo de 2020).
- López Bermúdez, Á. V., & López Loiza, M., “El alquiler de vientre y el delito”. En *Revista Inciso*, N°20(2), Armenia, 2018, pp. 1-13.
- Montero, Étienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, en *Revista Persona y Derecho*, N°72, 2015, pp. 229-230.
- Núñez, Francisco. “La Tradición Europea y la Mujer”. Coterraneus. España. 7 de marzo de 2015, párrafo 2.[Consultado: 5 de marzo de 2020]. Disponible en: <https://coterraneus.wordpress.com/2015/03/07/la-tradicion-indoeuropea-y-la-mujer/>
- Olavarría, María Eugenia, “De la casa al laboratorio. La teoría del parentesco hoy día”. 2002. *Revista Alteridades*, N°12 (24): pp. 99-116.
- Pabón Parra, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho Penal Tomo II Parte Especial*, Bogotá, Ed. Doctrina y Ley LTDA, 2013, p. 434.
- Pérez Soto, Alejandro, Cortes, Mónica “Políticas públicas para la mujer en Colombia: La doble condición de madre y trabajadora en la legislación del siglo XX”. En revista Unilibre, N°1, Vol. 8, Cali, 2012, pp.72-88.
- Realpe Mejía, Paulo Ernesto, “El alquiler de vientres aún no tiene reglas claras en Colombia”, en *El Tiempo*, septiembre 06 de 2014.
- Rodrigo, Andrea. “El caso de Buzzcana contra Buzzcana”. Babygest. España. 22 de noviembre de 2015, [Consultado: 12 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://babygest.com/es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/>
- Ruiz Martínez, Rocío. “*Maternidad Subrogada Revisión Bibliográfica*”. Trabajo fin de grado: Universidad de Cantabria, Departamento de Enfermería, 2013, p. 4.
- SALGADO, Sara y SALVADOR, Zaira. “Gestación subrogada en Reino Unido ¿qué dice la ley?”. Babygest. España. 3 de septiembre de 2019, Sección 1. [Consultado: 5 de marzo de 2020]. Disponible en: <https://babygest.com/es/reino-unido/>

SALGADO, Sara y SALVADOR, Zaira. “Gestación subrogada en la India”. Babygest. España. 3 de septiembre de 2019, Sección 1. [Consultado: 5 de marzo de 2020]. Disponible en: <https://babygest.com/es/india/>

-Spar, Debora. *Baby Business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad*, Boston, Harvard Business School Press, 2006, pp. 12-13.

-Valero Heredia, Ana, “La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, N°43, España, 2019, pp. 421-440

LEYES Y SENTENCIAS

Leyes Nacionales:

-Constitución Política de Colombia ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta No. 116. (20, julio, 1991). Santa Fe de Bogotá, D.C.

-Ley 84. (31, mayo, 1873). Por la cual se expide el Código Civil. Diario Oficial. Bogotá, D.C., N°2.867.

-Decreto 2493. (04, agosto, 2004). Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9a de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2005. No 45631.

-Ley 599. (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C., N°44097.

- Decreto 1546. (06, agosto, 1998). Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9a de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos. Diario Oficial. Santa Fe de Bogotá, D.C., 1998. No 43.357.

Normativa Internacional

-Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). *Paris*. Disponible en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

-Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424.

-España. Resolución de 18 de febrero de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado

-España. Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889, núm 206.

-INDIA, Lok Sabha. (16, noviembre, 2016).The Subrogacy Regulation Bill. Por el cual se prohíbe y se regula la maternidad subrogada. New Delhi., 2016. No 257.

-Juzgado de Primera Instancia N°15 de Valencia, *Sentencia N°193/2010*, P Esteban Tabernero Moreno. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es> (15.09.10)

-ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Convención sobre Derechos del Niño. (02, septiembre,1990), Por el cual se crea la Convención de Derechos del Niño. Nueva York, Estados Unidos., Resolución N°44/25.

-REINO UNIDO, Excelente Reina, cámara de los Lores. (16, julio, 1985). Surrogacy arrangements. Por el cual se regulan ciertas actividades en relación con arreglos hechos con madres sustitutas. Londres., 1985. Disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf

-Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Paradiso y Campanelli Vs Italia, No. 25358/12, (24 de enero de 2017).pp. 1-73 Disponible en: <https://lovdata.no/static/EMDN/emd-2012-025358-2.pdf>

Sentencias

-Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-968 de 2009*, MP María Victoria Calle Correa. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co. (18.12.2009)

- Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-355 de 2006*, MP Álvaro Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co. (10.05.2006)

-Corte Constitucional Suprema de Justicia, *Sentencia STC20614*, MP Margarita Cabello Blanco. Disponible en www.cortesuprema.gov.co. (06.12.2017)

-Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP Julio Enrique Socha Salamanca, Revista Jurisprudencia y Doctrina N°451 de Julio de 2009,p.1077, (legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_759920425f33f034e0430a010151f034)