

La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente*

Surrogate Motherhood in Colombia: Towards a Comprehensive and Inclusive Legal Framework

A maternidade sub-rogada na Colômbia: a um marco jurídico integral e inclusivo

BRAJIM BEETAR BECHARA**

FECHA DE RECEPCIÓN: 1 DE JUNIO DE 2018. FECHA DE APROBACIÓN: 25 DE OCTUBRE DE 2018

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>

Para citar este artículo: Beetar Bechara, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Revista Socio-Jurídicos*, 21(2), 135-166. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>

RESUMEN

Este artículo propone un marco de legislación sobre el tema de maternidad subrogada en Colombia, no sin antes hacer referencia a los antecedentes científicos de las técnicas de reproducción humana asistida, a las diferentes respuestas jurídicas desde el derecho comparado y los tribunales internacionales, a la relación entre la maternidad subrogada y el concepto de filiación y sus diferentes variables, y a las respuestas desde el Derecho Penal y la jurisprudencia de las altas cortes colombianas con relevancia temática. Esto considerando que en Colombia los únicos referentes jurídicos sobre esta práctica son los avances hacia un proyecto de ley bajo la posibilidad del régimen de permisión regulada y la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional, la cual definió la maternidad subrogada como: "El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por

* Este artículo se desprende de la investigación de grado presentada por el autor en la Maestría en Derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla (Colombia).

** Abogado de la Corporación Universitaria Rafael Nuñez de Cartagena. Magíster en Derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla (Colombia). Especialista en Derecho Procesal Penal y en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la Facultad de Ciencias Sociales de la Fundación Tecnológica Antonio de Arévalo TECNAR de Cartagena (Colombia) y de la facultad de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Nuñez de Cartagena (Colombia). Investigador del Grupo de Investigaciones en Derecho y Ciencia Política (GIDECIP) de la Universidad del Norte de Barranquilla (Colombia). Dirección: Km 5 vía Puerto Colombia área metropolitana de Barranquilla (Colombia). Correo electrónico: bbeetar@uninorte.edu.co. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9293-1608>.

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”.

Palabras clave: maternidad subrogada, marco jurídico, Colombia, bioética.

ABSTRACT

This article proposes legislation surrogate motherhood in Colombia taking into account: 1. The scientific background of assisted human reproduction techniques; 2. The different legal responses from comparative law and international tribunals; 3. The relationship between surrogate motherhood and the filiation concept and its different variables, and 4. The Criminal Law and the jurisprudence of the Colombian high courts answer to it with thematic relevance. In Colombia, the only legal referents on this practice are the progress towards a bill under the possibility of the regime of regulated permission and Sentence T-968 of 2009 of the Constitutional Court, which defined surrogacy as *“The reproductive act that generates the birth of a child gestated by a woman subject to a pact or commitment by which she must assign all the rights over the newborn in favor of another woman who will appear as her mother”*.

Keywords: Surrogate motherhood, legal framework, Colombia, bioethics.

RESUMO

Este artigo propõe um marco de legislação sobre o tema de maternidade sub-rogada na Colômbia, não sem antes fazer referência aos antecedentes científicos das técnicas de reprodução humana assistida; às diferentes respostas jurídicas desde o direito comparado e os tribunais internacionais; à relação entre a maternidade sub-rogada e o conceito de filiação e suas diferentes variáveis; e às respostas desde o Direito Penal e a jurisprudência das altas cortes colombianas com relevância temática. Isto considerando que na Colômbia os únicos referentes jurídicos sobre esta prática são: os avanços a um projeto de lei sob a possibilidade do regime de permissão regulada e a Sentença T-968 de 2009 da Corte Constitucional, a qual definiu a maternidade sub-rogada como: “O ato reprodutor que gera o nascimento de uma criança gestada por uma mulher sujeita a um pacto ou compromisso mediante o qual deve ceder todos os direitos sobre o recém-nascido a favor de outra mulher que figurará como mãe dele”.

Palavras-chave: maternidade sub-rogada, marco jurídico, Colômbia, bioética.

Introducción

La maternidad subrogada en Colombia es una realidad evidenciada tanto en pronunciamientos de la Corte Constitucional¹ como en el último informe de la International Federation of fertility (IFFS) (Surveillance, 2016. Global Reproductive Health, 2016), según el cual existen aproximadamente 25 centros especializados en el país dedicados a ofrecer tratamientos a parejas con problemas de salud reproductiva, entre ellos la aplicación de la maternidad subrogada dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA); sin embargo, este tema no cuenta con un marco legal expreso en donde se establezcan las reglas claras en cuanto al alcance y contenido de la figura en los temas de filiación civil y Derecho Penal, tópicos que necesariamente se encuentran involucrados.

El análisis debe realizarse desde una perspectiva interdisciplinaria jurídica, comparando experiencias internacionales para establecer al final cuál de las regulaciones puede ser más conveniente a la realidad jurídica colombiana, sin que esto implique, por una parte, atentar contra la dignidad humana de la mujer y, por otra, atentar contra la libertad de disposición de su cuerpo, del principio de solidaridad y el derecho a conformar una familia para aquellas parejas colombianas que por razones médicas no puedan procrear.

Metodología

Este artículo se circunscribe dentro de un enfoque cualitativo, debido a que se centra en el estudio de un sistema jurídico con lagunas de tipo normativo, como es el caso del fenómeno de la maternidad subrogada, que necesita ser profundizado para comprender por qué, a pesar de que en otros países, inclusive del contexto latinoamericano, se presentan considerables avances legislativos y jurisprudenciales sobre el tema, en Colombia, aún con casos evidentes y con la exhortación de la

¹ Para más información ver Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 968 del 2009 magistrados ponentes Calle Correa María Victoria, Vargas Silva Luis Ernesto, Mendoza Martelo Luis Eduardo.

Corte Constitucional al Congreso de la República para que legisle, no se presenta ningún avance.

Considerando que desde el Derecho se tiene que indagar qué marco de legislación es el más adecuado para permitir esta práctica, esta investigación debe ser de tipo jurídico.

Así mismo, el alcance del presente estudio es de tipo descriptivo-prescriptivo, ya que del conocimiento de la legislación y, en especial, de lo que ha sucedido en el derecho comparado se pueden proponer las soluciones para que el fenómeno de la maternidad subrogada en Colombia cuente con un marco incluyente, equitativo y justo para todos los actores intervinientes en el proceso, entiéndase la madre gestante, la pareja solicitante y el menor fruto del convenio.

Esta investigación tiene solo fuentes secundarias compuestas básicamente de legislación nacional, internacional, jurisprudencia nacional, internacional y artículos científicos publicados en revistas especializadas. La principal técnica utilizada consistió en la revisión y el análisis documental de las fuentes secundarias descritas anteriormente.

Antecedentes científicos de las TRHA

Sólo a partir de 1785 se comenzó a hablar de otro método para la consecución de la reproducción humana diferente a la unión natural entre gametos femeninos (óvulos) y gametos masculinos (espermatozoides), dando aparición al termino *inseminación artificial* (Bernal, 2009); se registran otros antecedentes más remotos de la aplicación de estas técnicas en seres humanos, como el caso de la segunda esposa de Enrique IV de Castilla, Juana de Portugal, que fue inseminada por el famoso médico Villeneuve, pero se dice que el intento fue fallido.² Posteriormente, hacia 1890, esta inseminación se realizó con donante de semen y para la década de los cincuenta del siglo pasado (1954) se realizó esta práctica con semen congelado. Todos estos procedimientos tienen lugar

² Véase Guzmán Ávalos, A. (2001). *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modo de filiación*. Xalapa (México): Biblioteca Universidad Veracruzana, 2001, pág. 28.

al interior del útero de la mujer, lo que se conoce como fecundación *in situ* o intracorpórea (Bernal, 2009).

