

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley Estatutaria número 186 de 2017 “Por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica”.

Proyecto de Ley Estatutaria número 186 de 2017 “Por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica”.	
Autores	Senadora María del Rosario Guerra Representante Santiago Valencia
Fecha de Presentación	Noviembre 11 de 2017
Estado	Ponencia Primer Debate Ponencia Primer Debate
Referencia	Concepto 08.2018

1

El Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal, en sesión del 21 de noviembre, discutió el Proyecto de Ley Estatutaria número 186 de 2017 Senado “Por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica”, con base en el texto radicado ante la Secretaría de la Cámara de Representantes el día 11 de noviembre de 2017.

Una vez revisadas las consideraciones por parte del Consejo Superior de Política Criminal, se aprueba el presente concepto.

1. Objeto y contenido del Proyecto de Ley Estatutaria

De acuerdo con el texto radicado, el objeto del proyecto de ley estatutaria bajo estudio es prohibir el alquiler de vientres en Colombia con el fin de proteger los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, procreación y salud de la mujer, así como el derecho a la vida, la dignidad, la libertad, la integridad y la seguridad de quien está por nacer.

El texto del Proyecto de Ley está compuesto por siete (7) artículos, incluido el de vigencia, entre los cuales se destaca:

- El artículo 1 señala el objeto de la ley.
- El artículo 2 define la maternidad subrogada con fines de lucro, como la contratación de una mujer para gestar un bebé, entregarlo a los solicitantes cuando nazca, renunciando a la filiación y todos los derechos sobre el menor de edad a cambio de cualquier tipo de pago.
- El artículo 3 señala que será nulo de pleno derecho todo acto jurídico en el que se consigne la obligación a cargo de una mujer de renunciar a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, a cambio de cualquier tipo de pago.
- El artículo 4 establece que quienes participen en la contratación de la maternidad subrogada incurrirán en el delito Trata de Personas (art. 188A del C. P) y en el de tráfico, compra, venta o comercialización de componentes anatómicos humanos (art. 2 de la Ley 919 de 2004).

2. Observaciones Político-Criminales al Proyecto de Ley Estatutaria

En términos generales, el Consejo Superior de Política Criminal advierte que el Proyecto de Ley Estatutaria bajo estudio es inconveniente y emite concepto negativo, conforme los siguientes presupuestos:

2

2.1. Cuestión previa

Vale la pena poner de presente que mediante concepto No. 16.06 el Consejo Superior de Política Criminal emitió concepto en relación con el proyecto de ley 202 de 2016 por medio del cual se buscaba prohibir la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos.

En su momento se dijo como conclusión:

“el Consejo Superior de Política Criminal considera que la iniciativa examinada es inconveniente desde el punto de vista político-criminal, además de ser inconstitucional. Lo primero tiene que ver falta de rigor en las definiciones, la expansión injustificada del derecho penal y la desproporcionalidad en la tipificación de la conducta de la maternidad subrogada al asociarla con la trata de personas y el tráfico de órganos. Finalmente, es inconstitucional toda vez que sus pretensiones resultarían en la limitación de derechos fundamentales como resultado de su prohibición, lo que exige entonces, el trámite legislativo como ley estatutaria.”

La principal modificación al otrora proyecto de ley frente al que hoy se pone a consideración, radica en que ahora se presenta como Ley Estatutaria, tal como lo había puesto de presente en su momento el Consejo Superior al emitir concepto; y, adicionalmente, se traen los siguientes cambios:

