

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio al Proyecto de Ley número 118 de 2019 Senado “*Por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro y se establecen los parámetros generales para la práctica de la maternidad subrogada con fines altruistas*”

Proyecto de Ley número 118 de 2019 Senado “ <i>Por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro y se establecen los parámetros generales para la práctica de la maternidad subrogada con fines altruistas</i> ”	
Autores	Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella Senador Santiago Valencia Gómez
Fecha de Presentación	13 agosto de 2019
Estado	Archivado
Referencia	Concepto No 8.2020

1. En ejercicio de sus funciones, el Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal, adelantó el día 5 de noviembre de 2019 el examen al Proyecto de Ley número 118 de 2019 Senado “*Por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro y se establecen los parámetros generales para la práctica de la maternidad subrogada con fines altruistas*”. En ese orden, a continuación, se procede a exponer las consideraciones y observaciones que se hicieron al mismo.

I. Objeto y contenido del Proyecto de Ley

2. De conformidad con el texto del Proyecto de Ley 118 de 2019 y su exposición de motivos, este tiene como 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 de la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, y la protección del que está por nacer*”.
3. De tal manera, mencionado proyecto de ley consta de siete (7) artículos en los que se incluye su vigencia, así:

PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO 118 DE 2019 SENADO

por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro y se establecen los parámetros generales para la práctica de la maternidad subrogada con fines altruistas.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

- **Artículo 1. Objeto.** *La presente ley tiene por objeto prohibir la práctica de la maternidad subrogada con fines de lucro, y permitirla con fines altruistas solo para parejas colombianas que presenten incapacidad biológica para concebir, garantizando 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 y renunciando a los derechos sobre el recién nacido.*
- **Artículo 3°. Créase el tipo penal de “Constreñimiento a la maternidad subrogada con fines de lucro”;** *adiciónese el artículo 188F a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: **Artículo 188F: Constreñimiento a la maternidad subrogada con fines de lucro:** El que por sí o como miembro de una organización nacional o internacional, con el propósito de obtener beneficio económico promueva, induzca, financie, reclute, colabore o constriña a una mujer para alquilar su vientre mediando fines de lucro incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- **Artículo 4°. 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. Será permitida la maternidad subrogada con fines altruistas únicamente 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 5°. Las decisiones relacionadas con la gestación se tomarán de manera conjunta entre la mujer gestante y el padre y la madre solicitantes, prevaleciendo el derecho a la vida del que está por nacer. Parágrafo. Sin perjuicio de lo anterior, en cualquiera de las decisiones que se tomen o en las cuales no se llegue a un acuerdo, primará el interés del nasciturus.**
- **Artículo 6°. El Ministerio de Salud reglamentará la práctica de la maternidad subrogada sin fines de lucro; considerando las obligaciones de la madre gestante, del padre y madre solicitantes, y con plena observancia de los parámetros establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.**
- **Artículo 7°. Vigencia.** *La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas aquellas disposiciones que le sean contrarias.*

II. Observaciones político-criminales al Proyecto de Ley bajo examen

4. Una importante fuente de información sobre el tema base del Proyecto de Ley 118 de 2019, esto es la maternidad subrogada, es el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009, que definió el contrato de maternidad subrogada 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”*. Esta definición, tomada de la doctrina española¹, introduce el concepto general de maternidad subrogada sin limitarlo, como ha ocurrido en otros países, en elementos como su onerosidad o sus modalidades, generando una controversia sobre qué derechos fundamentales deben ser sopesados para efecto de determinar el impacto en la política criminal en nuestro país, que puede tener este Proyecto de Ley.
5. Adicionalmente, la Corte en esta sentencia consideró, sobre los conflictos de los padres y los hijos, que: *“[e]s necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres, pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor.(...)La forma en que se deben armonizar los derechos y resolver los conflictos entre los intereses de los padres y los intereses del menor, no se puede establecer en abstracto, sino en función de las circunstancias de cada caso particular y sin que pueda, en ningún caso, poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, so pena de que el Estado intervenga para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo.”*
6. Igualmente estudió en profundidad el caso y debido a que no existe norma explícita en la legislación, la reconoció como una práctica legal, basándose en el artículo 42 de la Constitución Política y el artículo 1602 del Código Civil: consentimiento libre, capacidad, objeto lícito y causa lícita.
7. Ahora bien, la intención de los promotores del Proyecto de Ley 118 de 2019, tal como se refleja en la exposición de motivos, pretende la protección de los derechos fundamentales y prevalentes no solo de los menores, sino en especial de las mujeres que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, evitando que así sean explotadas comercialmente a cambio de una remuneración que instrumentaliza su cuerpo para la procreación.

¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. El Derecho a la Reproducción Humana. Madrid: Marcial Pons, 1994, p. 136.