El caso más referenciado de la técnica de Fecundación in vitro (FIV) lo encontramos en la niña Louise Brown. Su madre, Leslie (29 años), quien sufría de un bloqueo en sus trompas de Falopio, se sometió al novedoso tratamiento, obteniendo al final el resultado esperado. La niña, que nació el día 25 de julio de 1978 en perfectas condiciones de salud, se convirtió en el primer “bebé probeta” de la historia.

Este referente histórico-científico se encuentra descrito en mejores términos por Rodríguez (2005) cuando manifiesta:

El nacimiento de Louise Brown, en 1978, gracias a la fecundación *in vitro*, y su posterior implantación embrionaria en el útero de su madre, ha significado un parteaguas en la salud reproductiva, pues a partir de ese momento hasta hoy, las técnicas de reproducción han tenido un perfeccionamiento continuo, propiciando que cada vez más parejas estériles, alrededor del mundo, tengan la posibilidad de lograr la propia descendencia. (p. 98)

En cuanto al origen como tal de la figura de la maternidad subrogada tenemos que comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publicó un anuncio en el cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril que a cambio de este servicio ofrecía una remuneración.

Para autores como Arteta (2011), no se puede dejar de mencionar el nombre del abogado Noel Keane, quien en el año de 1976 fue el primero en involucrar la inseminación artificial con la maternidad subrogada:

El primer acuerdo de maternidad subrogada en donde se involucró la inseminación artificial fue documentado en 1976 a través de Noel Keane, un abogado de Dearborn, Michigan, Estados Unidos, quien creó la Surrogate Family Service Inc, con el fin de ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitando el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para la subrogación. (p. 92)

En cuanto al primer conflicto jurídico relevante relacionado con la maternidad subrogada como aplicación dentro de las TRHA, hay que

hacer necesariamente referencia al famoso caso de la “Baby M” que en el año de 1986 en los Estados Unidos generó una cantidad de debates que llegaron inclusive a los medios de comunicación.

De acuerdo con el informe de septiembre de 2016, correspondiente a la séptima edición del *Surveillance Global Reproductive Health*, medio de publicación de la federación internacional de las sociedades de fertilidad (IFFS), existen en el mundo aproximadamente unos 5353 centros especializados distribuidos en 75 países, dedicados al tratamiento de la salud reproductiva donde se ofrecen diversas TRHA.

En la actualidad, las TRHA se presentan, por lo menos, bajo las formas de inseminación artificial homóloga (IAH), heteróloga (IAD) e intraperitoneal (IAI), fecundación *in vitro*, (FIV) fecundación con trasplantes de embriones (FIVTE), transferencia intrauterina de gametos (TIG) transferencia de cigotos (preembriones en los primeros estadios de la fecundación) a las trompas de Falopio (ZIFT), transferencia de embriones en las trompas de Falopio en estadios más avanzados de desarrollo (TET), la inyección intracitoplasmática (ICSI por sus siglas en inglés), la transferencia de pronúcleos a las trompas de Falopio (PROST), la colocación de ovocitos y espermatozoides en el útero (TOAST) y la maternidad subrogada (Martínez, 2015).

Concepto y modalidades de la maternidad subrogada

Antes de llegar a ofrecer un concepto del fenómeno jurídico objeto de estudio, se debe aclarar que no es pacífica la discusión de cómo se debe denominar esta figura; Jouve de la Barrera (2017) expone la controversia en los siguientes términos:

(...) Lo cierto es que las expresiones “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

cabó. 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 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. (p. 154)

Una vez aclarado lo anterior se tiene que de acuerdo a Ruiz (2013), se puede definir esta práctica como aquella alternativa dentro de las TRHA en virtud de la cual “una mujer gesta a un bebé, previo pacto o compromiso, mediante el cual tiene que ceder todos los derechos sobre el recién nacido a la persona o personas que asumirán la paternidad sobre el mismo” (p.4).

Del anterior concepto se pueden establecer tres tipos de maternidad, siguiendo a Ruiz (2013), quien en primera instancia establece que existe una madre biológica o gestacional, que es “aquella mujer que gesta el embrión durante los nueve meses en su útero, para luego parir un bebé, sin importar el origen genético que tiene” (p. 6). Por otro lado, reconoce que “la madre educacional o afectiva es la que se hace cargo de la crianza y generalmente coincide con la mujer comitente, que es quien impulsó todos los trámites y aparece como la más interesada en tener un hijo” (Ruiz, 2013, p. 6), y finalmente, como tercer tipo de maternidad presenta a la madre legal como “aquella que ante el derecho se muestra en calidad de serlo” (Ruiz, 2013, p. 6).

Esta alternativa dentro de las TRHA puede recibir diferentes denominaciones de acuerdo con las condiciones biológicas y médicas que se presenten en cada una de las personas que intervienen en el proceso. Así, la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*), y la gestacional o parcial (*gestational surragacy*): “en la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante” (Farnós, 2010, p. 5). En cuanto a la maternidad subrogada gestacional, “la concepción tiene lugar a partir

del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada que normalmente es la madre comitente” (Farnós, 2010, pp. 5-6).

Por último, también se encuentra que la maternidad subrogada según su finalidad puede ser altruista u onerosa. De acuerdo con Martínez (2015), la primera opción se presenta cuando la madre gestadora acepta llevar a cargo el procedimiento de maternidad subrogada de manera gratuita, por lazos de amor, amistad o parentesco con la pareja contratante; y la subrogación onerosa se da cuando la madre gestadora recibe de la pareja contratante una contraprestación por concluir el embarazo y entregar al niño producto del acuerdo.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede decir que en el derecho comparado se encuentran distintas posibilidades en cuanto a la maternidad subrogada onerosa sin necesidad de instituir la como una conducta punible. En algunos países, el monto que comprende esta compensación está indefinido (por ejemplo, en el Reino Unido); en otros, se incluyen expresamente gastos médicos, asesoramiento y/o gastos legales (por ejemplo, en Australia, Grecia, Nueva Zelanda, Sudáfrica), y en algunos pocos casos también se comprende “la pérdida de ingresos” (por ejemplo, en Grecia).

La legislación de Israel permite que el comité que aprueba los acuerdos de subrogación autorice pagos mensuales a la gestante en compensación por el “dolor y sufrimiento”, así como el reembolso de sus gastos. La Ley no especifica montos mínimos o máximos, dejándolo a la discrecionalidad de las partes y, en última instancia, a la del comité (Lamm, 2012).

A partir de lo expuesto hasta esta parte, podemos considerar a manera de propuesta legislativa la modalidad de maternidad subrogada gestacional altruista para Colombia, debido a que el sistema jurídico colombiano ha entendido que las personas no pueden ser objeto de comercio ni tratarse como un bien, lo cual se alinea con la premisa acogida por múltiples instrumentos internacionales —entre ellos el Convenio Europeo Sobre Derechos Humanos (CEDH) y en la declaración de UNESCO sobre genoma humano— y por todo el cuerpo legislativo que modificó y adicionó el decreto 2493 de 2004, respecto a la reglamentación de los componentes anatómicos del ser humano, ratificado por la reciente legislación representada en la ley 1806 de 2015.