	PL 206 de 2016 Cámara	PLE 186/17 Cámara
Objeto	La presente ley tiene por objeto prohibir la práctica de la maternidad subrogada en Colombia, esto con el fin de proteger los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, procreación y salud de la mujer, así como el derecho a la vida y al de conformar una familia de quien está por nacer. (art. 1)	La presente ley tiene por objeto prohibir el alquiler de vientres en Colombia con el fin de proteger los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, procreación y salud de la mujer, así como el derecho a la vida, la dignidad, la libertad, la integridad y la seguridad de quien está por nacer.
Concepto	Se entiende por maternidad subrogada, la contratación de una mujer para gestar un bebé, entregarlo a los solicitantes y renunciar a todos los derechos sobre el recién nacido	Se entiende por Maternidad Subrogada con fines de lucro la contratación de una mujer para gestar un bebé, entregarlo a los solicitantes cuando nazca, renunciando a la filiación y todos los derechos sobre el menor a cambio de cualquier tipo de pago.
Nulidad del derecho	Todo acto jurídico en el que se consigne la obligación a cargo de una mujer de renunciar a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero se entenderá nulo de pleno derecho.	Se entenderá nulo de pleno derecho, todo acto jurídico en el que se consigne la obligación a cargo de una mujer de renunciar a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, a cambio de cualquier tipo de pago.
Sanción penal	Quienes realicen esta práctica incurrirán en los delitos contemplados en los artículos 188A del Código Penal y 2° de la Ley 919 de 2004.	Quienes realicen o participen en la contratación de maternidad subrogada, incurrirán en los delitos contemplados en los artículos 188A del Código Penal y 2 de la Ley 919 de 2004.
Otras medidas		Artículo 5°. Con el fin de proteger a los niños que nazcan, el artículo 48 del Decreto 1260 de 1970, el cual quedará así: Artículo 48.- La inscripción del nacimiento deberá realizarse dentro de los 5 días siguientes al nacimiento ante el correspondiente funcionario encargado de llevar el registro del estado civil. Sólo se inscribirá a quien nazca vivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Código Civil
		Artículo 6°. El artículo 5 del Decreto 1170 de 1997 tendrá el siguiente párrafo: ARTICULO 5o. Parágrafo: El Certificado de nacido vivo debe estar firmado por mínimo 3 médicos

2.2. El contenido del proyecto no desarrolla los parámetros de una Ley Estatutaria

En primer lugar, si bien se trata de un proyecto de Ley Estatutaria conforme al pronunciamiento de este Consejo sobre iniciativas legislativas radicadas en legislaturas anteriores sobre la materia¹, el articulado propuesto no desarrolla una de aquellas materias que, conforme el artículo 152 de la Constitución Política, deben ser regulados por este tipo de ley, y que, para el caso concreto sería el de *“Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”*, pues lo que se propone en el proyecto es prohibir un comportamiento, sin que nada se diga acerca de los derechos de la madre que alquila el vientre, ni de quien aspira a beneficiarse de dicho servicio, así como tampoco del niño o niña producto de este acuerdo. Es decir, no se trata sólo de prohibir la maternidad subrogada con fines lucrativos, sino de establecer previsiones específicas para garantizar los derechos fundamentales de los sujetos que intervienen en esta práctica y esto se echa de menos en el proyecto de Ley Estatutaria que se pone a consideración.

4

Como de lo que se trata es de intervenir los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida, la salud, la lactancia materna, la familia y la igualdad, tal como se revela de la exposición de motivos, en la Ley Estatutaria tiene que quedar clara la regulación de aspectos inherentes al ejercicio mismo de estos derechos y fundamentalmente lo que signifique consagración de los límites, restricciones, excepciones y prohibiciones.

Lo anterior se ratifica a partir de la jurisprudencia constitucional que ha establecido que las disposiciones objeto de trámite cualificado son

aquellas que regulan el núcleo esencial del derecho o deber fundamental, aspectos inherentes al mismo, la estructura general y sus principios reguladores o la normativa que lo regula de forma íntegra, estructural o completa. Igualmente, ha añadido que la reserva también aplica cuando se *“trate de un mecanismo constitucional necesario e indispensable para la defensa y protección de un derecho fundamental”*².

¹ Se trata de los Proyectos de Ley 202 de 2016 Cámara y 026 de 2016 Cámara. El Consejo Superior de Política Criminal señaló su inconveniencia mediante concepto 06 de 2016. Ver en www.politicacriminal.gov.co

² Corte Constitucional, sentencia C – 007 de 2017

2.3. La desproporcionalidad en el delito asociado a la conducta y de la pena

Lo primero que vale la preguntarse es si resulta legítimo criminalizar el comportamiento de la maternidad subrogada con fines lucrativos.