8. Asimismo, existe una afectación diferente y una interpretación posible respecto de la maternidad subrogada con fines de lucro, la cual se basa en entender esta forma de maternidad como una alternativa válida para quienes por distintos motivos no puedan acceder de manera directa a la paternidad puedan hacerlo a través del llamado alquiler de vientres. Es decir, tal y como en otros países se ha regulado, en especial en Estados Unidos², que es pionero en esta forma de procreación, constituye una técnica médica válida para que las personas puedan cumplir su objetivo de formar una familia, la cual también esté conformada por la cantidad de hijos que deseen.
9. Sin embargo, el alquiler de vientre como actividad económica se desarrolla habitualmente en Colombia. En internet se encuentran un gran número de sitios en los que mujeres ofrecen su vientre para concebir su hijo, al igual que parejas que buscan contactarse con madres sustitutas para hacer realidad sus deseos de tener hijos. Así mismo, existen diferentes clínicas o centros de maternidad entre otros tipos de organizaciones que brindan un servicio de intermediación entre las madres sustitutas y las parejas que desean tener un hijo, al igual que la asistencia técnico-científica para la inseminación artificial o la fecundación in vitro³.
10. Además, deben tenerse en cuenta principios constitucionales tales como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y la autonomía personal, enmarcados como derechos fundamentales en nuestra Constitución Política, con los cuales las mujeres que cumplan las condiciones para la maternidad subrogada podrían legítimamente disponer de su cuerpo, una vez regulado legalmente este tópico, entre otras cosas, para ser parte de un contrato de esta naturaleza.
11. Como puede apreciarse, los fines son deseables y constitucionalmente legítimos, en cuanto que no se debe explotar arbitrariamente a la mujer; no obstante, en opinión del Consejo Superior de Política Criminal, el Proyecto de Ley 118 de 2019 puede llegar a ser excesivo y vulnerar tanto los derechos fundamentales antes resaltados, como los demás derechos fundamentales de las personas, tales como tener familia de conformidad con el artículo 42 de la Constitución Política, poniendo en riesgo su constitucionalidad.

² Fueron los primeros en aplicar el método de la FIV, que ofrece la posibilidad de emplear otros óvulos y por lo tanto eliminar la relación genética entre la gestante y el bebé. Por otra parte, casos históricos como los de Baby M, Johnson contra Calvert, Buzzanca contra Buzzanca, etc., ocurrieron en los Estados Unidos y contribuyeron a cambiar las leyes o a crear jurisprudencia. Babygest Copyright © 2020. Desarrollado por DCIP Consulting. Última actualización de la web: 26/06/2020 <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada/>

³ Corte Constitucional, Sentencia T-968 de 2009 M.P María Victoria Calle Correa

12. Por tanto, el Proyecto de Ley 118 de 2019, limita toda forma de maternidad subrogada con fines de lucro, dejando a salvo a aquella que se realice con fines altruistas, pero antepone un alto grado de incertidumbre frente a los límites de lo que se puede entender como lucro y lo que se entiende como fin altruista. Así, por ejemplo, los cuidados médicos, vestuario, alimentación, etc., que realizan las personas en beneficio de una mujer a la que le han solicitado ayuda para la procreación en los términos de la maternidad subrogada⁴, ¿pueden ser considerados como un fin de lucro? Desde luego, esto es relevante no solo para la prohibición de esta forma de maternidad, sino también para la determinación del tipo penal que se pretende crear, haciendo que su nivel de abstracción atente contra el principio de legalidad estricta, en juicio de tipicidad.
13. Otro punto que debe examinarse con atención, tiene que ver con los requisitos establecidos para cuando la maternidad subrogada es permitida, especialmente porque se restringe esta práctica exclusivamente a los nacionales colombianos. Si bien es claro que la intención es evitar que el país se convierta en un destino de parejas extranjeras para el alquiler de vientres, y la posible explotación de la mujer, lo cierto es que esta limitación puede afectar indiscriminadamente el principio de igualdad, sobre todo si se tiene en cuenta que existen muchas parejas residentes de Colombia pero que no tienen la ciudadanía. Frente a ellas, según lo establecido en el artículo 3° del Proyecto, quedarían desprotegidas incluso frente a la maternidad subrogada con fines altruistas.
14. Finalmente, un aspecto de técnica legislativa que debe mencionarse es la creación del artículo 188F, denominado “*Constreñimiento a la maternidad subrogada con fines de lucro*”, el cual se está implementando a través de una ley estatutaria, en tanto el resto de los tipos penales y, en general, el Código Penal, corresponde a una ley ordinaria. Si bien esto no genera problemas de constitucionalidad, al ser la ley estatutaria de mayor rango que la ordinaria, si genera un problema de coherencia en los trámites legislativos y, en especial, al momento de modificar o suprimir el tipo penal en mención, ya que solo podría hacerse a través de ley estatutaria, creando un tipo penal en blanco y sin aplicación, ya que dependería exclusivamente de la regulación que se dé en materia