Maternidad subrogada en el derecho comparado

Para determinar qué marco de legislación es el más conveniente para Colombia, necesariamente hay que hacer un recorrido por lo que ha pasado en el mundo respecto al tratamiento jurídico de esta figura. Se han encontrado tres marcos de regulación de esta práctica previamente definidos: está la prohibición absoluta, es decir, países en donde está expresamente proscrita en cualquiera de sus modalidades y finalidades, de esta modalidad se pueden mencionar como ejemplos, España, Alemania, Austria, Francia, Italia, Suecia y Suiza; se tiene la admisión regulada o autorizada, es decir, se admite solo con fines altruistas y bajo unas condiciones específicas, tal es el caso de Reino Unido, Canadá, Ciudad de México, Australia, Sudáfrica, Brasil, Israel, Grecia y Nueva Zelanda, y está la admisión tolerada, es decir, países donde no hay regulación taxativa pero en los que tampoco está expresamente prohibida, es el caso de India, Rusia, Ucrania, Georgia, algunos estados de Estados Unidos, Argentina, Colombia, entre otros (Ruiz, 2013).

Marco de prohibición absoluta

En cuanto al régimen de prohibición absoluta, Flores (2014) hace una lectura actualizada del panorama europeo:

Así, si realizamos un estudio comparativo de los ordenamientos más significativos de los estados firmantes de la Convención Europea de Derechos Humanos, la gestación por sustitución se encuentra expresamente prohibida en Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía. Existen estados donde no hay ninguna reglamentación sobre la gestación por sustitución, bien porque se encuentra prohibida en virtud de disposiciones generales, bien porque no se encuentra tolerada, o bien, finalmente, por las dudas acerca de su hipotética legalidad. Es el caso de Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania y San Marino. (p. 73)

En este acápite de países europeos con régimen de prohibición absoluta corresponde hacer mención de las diferentes sentencias del Tri-

bunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o tribunal de Estrasburgo, en donde ciudadanos de estas naciones han tenido que acudir a esta instancia para poder resolver temas de filiación por utilización de TRHA en otros países en donde sí está permitida. A continuación, se hace referencia a un caso exitoso para las pretensiones de los recurrentes y a otro con resultados no favorables.

El primero de ellos es el caso Mennensson, en el que, en el consulado francés de la ciudad de Los Ángeles (California), no se le permitió a una pareja de ciudadanos franceses, conformada por Dominique y Sylvie Mennensson, registrar como suyos a los gemelos que nacieron como consecuencia de la aplicación de la FIV con espermatozoides del Sr. Mennensson y óvulo de una donante en el vientre de una madre gestante en calidad de subrogada.

Después de un largo trámite judicial, la instancia nacional francesa, representada en el Tribunal Supremo, rechazó en forma definitiva la inscripción, sentencia que fue impugnada ante el TEDH. La conclusión del TEDH (2014) fue que:

El derecho de los niños al respeto a su vida privada había sido vulnerado al impedir el surgimiento de una relación legal de filiación entre ellos y su padre biológico, de forma que se había producido un desconocimiento flagrante al contenido del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (CEDH) (p. 99)

Por otro lado, tampoco se puede dejar de mencionar el caso Paradiso en Italia, donde el matrimonio formado por Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, decidió recurrir a la maternidad subrogada en Rusia, país donde es permitida. La Sra. Paradiso viajó a Rusia portando el líquido seminal de su marido; después de la aplicación de la FIV con óvulo de donante, dos embriones fueron implantados en la madre gestante, que terminó con el nacimiento de un niño en febrero de 2011.

El gobierno de Italia denegó la inscripción del certificado de nacimiento expedido en Rusia por violación de las leyes italianas relativas a la adopción y las TRHA. En agosto de 2011, por orden de las instancias judiciales italianas, se practicaron prueba de ADN al Sr. Campanelli y al niño, cuyo resultado fue negativo, es decir, no existía vínculo genético

entre ambos, concluyéndose que el marido no era realmente el padre biológico del niño.

En octubre de 2011 se ordenó el retiro del niño de la custodia del matrimonio Paradiso, el cual fue puesto al cuidado de los servicios sociales, y cuyo proceso de adopción se inició posteriormente. El menor, quien recibió una nueva identidad, fue adoptado por otra familia. Las instancias judiciales italianas no le dieron paso a ninguno de los intentos del matrimonio Paradiso por recuperar la custodia del menor, así que estos debieron acudir ante el TEDH, el cual, en la primera decisión de Sala del 27 de enero de 2015 consideró que se había producido violación del art. 8 del CEDH. Como era de esperarse, esta decisión fue recurrida por Italia ante la segunda instancia representada en la Gran Sala.

El caso termina con una sentencia del TEDH (2017) desfavorable para el matrimonio Paradiso en donde entre otros aspectos se consideró que:

El quebrantamiento de la relación entre el matrimonio Paradiso y el menor no era directamente proporcional a una conducta imputable a ellos, pero que esta sí fue el resultado de una situación irregular originada por ellos, al cometer una acción antijurídica con relación al Derecho italiano vigente, teniendo en cuenta la falta de relación biológica entre el matrimonio Paradiso y el menor, y sumado además al poco tiempo de convivencia que tuvieron, no se daban los presupuestos necesarios para concluir que existía entre ellos una comunidad familiar en los términos del artículo 8 del CEDH". (pp. 157-158)

También es importante mencionar la sentencia del Tribunal Supremo Alemán (2014), en donde, acudiendo a una interpretación restrictiva del concepto de orden público con énfasis en el interés superior del menor, aclara que el reconocimiento en Alemania de una resolución judicial del estado de California aceptando la filiación por aplicación de la maternidad subrogada no contraviene al orden público para el caso bajo estudio, debido a que como se trataba de una madre gestante soltera y uno de los dos comitentes varones era el padre biológico, no habían motivos razonables para denegar la inscripción en el registro.

En este orden de ideas, del grupo de países que se han adscrito al marco de prohibición absoluta vale la pena destacar el caso español, en

donde en la actualidad rige la ley 14 de 2006, que regula el tema de la reproducción humana asistida y del cual Colombia con frecuencia se nutre para efectos de crear su propio cuerpo legislativo; de hecho, si se revisa el contenido del proyecto de ley que está actualmente en trámite en el país, el artículo tercero que establece como consecuencia jurídica la nulidad de pleno derecho del acuerdo de maternidad subrogada que estipule precio está redactado de manera similar a como está establecido en la ley española en su artículo 10, numeral 1.³

El cómo España llega a sostener este marco de regulación estricto y cerrado respecto a la práctica de la maternidad subrogada, encuentra explicación en la creación de la Comisión Palacios (estudio para la fecundación in vitro y la inseminación artificial humana), el cual fue un cuerpo especial conformado por biólogos, filósofos, ginecólogos, juristas y moralistas que, antes de que se expidiera la primera de las leyes (ley 35 de 1988) asesoró al cuerpo legislativo de ese entonces sobre los problemas genéticos, biológicos y éticos que se derivaban de la reproducción asistida (Ruiz, 2013).