Tal como ya lo puso de presente este Consejo Superior en el concepto No. 16.06, la Corte Constitucional en la sentencia T – 968 de 2009 de ninguna manera toma partido por prohibir y mucho menos por penalizar esta conducta, es más, la Corte reconoce que *“respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.”*

Si ello es así, tal como ya lo ha hecho en otras ocasiones y lo reiteró en el concepto que estudió por primera vez la criminalización de la maternidad subrogada, el Consejo Superior de Política Criminal reitera que la única prohibición jurídica que puede recaer sobre un comportamiento no es la de volverlo punible y en consecuencia tipificarlo como delito y asignarle una pena, pues esta práctica es la que nos ha llevado a un derecho penal en expansión que tiene en crisis al sistema penitenciario y carcelario; y así, la falta de regulación de un tema no resulta ser razón suficiente para su criminalización, mucho más si se tiene en cuenta que nuestro derecho penal pregona las características de ser subsidiario, fragmentario y la *ultima ratio*.

Ahora, a partir de que el artículo 4 de la iniciativa legislativa señala que *“quienes realicen o participen en la contratación de maternidad subrogada, incurrirán en los delitos contemplados en los artículos 188A del Código Penal y 2 de la Ley 919 de 2004.”*, no resulta adecuado desde el punto de vista del derecho penal, con miras a castigar el comportamiento de la maternidad subrogada, que se remita a dos tipos penales completamente distintos; el primero es el de trata de personas y el segundo es el de tráfico, compra, venta o comercialización de componentes anatómicos humanos, lo que significa que no hay claridad de cuál es el sentido de la sanción a la que se remite y es claramente violatorio de principios rectores del derecho penal como el de tipicidad (art. 10 del C.P.)

Este principio rector impone a la ley penal definir “*de manera inequívoca expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal*”, todo lo cual se rompe cuando una misma conducta, en este caso la de maternidad subrogada con fines lucrativos, puede ser constitutiva de dos delitos, amén de que en relación con el punible de tráfico de personas no aparece realizado ninguno de sus verbos rectores, así como tampoco la finalidad de explotación, lo que, tal como ya se dijo, da al traste con el principio de tipicidad y de contera con el de proporcionalidad, pues resultan injustificados tal altos marcos punitivos para castigar un comportamiento que no encuadra en el delito mediante el cual, por remisión, se pretende castigar.

Ya al estudiar el proyecto de ley No. 202 de 2016, que trataba sobre este mismo tema, el Consejo Superior de Política Criminal, en concepto No. 16.06, señaló:

“Respecto al objetivo del proyecto de asociar la conducta de maternidad subrogada con los delitos de trata de personas, para el cual se prevé una pena de prisión de 13 a 23 años de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188A del estatuto represor, así como al de tráfico de órganos, sancionado con privación de la libertad de entre 3 y 6 años, el Consejo Superior de Política Criminal advierte que, en caso de que resultara válido proceder a la tipificación de la maternidad subrogada como un comportamiento delictivo, no parece proporcional que esta conducta se asimile en sus consecuencias punitivas a los delitos mencionados. En el caso de tipificar la conducta como trata de personas, además de no aparecer realizado ninguno de los verbos rectores de esta figura delictiva, la finalidad de explotación propia de la trata de personas no se advierte en la autonomía personal de la subrogación, por lo que aparecen como injustificados tan elevados rangos punitivos”.

6

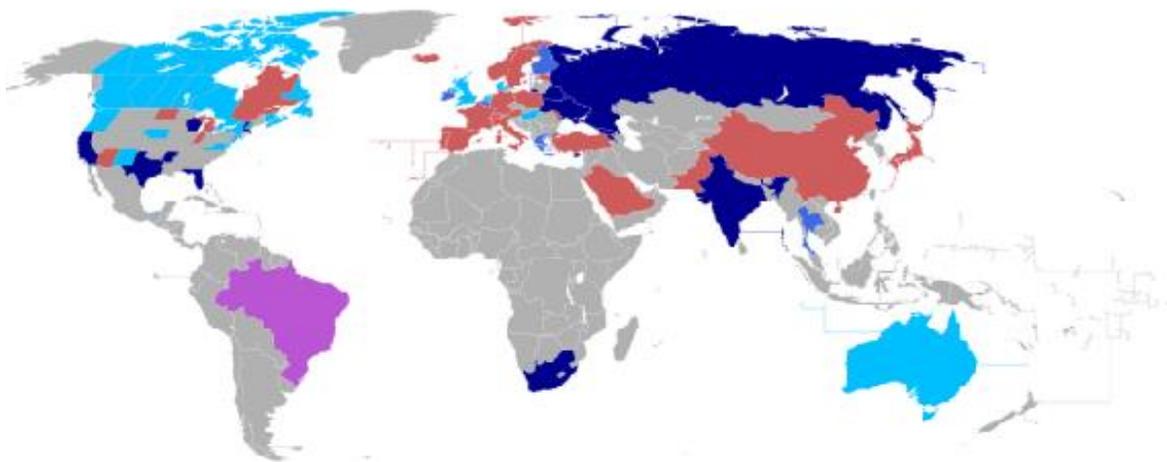
2.4. La falta de fundamentos empíricos de la propuesta