⁴ Por otra parte, podemos clasificar la técnica de subrogación gestacional en función de si la gestante recibe compensación económica por el embarazo o no: **Gestación subrogada comercial:** la gestante recibe un pago por el embarazo además de los gastos derivados del mismo. **Gestación subrogada altruista:** la gestante no recibe ningún pago más allá del reembolso de los gastos derivados del embarazo tales como ropa de premamá, revisiones médicas, alimentación específica, viajes al hospital, etc. Realizar un tipo u otro de gestación subrogada hará que el precio del tratamiento varíe, ya que la opción comercial y la necesidad de recurrir a la donación de óvulos y/o espermatozoides encarece el procedimiento. Además, el precio de la gestación subrogada podrá ser mayor o menor en función del país donde se realice debido a las características propias de cada destino. Babygest Copyright © 2020. Desarrollado por DCIP Consulting. Última actualización de la web: 26/06/2020 <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada/>

civil y de familia a la maternidad subrogada, como lo trata el artículo 6° del Proyecto de Ley 118 de 2019.

15. Asociado al tipo penal que se pretende implementar, se tiene que el “*constreñimiento a la maternidad subrogada con fines de lucro*” del que trata el proyecto de ley 118 de 2019, se asimila en todos sus aspectos con el tipo penal denominado “*Constreñimiento Ilegal*”, también denominado delito de violencia privada, que se encuentra descrito en el Código Penal – ley 599 del 2000- en su artículo 182⁵, ya que es pluriofensivo, porque lesiona la libertad individual y además, puede vulnerar la dignidad humana y otros bienes jurídicos tutelados, según la finalidad perseguida por el sujeto agente.
16. La conducta descrita tanto en el Código Penal – ley 599 del 2000-, como la proposición del Proyecto de Ley referenciado⁶, representa en ambos casos el verbo rector simple de “constreñir”⁷, que significa un apremio indebido, obligar o forzar a alguien a hacer, omitir o tolerar alguna cosa, mediante la utilización de la fuerza física o moral. Constreñir, según la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal es “compeler a otro de manera ilegítima que da tanto como intimidarlo (colocar en temor) moral o físicamente, que obviamente se refiere a una acción de atemorizamiento”⁸, esto porque en ambos casos lo que se busca es doblegar la voluntad del sujeto pasivo, que en el caso del Proyecto de ley analizado es la mujer que actúa como gestante del bebé ajeno, situación ya contemplada en nuestro ordenamiento jurídico en el Título III- Delitos Contra La Libertad y Otras Garantías, Capítulo V – Delitos contra la Autonomía Personal, Artículo 182, por estar dirigida a un sujeto pasivo indeterminado, por lo cual la conducta descrita y vigente de constreñir⁹, abarcaría el contexto planteado por los ponentes frente al castigo punitivo inmerso en la propuesta legislativa.

6

III. Conclusión:

⁵ Código Penal -599 del 2000-, art. 182 “Constreñimiento Ilegal -Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005:> El que, fuera de los casos especialmente previstos como delito, constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

⁶ Proyecto de Ley Estatutaria N°118 de 2019.

⁷ RAE - <https://dle.rae.es/constre%C3%B1ir?m=form> Constreñir: Del lat. *constringere*. Conjug. c. *ceñir*.
1. tr. Obligar, precisar, compeler por fuerza a alguien a que haga y ejecute algo. 2. tr. Oprimir, reducir, limitar. *Las reglas rígidas constriñen la imaginación.* 3. tr. Apretar y cerrar, como oprimiendo.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 8389, 1994).

⁹ Pablo Elías González – Minguí, Delitos Contra la Libertad Individual y Otras Garantías, Editorial Universidad Católica de Colombia, colección JUS Penal 17- 2017 “El constreñimiento de la voluntad se puede realizar por cualquier medio, a través de violencia física o síquica, dirigido directamente contra la persona o contra otras personas (familiares o cercanas al constreñido) o contra las cosas (bienes muebles o inmuebles).”

17. Así las cosas, si bien el Consejo Superior de Política Criminal comparte la preocupación de los ponentes respecto de la protección de las mujeres que se puedan encontrar en estado de vulnerabilidad y que debido a esta situación puedan ver afectada su voluntad al momento de suscribir un negocio jurídico relacionado con la maternidad subrogada con fines de lucro, considera que el Proyecto en mención excede este ámbito de protección.
18. Dadas las anteriores consideraciones y todos los inconvenientes que persisten en el proyecto de Ley 118 de 2019, el Consejo Superior de Política Criminal, en cumplimiento de las funciones designadas en el decreto 2055 de 2015, emite concepto desfavorable a la iniciativa legislativa.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL



CHRISTIAN LEONARDO WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ
Director de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

7