Es en Souto (2005), donde se exponen los considerandos más relevantes para entender las conclusiones a las que llegaron en la Comisión Palacios para proscribir esta alternativa dentro de las TRHA:

El informe elaborado por la Comisión Palacios rechaza también la gestación de sustitución, con base en razones éticas al considerar que hay una unidad de valor en la maternidad que en ella no se respeta y que crea una distorsión deshumanizadora. También porque puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (a la que la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo puede contribuir), inadmisibles en una sociedad democrática y justa, que posiblemente desencadenaría un abuso y una comercialización, a todas luces condenables y punibles, pero no por ello de larvada realización. (p. 280)

³ Ley 14/2006. Artículo 10. Gestación por sustitución.1. Sera nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de un contratante o de un tercero.2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Aunque es más que evidente el espíritu del legislador español respecto al tema de gestación de sustitución, hay que anotar que, como explica Ruiz (2013), la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) permite la inscripción de los hijos nacidos mediante esta técnica, siempre y cuando la normativa del país lo permita y si uno de los progenitores es español. Así entonces, cuando es un caso extranjero se permite el registro de los nacidos mediante gestación por sustitución (Calvo & Carrascosa, 2009).

Sin embargo, esta prohibición está siendo cuestionada socialmente, pues se ha presentado que un número importante de parejas españolas tanto heterosexuales como homosexuales, que han viajado a otros países con el fin de concebir un hijo(a), se han encontrado con problemas jurídicos importantes sobre la posterior inscripción en el registro civil de los menores, cuestión sobre la que los iusprivatistas se han pronunciado de manera extensa.

Esta legislación también está siendo puesta en tela de juicio por ciertos movimientos sociales que intentan presionar para provocar un cambio legislativo que legalice esta práctica en España, sobre todo por parte de grupos de personas gay que tienen en la gestación por sustitución la única opción de concebir un hijo (a) con lazos genéticos de uno de los padres (Igareda, 2015).

Países con admisión regulada solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones I

El caso más emblemático de esta línea jurídica lo constituye Reino Unido, donde a partir del informe Warnock de 1984 el panorama para la figura de la gestación subrogada inicia con un giro hacia la prohibición, dando origen a la Surrogacy Arrangement Act. de 1985 para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Pero será el caso de la señora Kim Cotton, el que permita que en el Reino Unido se dé un viraje distinto a lo recomendado en el informe Warnock. A partir de este nacimiento, en Gran Bretaña se expidió una ley para la prohibición de esta práctica; el secretario de servicios sociales, Norman Fawler, expuso sus motivos y la necesidad de prohibir la maternidad subrogada que tuviera fines lucrativos, teniendo presente la explotación

comercial, intervención de terceros y, en definitiva, cualquier explotación del cuerpo de la mujer (Martinez-Pereda & Massigoge, 1994, citados en Ruiz, 2013).

Este hecho trajo como consecuencia que en el Reino Unido “la maternidad subrogada no puede considerarse ilegal siempre y cuando sea gratuita o sin precio, pero una vez que se efectuó el pago, ambas partes (sustituta y contratantes) pueden ser acusadas de infringir la *adoption act. De 1985*” (Leonseguí, 1994, citado en Ruiz, 2013, p. 18).

Desde el primero de Abril de 2009, con la puesta en marcha de la ley “*Human Fertilisation and Embryology act. 2008*”, existe la opción de filiación del menor a homosexuales emparejados en una unión civil registrada (Lamm, 2012, citado en Ruiz, 2013).

En esta misma línea de países permisivos con ciertas restricciones encontramos a Grecia, Portugal, Canadá, Israel y México, destacando la falta de uniformidad jurídica entre cada estado mexicano, solo por mencionar algunos se tiene el de Ciudad de México,⁴ el estado de Tabasco⁵ y Sinaloa.⁶ También dentro de esta línea se puede mencionar a Brasil y a Vietnam.

⁴ En el caso de la Ciudad de México se entiende que la aplicación de la alternativa de la maternidad subrogada dentro de las técnicas de reproducción humana asistidas está permitida al hacer una interpretación del artículo 162 del Código civil estableciendo que “el derecho que tienen los cónyuges a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como a emplear, en los términos que señala el mismo ordenamiento, cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia”.

⁵ Por su parte, el Código civil vigente en el estado de Tabasco en su artículo 92, dispone que “[...] En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare”. El 13 de enero de 2016 se dicta el decreto 265, estableciendo como requisito para la validez del contrato que los firmantes sean nacionales mexicanos (artículo 380 bis 5).

⁶ A diferencia del estado de Tabasco y la Ciudad de México, el Código Familiar del estado de Sinaloa (Decreto 742 de 2013), en su artículo 282, define a la reproducción humana asistida como; “las prácticas clínicas y biológicas, para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante el conjunto de técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la Secretaría de Salud, y realizadas con la intervención del personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos, de uno o ambos sexos; además de la reproducción de cigotos,

Países con admisión amplia

El caso más representativo de esta línea lo representa la India, donde siguiendo a Amador (2010) se tiene que:

De acuerdo con la legislación India, el conocimiento informado entre las partes es un requerimiento fundamental para la realización de gestación subrogada. Las partes en el contrato son: la clínica, la pareja (casada o no), la donadora de óvulos y la madre subrogante. Las partes firman un acuerdo de subrogación que significa: *“a contract between the person (s) availing of assisted reproductive technology and the surrogate mother”* (ICMR, 2010: 4) y se comprometen a cumplir voluntariamente los términos del contrato de acuerdo con la ley india. (p. 200)

La maternidad subrogada como negocio en la India comenzó en 2004 y desde sus inicios se presentó como una actividad cada vez más floreciente económicamente. La clínica pionera fue la de Akanksha en Anand, lugar que recibe el apodo de “la cuna del mundo”. Tanto la donante de óvulos, en caso de que sea necesaria, como la subrogada, han de pasar una selección de características físicas: altura de más de 1.60, piel lo más clara posible y entre 50 y 60 Kg de peso; también se tiene en cuenta la casta, la religión y el atractivo físico. Además, ha de tener un período regular, hijos, ser emocionalmente estable, no consumir tabaco ni alcohol y no tener infecciones de transmisión sexual (González, 2015).

Estas mujeres ganan por la gestación sustituta entre USD 4500 y USD 7500, es decir, la cuarta parte de lo que cobraría una mujer en los países de origen de las parejas. El costo es bajo en la India porque estas mujeres suelen recibir salarios mensuales de USD 25, por tanto, el pago que perciben en nueve meses resulta muy atractivo, especialmente para sufragar las necesidades de sus hijos. Es un dinero que en la mayoría de

y embriones, que permita la procreación fuera del proceso natural, de la pareja infértil o estéril. Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por fecundación heteróloga, aquella en que por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero. Sólo será válido el consentimiento expresado en vida del disponente primario, con las formalidades que esta Ley exige, para efectos de inseminación *post mortem*”.

los casos no es para las mujeres, sino para atender las necesidades de sus niños. (Rincón, 2012, p. 101)

La legislación sobre el tema en la India es muy permisiva, debido a que esta práctica es vista como una forma de generar ingresos económicos considerables para todas las partes implicadas (López & Aparisi, 2012). No obstante, el panorama actual establece la prohibición y regulación de la subrogación comercial extranjera mediante la circular del 4 de noviembre de 2015 del Departamento de investigación en Salud del Ministerio de salud y bienestar familiar (Albert, 2017). Así mismo, el Parlamento discute una propuesta legislativa para prohibir la gestación por sustitución a extranjeros y limitar en territorio nacional exclusivamente a los casos de subrogación altruistas (Albert, 2017).

En esta línea de admisión amplia con pocas restricciones se presenta también Ucrania, Tailandia y Rusia.