Este Consejo debe advertir que el nuevo texto radicado de Ley Estatutaria, no ha superado la falta de evidencia empírica que desde el concepto 16.06 se le ha reclamado, pues lo que se presenta en la exposición de motivos son casos de otros países y una sentencia de la Corte Constitucional, lo cuales no resultan ser concluyentes ni razones suficientes para soportar la propuesta; estas referencias no bastan para tener claridad acerca del fenómeno del alquiler de vientres o maternidad subrogada en Colombia, sea por razones humanitarias o como consecuencia de fines lucrativos, así como no se analiza el profundo problema de criminalizar este tipo de prácticas que amerite la intervención del derecho penal con la imposición de una sanción que resulte proporcionada a la gravedad de la conducta.

Es así como hoy en el mundo, en torno a la maternidad subrogada, se cuenta con posiciones que van desde su prohibición, hasta su legalidad tanto en las

modalidades retribuida como altruista; todo lo cual hace que se haga necesario contar con fundamentos empíricos que argumenten y soporten la decisión que se tome en Colombia.

A manera ilustrativa, valga la pena traer nuevamente en este concepto, el mapa de la regulación de la maternidad subrogada en el mundo, y el cual da cuenta de que un estudio comparado no aporta ninguna conclusión con miras a asumir postura:



Regulación legal de la gestación subrogada en el mundo:

-  Legal las formas retribuida y altruista
-  Sin regulación legal pero se realiza
-  Legal sólo de forma altruista
-  Permitida entre familiares hasta segundo grado de consanguinidad
-  Prohibida
-  No regulada/situación incierta

Finalmente, en el citado concepto 16.06 se advirtió que:

El Consejo Superior de la Política Criminal reitera la necesidad de que las propuestas legislativas cuenten con fundamentos empíricos que las argumenten y soporten. El Proyecto de Ley bajo estudio no escapa a esta falta de fundamentación. Así, se alude en la exposición de motivos que la iniciativa legislativa está basada en un estudio técnico, jurídico, social y ético de la problemática, el cual no resulta claro en su exposición y presentación.

Igualmente, no hay información clara que permita entrever la magnitud del fenómeno y que soporte las afirmaciones expuestas, como por ejemplo, “en este contexto el alquiler de vientres con fines lucrativos, es una oportunidad de ingreso y una opción de

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

supervivencia para las mujeres colombianas más vulnerables que anuncian su cuerpo de la siguiente manera”, o la relación directa entre hechos como el abandono y la práctica de maternidad subrogada.

3. Conclusión

El Consejo Superior de Política Criminal emite concepto negativo a la propuesta legislativa bajo estudio toda vez que no regula aspectos inherentes al ejercicio, límites y prohibiciones de derechos fundamentales; adicional a que, como ya se había advertido desde el año 2016, castiga la maternidad subrogada mediante la remisión a unos delitos en los cuales no encuadra la conducta que se pretende sancionar y que deviene en una vulneración de principios rectores del derecho penal. Finalmente, persiste la ausencia de fundamentos empíricos que permita analizar razonablemente la pertinencia de la propuesta, entendiendo la magnitud del fenómeno que se pretende regular y abordando las profundas discusiones que implica.

8

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos

Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

Elaboró: Dirección de Política de Criminal y Penitenciaria-Secretaría Técnica CSPC
Aprobó: Consejo Superior de Política Criminal