No se puede dejar de mencionar el caso americano, en donde no hay regulación uniforme en todos los estados por lo que, al igual que en el caso mexicano, se pueden encontrar admisión expresa, admisión tolerada o prohibición absoluta. Rodríguez y Martínez (2012), quienes dan un vistazo a lo que sucede en este país, analizan la falta de uniformidad frente a la validez jurídica de los contratos de maternidad subrogada, manifestando:

Un segundo rango distintivo de la experiencia norteamericana en relación con los contratos de maternidad subrogada es la falta de una postura uniforme frente a su validez o invalidez jurídica. En efecto, mientras un grupo de estados rechaza de manera expresa y clara la celebración de estos contratos, tal como ocurre en los de Arizona, Indiana, New York y el Distrito de Columbia, en otro grupo, por el contrario, le reconoce plena validez, aunque en algunos casos, siempre y cuando se cumpla un procedimiento especial establecido por la ley. Entre los estados que han adoptado esta última postura se encuentran los de New Hampshire, Florida, Illinois, Utah y Virginia. (pp. 67-68)

Después de realizar el recorrido anterior, se debe entender que en este momento los países con marco de prohibición absoluta están generando movimientos sociales hacia la flexibilización, con el fin de evitar que las cifras de turismo reproductivo se incrementen; en esta línea se

podría citar el caso de Portugal, quien hasta 2016 prohibía la maternidad subrogada en cualquiera de sus modalidades migrando con una nueva legislación hacia la permisión controlada,⁷ y los países que están adscritos a la línea de permisión amplia sin restricciones están haciendo los ajustes para regular de una manera más concreta esta práctica y reducir la posible explotación a la cual se pueden ver sometidas las madres gestantes, caso que se acaba de evidenciar con lo discutido sobre la India, lo que nos lleva a la lógica conclusión de que el marco intermedio, es decir, el de la permisión regulada con restricciones respondería de mejor manera a los requerimientos de un país como Colombia, donde indudablemente hay que legislar para minimizar los riesgos de explotación de las mujeres que opten por solidarizarse con las parejas que tengan problemas para concebir y encuentren en la maternidad subrogada una alternativa viable para conformar una familia.

La reducción de estos riesgos de explotación tendría que reflejarse en una legislación que garantice unos derechos a favor de la madre gestante pero también unas obligaciones específicas. En este sentido, se propone, y acudiendo a lo anteriormente referenciado en la legislación vigente de los estados mexicanos de Tabasco y Sinaloa, que respecto a la gestante, ella debe prestar su consentimiento libre, pleno e informado de someterse a esta práctica, el cual deberá constar por escrito, autorizando la aplicación de la TRHA adecuada, con el fin de lograr la concepción y llevar a cabo el embarazo.

Tomando los aspectos positivos del caso indio se podría proponer que la legislación que regule la aplicación de la maternidad subrogada en Colombia establezca que la madre, a través de un consentimiento informado, entienda la TRHA que se va a aplicar y los riesgos médicos que conllevaría para ella, además de verificar que no actúe como gestante más de dos veces, que tenga al menos un hijo propio previo, que cumpla la mayoría de edad para acceder al procedimiento pero que no sea mayor de 40 años, gozando de una óptima salud psicofísica, esto con el fin de reducir la posibilidad de embarazos de alto riesgo, y además que sea ciudadana y sea residente colombiana para evitar que el país sea escogido

⁷ El 22 de agosto de 2016 se publicó la Ley 25/2016, en la que se establecen las condiciones para aplicar la gestación por sustitución, solo en la modalidad altruista, no permitida hasta entonces.

solo como destino para prácticas frecuentes que fomenten el turismo reproductivo desmesurado.

Dentro de esta legislación hay que hacer referencia obligada a la parte comitente, acá no se hacen reparos respecto a que puede serlo una persona sola o una pareja casada o no. Para asegurar el interés superior del menor no se encuentran inconvenientes en que la legislación que regule la admisión de la maternidad subrogada le exija a la parte comitente los mismos requisitos que se le exigen a los adoptantes en Colombia, es decir, mayores de 25 años, con idoneidad física, mental y moral y con capacidad legal y de ejercicio.

Se recomienda además, que al menos uno de los comitentes aporte sus gametos y que se compruebe medicamente que uno de ellos tiene alguna imposibilidad para procrear o para llevar a término un embarazo, lo anterior para justificar el uso de la alternativa en el entendido de que esta se prefiere ante la adopción por la posibilidad que representa el hecho de poder tener descendencia con carga genética propia.

No es menos importante proponer que al menos uno de los comitentes sea colombiano o resida habitualmente en el país, evitando que parejas extranjeras acudan a Colombia solo con la intención de utilizarlo como sitio de refugio legal de paso para eludir las consecuencias legales que conlleva la prohibición absoluta de los acuerdos de maternidad subrogada en sus países de origen.

Respecto al menor que nace fruto del convenio de maternidad subrogada se encuentra que la Corte Constitucional colombiana (2009) en la T-968 recoge muchas de las prerrogativas que a nivel internacional se establecen a favor del niño gestado, acudiendo a la alternativa de la maternidad subrogada, en el entendido que para garantizar siempre actuar en su interés superior se debe establecer una cláusula dentro del acuerdo que obligue:

[...] a la mujer a 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. (p. 58)

Maternidad subrogada y filiación

Las TRHA plantean una significativa problemática para todo régimen legal, sobre todo en los que, como el colombiano, vienen de la tradición jurídica romana. Debido a que estas técnicas desbordan las estructuras jurídicas existentes al lograr separar la reproducción humana de la sexualidad, lo cual sin duda ha desencadenado una “revolución reproductiva” en materia de filiación (Lamm, 2012 b).

Mientras que en la reproducción biológica es la fecundación que procede de la relación sexual la que determina la filiación, sin importar que el padre o la madre o ambos manifestaran su voluntad de querer procrear, en la adopción lo que determina la filiación, además del cumplimiento de los requisitos legales, es la voluntad de unas personas que no han procreado al niño, pero que quieren ser padres. Pero, en el caso de las TRHA, no es clara la determinación de la filiación de los nacidos mediante estas técnicas, con especial atención a las que suponen la intervención de terceros como donantes de gametos o madres subrogadas (Bernal, 2013); es aquí en donde, acudiendo a Varsi (2017), para resolver la determinación de la filiación proveniente de la aplicación de las TRHA, se tiene que;

A éstas debemos sumar la filiación, producto de las técnicas de reproducción asistida en cuyo establecimiento ha de primar la voluntad; no manda lo genético, manda lo querido. La filiación es el deseo y la intención de los partícipes, que anhelaron ser padres unos y colaboradores otros, lo cual debe primar y respetarse. Debe asemejarse al sistema de la adopción, cuya esencia radica no en la génesis (ADN) sino en la voluntad. La filiación por técnicas de reproducción asistida deja de lado lo biológico para crear un tipo de filiación por socioafectividad, sustentada en la voluntad procreacional. Ello implica una nueva fuente de la filiación. El tratamiento de la determinación de la filiación precisa claridad en ciertos conceptos que han ido evolucionando como consecuencia del avance científico. (pp. 3-4)

En el contexto latinoamericano, el avance más significativo respecto al tema de la voluntad procreacional como fuente para determinar la filiación de los menores frutos de la aplicación de las TRHA lo encontramos en Argentina, donde en la actualidad en palabras de Carrera (2016) se dice:

A esa fuente jurídica de filiación se refieren tres de los cinco artículos del Capítulo 2 del Título V del Código Civil y Comercial de la Nación. En ellos se sientan las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Se trata de una paternidad y maternidad consentidas, es decir, el vínculo filial responde a una verdad voluntaria. La doctrina asevera que las TRA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo. De allí que la voluntad procreacional es el eje de la determinación de la filiación y un derecho humano. (pp. 16-17)

La autora se refiere a los artículos 560, 561, 562, 563 y 564 del código civil y comercial de la nación argentina (Ley 26.994 de 2014).

Maternidad subrogada y filiación en Colombia: aporte jurisprudencial

En Colombia, las fuentes jurídicas de la filiación son el artículo 42 de la Constitución Política, las disposiciones del Libro I del Código Civil que regulan el régimen de las personas y el Decreto 1260 de 1970.

Aunque en el país no se cuenta con una ley que establezca la voluntad procreacional como fuente para determinar la filiación en caso de aplicarse las TRHA, con base en avances jurisprudenciales emitidos por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se tiene que

La determinación de la paternidad ya no solo depende de la verdad biológica, sino del consentimiento en la realización de la técnica reproductiva, el cual supone la voluntad de asumir la responsabilidad en la procreación y la misma progenitura, es decir, ejercer la función paterna con todas las obligaciones y derechos que ello implica. Por ello, la impugnación de la filiación no es ni puede ser idéntica en todos los casos, porque si se trata de una filiación por inseminación artificial será

absolutamente irrelevante que el padre impugnante intente demostrar la ausencia del vínculo consanguíneo, toda vez que es evidente que el hijo producto de la inseminación heteróloga no es su descendiente biológico; por lo que el padre sólo podrá atacar la presunción pater ist est mediante la demostración de la ausencia de su consentimiento para realizar el proceso de procreación artificial. (Corte suprema de Justicia, 2017)

El anterior pronunciamiento se dio en sede de casación ante la impugnación de la paternidad de una niña que había nacido como producto de una inseminación artificial heteróloga, que contó con el consentimiento del compañero permanente de la madre de la menor y que falleció antes del nacimiento de la misma.

En este orden de ideas, en cuanto al tema de la determinación de la filiación, cuando se acuda a la maternidad subrogada, necesariamente el país debe alinearse con aquellas legislaciones que, como se acaba de evidenciar –hablando del caso argentino– establecen como fuente para determinarla la voluntad procreacional.

Sin embargo, el actual proyecto de ley que está en curso en Colombia no propone reformas al Libro I del Código Civil, que regula el régimen de las personas, y mucho menos al Decreto 1260 de 1970, el cual regula el estatuto del Registro del Estado Civil de las personas, donde se debe dejar claro que en el momento en que el médico certifique el nacimiento con vida del menor fruto del acuerdo de maternidad subrogada, debe aparecer en el acápite de la madre su calidad de subrogada, y que al momento de expedir el registro civil de nacimiento, sean los padres comitentes quienes directamente aparezcan como tales generando plenos efectos filiales, teniendo como fuente de los mismos la intención procreacional, coadyudado con el aporte jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que se referenció en el acápite precedente.

Maternidad subrogada y Derecho Penal

Para entender cómo se relaciona la figura de la maternidad subrogada con el Derecho Penal, hay que encontrar un conector que enlace ambos conceptos y necesariamente tiene que ser la filiación. Los referentes

más importantes que se pueden utilizar para proponer soluciones desde el derecho comparado a la realidad colombiana están en algunas legislaciones de países europeos, como por ejemplo Francia, España, Italia, Alemania y Portugal.

Tampoco se puede dejar de mencionar a México, en donde, por ejemplo, en la Ciudad de México existe legislación penal respecto al tema de la protección de la filiación como bien jurídico tutelado; del mismo modo, no se puede desconocer el caso del Reino Unido, que sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de gestación por sustitución. Esta normativa prohíbe iniciar o colaborar en negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de maternidad de subrogación, ofertar, convenir o negociar la realización de tales acuerdos, o recopilar cualquier información con el propósito de su utilización en la realización o negociación de acuerdos de gestación por sustitución.

Penalización de la maternidad subrogada en Colombia

Atendiendo el hecho de que la figura de la maternidad subrogada en Colombia no cuenta con un marco jurídico propio, sin estar expresamente prohibida, debemos mirar el tema también desde la vista del Derecho Penal interno, y encontramos que en el capítulo sexto del título VI del Código Penal colombiano, que referencia los delitos contra el bien jurídico de la familia, sólo se encuentra una conducta punible dedicada al tema de la protección del estado civil y es el artículo 238⁸ titulado supresión, alteración o suposición del estado civil cuyo objeto jurídico material sobre el cual recaen las conductas antes descritas se explica en palabras de Pabón (2013) de la siguiente manera:

En las dos primeras modalidades se trata de un objeto material fenoménico: la acción recae sobre un fenómeno jurídico estado civil que se suprime o altera. En la tercera modalidad la acción recae en forma directa sobre el documento de registro ideológicamente falso. El estado civil se define como “el estado legal o situación jurídica que coloca al

⁸ Ley 599 de 2000 Código Penal Colombiano.

individuo frente a ciertas entidades, instituciones o personas (estado, sociedad y familia), y le confiere, en consecuencia, especiales derechos y determinadas obligaciones civiles”. (p. 434)

Debido a que el proyecto de ley que hace curso en el Congreso pretende convertir en conducta punible el hecho de sacar provecho de una mujer que quiera alquilar su vientre, la conducta haría parte del Capítulo Quinto, que hace referencia a los delitos contra la autonomía personal perteneciente al título III que trata de los delitos contra la libertad individual y otras garantías.⁹

Analizado desde el anterior punto de vista, y acudiendo a las legislaciones foráneas con más avances al respecto, en especial la española, se tiene que la solución no es ubicar el objeto de protección jurídica en los delitos en contra de la libertad individual y tratar de convertir la maternidad subrogada onerosa en una subespecie de explotación o trata de personas por la dificultad que representaría en materia probatoria demostrar el elemento subjetivo del ánimo de lucro, tanto del sujeto agente como en la madre gestante, es decir, probatoriamente hablando, sería muy complicado establecer cuándo el promotor de la gestación subrogada y cuándo la madre gestante tienen un dolo específico de lucro, amparándose en que solo se estaban cubriendo gastos médicos y de manutención, teniendo en cuenta que hay países en donde el monto o los rubros que comprende esta compensación aunque indefinidos, si se permiten, (por ejemplo, en el Reino Unido); en otros países se incluyen expresamente, por ejemplo, gastos médicos, asesoramiento y/o gastos legales (por ejemplo, en Australia, Grecia, Nueva Zelanda, Sudáfrica), y en unos pocos estados también se comprende “la pérdida de ingresos” (por ejemplo, en Grecia). Además, propender por la creación de un tipo penal que sancione la maternidad subrogada con ánimo de lucro sería engrosar la larga lista de normas penales complementemente ineficaces por falta de aplicación práctica.

Teniendo en cuenta el razonamiento anterior, se considera que el bien jurídico a tutelar no debe ser la libertad individual, la cual está suficientemente protegida en la legislación penal con una consecuencia punitiva considerablemente alta de 13 a 25 años—, sino que debería ser la filiación

⁹ Ley 599 de 2000 Código Penal Colombiano.

entendida como la relación de parentesco entre madre e hijo y padre e hijo que es fuente para el nacimiento de la familia nuclear como una de las formas más tradicionales en la que se forma familia en Colombia.

Mirando hacia dónde se deben dirigir los esfuerzos de regulación penal en Colombia, se tiene que en España, antes de la promulgación del Código Penal de 1995, la discusión de acuerdo a Carrasco (2010) se centraba en la protección del estado civil:

Se rompe con ello la tradición jurídica, iniciada en el Código Penal de 1848 y conservada hasta el CP 1973, que los incluía entre los delitos contra el estado civil de las personas, si bien sus antecedentes históricos más remotos vinculan estos delitos a las falsedades. En concreto, es en *la Lex Cornelia de Falsis* en la que se recoge la suposición de parto como un delito de falsedad, manteniéndose así también en Las Partidas. Los delitos de sustitución y ocultación de niño, en cambio, no aparecen tipificados hasta el CP de 1822. (p. 2)

En la actualidad, el Código Penal español de 1995 “además de unificar los delitos contra las relaciones familiares en un mismo Título, el XII, ha introducido dos figuras absolutamente novedosas en lo que a la protección de la filiación se refiere: la sustitución imprudente de un niño por otro” (Carrasco, 2010, p. 2), establecida en el artículo 220.5 y el delito de suposición de parto contemplado en el artículo 220.1, contemplándose además la ocultación y entrega del hijo descrita en el artículo 220.2 figuras que importadas para Colombia serían una mejor alternativa jurídica para aplicar a casos de TRHA.

Colombia ante la maternidad subrogada, respuestas desde lo constitucional y jurisprudencial

“Con relación a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, específicamente en casos de maternidad sustitutiva, no es una práctica que esté prohibida por el ordenamiento jurídico colombiano” (Rincón, 2012, p. 106), de hecho, se tendría que decir que está permitida por omisión legislativa atendiendo el contenido del artículo 42 de la

Constitución Política que establece “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

A lo anterior habría que adicionarle el hecho de que existen en la Constitución colombiana una serie de intereses y principios que propenderían implícitamente por la celebración de acuerdos de maternidad subrogada, comenzando por la misma forma del Estado colombiano fundado sobre el principio de la solidaridad, los fines del estado, el principio de responsabilidad y el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, representado para este caso en la libertad con que cuenta la mujer de ofrecer su fuerza y capacidad reproductiva con una finalidad altruista y con el único objetivo de ayudar en el proyecto de vida familiar a una pareja con problemas de gestación o fertilidad que desee descendencia en el marco de respeto del derecho de los demás.

En este sentido, los acuerdos de maternidad subrogada no pueden ser considerados ilícitos, debido a que no están expresamente prohibidos por la ley.

Al momento de escribir estas líneas, se está tramitando un proyecto de ley estatutaria que pretende convertir la maternidad subrogada con fines de lucro en una conducta punible y regular otros aspectos, representado en el proyecto de ley No. 070 de 2018 (Senado de la República de Colombia, 2018).¹⁰

¹⁰ El proyecto de ley que en la actualidad se encuentra en trámite consta de solo 6 artículos, distribuidos como sigue; artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por 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. Artículo 2°. 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. Artículo 3. Todo acto jurídico en el que se pacte la obligación de subrogar o alquilar el vientre con fines de lucro, se entenderá nulo de pleno derecho. Solamente se permitirá la maternidad subrogada con fines altruistas cuando: 1. Se realice entre nacionales colombianos; 2. Se presente certificado médico en el que se demuestre incapacidad física o biológica para concebir. 3. Se realice entre sujetos que gocen de plena capacidad que conste mediante declaración extrajudicial juramentada. Artículo 4. Adiciónese el artículo 188E a la ley 599 de 2000, el cual quedará así: 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. Artículo 5: El Ministerio de Salud reglamentará la maternidad subrogada sin fines de lucro; considerando las obligaciones

Ahora, para analizar el contenido de su causa como elemento esencial del acuerdo, se tendría que acudir a lo expresado por la Corte Constitucional cuando manifiesta que

La licitud o ilicitud de una prestación, de un contrato, serán el resultado de la forma en que operen los bienes constitucionales que animan el ejercicio de la autonomía privada, las normas de Derecho Público y el principio de solidaridad impreso por el Estado Social de Derecho en las relaciones entre particulares. Será resultado del consentimiento y capacidad del sujeto que actúa en ejercicio de su libertad y dignidad humanas y todos los valores constitucionales que de ahí se desprenden, de cumplir con el ordenamiento que somete la actividad de que se trate, a sus reglas y principios (Corte Constitucional, Sentencia T-629 de 2019).

No obstante, aunque en Colombia no está expresamente consagrado en la Constitución, ni en ley nacional alguna el derecho a la procreación, hay que decir que la jurisprudencia de la Corte Constitucional si ha dejado claro que; “este existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa” (Corte Constitucional, Sentencia T-114 de 2000) y si a lo anterior le agregamos que la misma Corte ha establecido también que “la Constitución reconoce, en su artículo 42, el derecho a conformar de manera responsable una familia y de las parejas a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos. Este derecho es, a su vez, una de las expresiones de los derechos sexuales y reproductivos” (Corte Constitucional, Sentencia T-274 de 2015), no queda otra alternativa que afirmar que existe una obligación en cabeza del Estado de regular la maternidad subrogada como consecuencia de la posibilidad de la aplicación de la FIV como una de las TRHA, de tal forma que ofrezca condiciones equitativas para aquellas personas involucradas en el proceso, llámese la mujer gestante, las personas o parejas que presenten problemas comprobados de gestación o fertilidad y el menor fruto de la aplicación de esta alternativa.

de la madre gestante y de los solicitantes, y teniendo en cuenta los parámetros establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Artículo 6. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas aquellas disposiciones que le sean contrarias

Conclusiones

Atendiendo las principales ideas expuestas con anterioridad y recogiendo los resultados encontrados, para poder comenzar a hablar de un marco jurídico integral e incluyente para Colombia en cuanto al tema de la maternidad subrogada, se propone un cuerpo legislativo que incluya los siguientes puntos:

- 1. Tipo y finalidad de la maternidad subrogada.** Tal y como se expuso en el capítulo 3 del presente artículo, en la actualidad existe consenso entre los investigadores iusprivatistas en el entendido que solo hay dos tipos de modalidades de maternidad subrogada, se tiene la tradicional, plena o total y la gestacional o parcial. Así mismo, existe este acuerdo en cuanto a su finalidad, la cual puede ser onerosa o altruista. En este sentido, y para minimizar conflictos jurídicos, sería la modalidad gestacional o parcial, es decir, donde la madre gestante solamente aporta su capacidad gestacional, cuya finalidad sea altruista la que debería acoger Colombia al momento de expedir una ley que regule su contenido, alcance y efectos.
- 2. Marco jurídico.** Como una síntesis de lo discutido en el capítulo 4 de este documento, se podría decir que las respuestas de derecho comparado que se encontraron a este fenómeno permiten identificar tres marcos de regulación: por un lado está la prohibición absoluta, se tiene la permisón amplia con pocas restricciones y se cuenta, además, con un marco intermedio que la permite con ciertas limitaciones. No cabe duda de que el marco jurídico más adecuado para Colombia debe ser la permisón regulada con limitaciones, en el entendido que es el tipo de regulación hacia el cual están migrando tanto los estados prohibicionistas como los no restrictivos.
- 3. Derechos y obligaciones de la madre gestante.** Las experiencias internacionales en el tema de maternidad subrogada han llevado a concluir que los derechos y las obligaciones que tienen las madres gestantes son verificar el consentimiento informado respecto a los riesgos médicos de la futura práctica, así como establecer una limitación en cuanto al número de veces que puede prestar su cuerpo para

- el procedimiento, haber tenido embarazos previos, tener idoneidad psico-física y una edad que no implique un embarazo de alto riesgo.
- 4. Derechos y obligaciones de la parte comitente.** Como prerrogativas a favor de la parte comitente, los países que permiten la práctica han concluido que imponer limitaciones en cuanto al estado civil no estaría en consonancia con la tendencia internacional, por lo tanto, parejas casadas, en unión libre y personas solas podrían acceder eventualmente a esta posibilidad, eso sí, sin enervar obligaciones previas como ser sometidos a un estudio psicosocial previo que dé cuenta de su aptitud para asumir la crianza del niño fruto del convenio de maternidad subrogada, además de cumplir condiciones respecto a la nacionalidad y la preferencia por la IAH como TRHA.
 - 5. Derechos y prerrogativas a favor del menor concebido como fruto del convenio de maternidad subrogada.** En este punto corresponde hacer remisión a lo establecido en la T-968/2009 de la Corte Constitucional Colombiana del cual se dio cuenta en el capítulo 4 y que establece unos requerimientos mínimos a favor del menor fruto del convenio de subrogación y que recoge mucha de las preocupaciones que a nivel internacional se discuten respecto a este punto, en especial en los pronunciamientos del TEDH.
 - 6. Tipo de filiación en casos de convenios de maternidad subrogada.** Una legislación que aspire a ser incluyente, justa y equitativa respecto al tema de la maternidad subrogada en Colombia debe empezar a considerar la intención procreacional como fuente para determinar la filiación entre padres e hijos nacidos como consecuencia de la aplicación de las TRHA, situación que ya es evidente en países del contexto latinoamericano como es el caso de Argentina, tema discutido en el capítulo 5 de este artículo.
 - 7. Alcances punitivos de la maternidad subrogada.** Respecto a la relación maternidad subrogada y Derecho Penal, se podría pensar en agregar conductas punibles que en países como España, tal y como se evidenció en el segundo apartado del capítulo V de este documento, hacen parte de las infracciones en contra de las relaciones familiares, como son el delito de suposición de parto, la sustitución imprudente de un niño por otro y la ocultación y entrega de hijo.

Referencias

- Albert, M. (2017). La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación Altruista: Una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética, XXVIII Vol(2)*, 177-197.
- Amador, M. (2010). Biopolíticas y biotecnologías: Reflexiones sobre la maternidad Subrogada en India. *CS(6)*, 193-217.
- Arteta, A. (2011). Maternidad subrogada. *Ciencias Biomédicas, 2(1)*, 91-97.
- Bernal, R. (2009). Técnicas de reproducción humana asistidas. Maternidad subrogada y derecho de familia. *Revista republicana, 6*, 15-30.
- Bernal, J. (2013). Reproducción asistida y filiación. Tres casos. *Opinión jurídica, 24(2)*, 193-204.
- Calvo, A. & Carrascosa, J. (2009). Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la dirección general de los registros y el notariado del 18 de Febrero de 2009. *Cuadernos de derecho transnacional, 1(2)*, 294-319.
- Carrasco, M. (2010). Protección penal de la filiación. *Revista electrónica de ciencia Penal y Criminología, 12(6)*, 1-30.
- Carrera, C. (2016). Filiación por técnicas de reproducción humana asistidas. *Revista In Iure, 6(2)*, 40-64.
- Farnós, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. *Indret. Revista para el análisis del derecho, 1*, 1-25.
- Flores, J. (2014). Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo. *Revista de derecho privado, 27(2)*, 71-89.
- González, A. (2015). De tumba a útero. *Investigaciones feministas, 6*, 35-59.
- IFFS Surveillance. (2016). *Global Reproductive Health*, Recuperado de http://www.ogsm.org.my/docs/IFFS_Surveillance_2016.pdf.
- Igareda, N. (2015). La inmutabilidad del principio “Mater semper certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España. *Universitas. Revista de filosofía, derecho y política, 21(1)*, 3-19.
- Jouve de la Barrera, N. (2017). Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. *Cuadernos de bioética, 28(2)*, 153-162.
- Lamm, E. (2012a). Gestación por sustitución. *Indret, revista para el análisis del derecho, 3*, 10-49.
- Lamm, E. (2012b). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiaciones derivadas de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de bioética y derecho, 24(1)*, 76-91.

- Leonsegui, R. A. (1994). La maternidad portadora, sustituta o de encargo. BFD: *Boletín de la facultad de derecho de la UNED*, 7, 317-338.
- López, J. & Aparisi, A. (2012). Aproximación a la problemática ética y jurídica de la Maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, XXIII(2), 253-267.
- Martinez-Pereda, J. M. & Massigoge, J. M. (1994). *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*. Madrid: Dykinson ediciones.
- Martinez, V. (2015). Maternidad subrogada: una mirada a su regulación en México. *Dikaion*, 24(2), 353-382.
- Pabón, P. (2013). *Manual de derecho penal tomo II parte especial*. Bogotá: Ediciones doctrina y ley LTDA.
- Rincón, X. (2012). Bioética y derecho, ¿para y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia. *Derecho PUCP*, 69, 99-112.
- Rodríguez, D. (2005). Nuevas técnicas de reproducción humanas. El útero como objeto de contrato. *Revista de derecho privado*, 11(2), 97-127.
- Rodríguez, C. & Martínez, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de derecho*, 25(2), 59-81.
- Ruiz, R. (2013). *La maternidad subrogada. Revisión bibliográfica* (tesis de pregrado). Universidad de Cantabria, Cantabria, España.
- Souto, B. (2005). Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho. *Revistas de ciencias jurídicas y sociales*, 1, 275-292.
- Varsi, E. (2017). La determinación de la filiación en la procreación asistida. *Ius*, 31(1), 1-31.

Jurisprudencia nacional

- Corte Constitucional de Colombia (2000). *Sentencia T-1104 de 2000*, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Sentencia T-968 de 2009*, M.P. María Victoria Calle.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia T-629 de 2010*, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional de Colombia. (2015). *Sentencia T-274 de 2015*, M.P. Jorge Iván Palacio.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2017). Radicación n° 54001 31 10 009 2009 00585 01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Jurisprudencia Internacional

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2014). *Mennensson v. France*, no. 65192/11.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2017). *Paradiso and Campanelli v. Italy* no.25358/12.

Tribunal Supremo Alemán. (2014). *Ley de Derecho de Familia y Procedimientos Voluntarios* (FamFG).

Legislación nacional

Constitución Política de Colombia. [Const.] (1991). Vigésima primera ed. Temis.

Presidencia de la república de Colombia. (2004). *Decreto 2493 de 2004*. Colombia.

República de Colombia. (2000). *Ley 599 de 2000*. Colombia.

República de Colombia. (2002). *Ley 742 de 2002*. Colombia.

Legislación internacional

República Argentina. (2014). *Ley 26.994 de 2014*. Argentina.

Reino de España. (2006). *Ley 14 de 2006*. España.

Estado de Tabasco. (2008). *Decreto 105 de 2008*. Tabasco.

Estado de Sinaloa. (2013). *Decreto 742 de 2013*. Sinaloa.

Ciudad de México. (1928). *Decreto del 3 de enero de 1928*. Ciudad de México.

Reino de España. (1995). *Ley Orgánica No. 10 de 1995*. España.