

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN
COLOMBIA: VACÍO JURÍDICO EN LA LEY PENAL COLOMBIANA**

GABRIEL ENRIQUE PRADO ÁLVAREZ.

JOSÉ ANDRÉS OSORIO ALDANA.

ASESOR: DR. JORGE ENRIQUE CARVAJAL BERMÚDEZ

**PROYECTO DE TRABAJO MONOGRÁFICO PARA OPTAR AL TÍTULO DE
ABOGADO**

UNIVERSIDAD DE MANIZALES

PROGRAMA DE DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

MANIZALES

2019

RESUMEN

Los avances científicos en la actualidad en el campo médico han presentado soluciones a los problemas de infertilidad que las mujeres sufren en todo el mundo, a través de técnicas de reproducción asistida como la inseminación artificial y la fecundación in vitro se ha presentado una solución científica y amigable con el cuerpo humano para la gestación de seres humanos que eventualmente puede generar la maternidad subrogada tema de máxima actualidad por los recientes problemas jurídicos que esta figura ha establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, si bien en principio se entiende el acto como un contrato conformado por dos partes es claro establecer que las actuaciones entre las partes tienen repercusiones a la luz del derecho penal, sin embargo han existido varios intentos de Proyectos ley y una sentencia de la Corte Constitucional colombiana que dicta algunas pautas las cuales no han sido suficientes para proteger y garantizar los derechos de las personas que se suscriben a ellos y la integridad del menor.

El documento se centra en los conceptos generales de las técnicas de reproducción asistidas, la maternidad subrogada, la regulación normativa y jurisprudencial desde la óptica del derecho penal y el vacío jurídico que se presenta en la legislación penal para penalizar ciertos aspectos relevantes para proteger al hijo fruto de la maternidad subrogada.

PALABRAS CLAVES: Maternidad subrogada, reproducción asistida, familia, derecho penal.

ABSTRAC

The scientific advances currently in the medical field have presented solutions to the problems of infertility that women suffer throughout the world, through assisted reproduction techniques such as artificial insemination and in vitro fertilization has presented a scientific solution and friendly with the human body for the gestation of human beings that can eventually generate surrogate motherhood subject of topicality for the recent legal problems that this figure has established in the Colombian legal system, although in principle the act is understood as a conformed contract by two parties it is clear to establish that the actions between the parties have repercussions in the light of criminal law, however there have been several attempts of Project Law and a ruling of the Colombian Constitutional Court that dictates some guidelines which have not been enough for Rod Teger and guarantee the rights of the people who subscribe to them and the child's integrity.

The document focuses on the general concepts of the family, the techniques of assisted reproduction, surrogate motherhood, normative regulation and jurisprudence from the perspective of criminal law and the legal vacuum that is presented in criminal law. The child born of surrogate motherhood.

KEYWORDS: Surrogate motherhood, assisted reproduction, family, criminal law.

1. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución o maternidad subrogada, es un procedimiento llevado a cabo por etapas, el cual, permite que parejas que se hallen biológica o anatómicamente impedidas para procrear un hijo, puedan adelantar una negociación contractual con una mujer en estado de gestación, quien renuncia a todos los derechos que pudiera tener sobre la criatura que está próxima a nacer, y, se los cede en beneficio de los contratantes, los cuales, ejercerán la patria potestad sobre el menor, su custodia y cuidado personal bajo parámetros y preceptos derivados de la negociación contractual entre las partes, tales como, la remuneración en beneficio de la mujer gestante que cederá la criatura que está por nacer, remuneración tal que resulta onerosa debido a su tinte de ilegalidad en gran parte del mundo.

En algunos países esta práctica ya está regulada, en otros está penalizada, el objetivo del presente escrito es poder despejar algunas dudas acerca del por qué en Colombia esta práctica aún no se encuentra regulada o por lo menos lo mencionen con más relevancia, si bien la Sentencia T-968 de 2009 menciona y trata de regular un tema como el alquiler de vientres, no se considera suficiente información para abarcar un tema tan amplio y con tantas cosas por mencionar.

Se explicara por medio del marco teórico las diferentes directrices que abarcan el tema en general, también el módulo que explica las diferentes formas por las cuales se permite concebir por medio de inseminación artificial, ya que existen diferentes formas en donde las partes deben llegar a un acuerdo y de cómo deberá ejecutarse esta técnica al momento en que la madre quede en embarazo y también al momento en el que deberá renunciar y entregar al niño a sus padres.

Para ahondar en el análisis, en primer lugar debe contextualizarse sobre el concepto de lo que se tiene entendido como maternidad subrogada, también conocido como gestación por

sustitución, así, la maternidad subrogada es un procedimiento llevado a cabo por etapas, el cual, permite que parejas que se hallen biológica o anatómicamente impedidas para procrear un hijo, puedan adelantar una negociación con mujeres que se encuentra en estado de gestación, quien renuncia a todos los derechos que pudiera tener sobre el bebe que está próxima a nacer, y, se los cede en beneficio de los contratantes, los cuales, ejercerán la patria potestad sobre el menor, su custodia y cuidado personal.

Podría vislumbrarse el tema hablando de un caso similar desde el punto de vista técnico de la medicina, a lo que es la maternidad por sustitución, como lo es la “inseminación artificial”, que, aunque la madre gestante es la misma mujer que llevará a cabo la crianza del menor que está por nacer, el esperma para la fecundación ha sido donado por un hombre de quien se desconoce su identidad y al cual se le ha dado una compensación económica por haber entregado el material genético para poder adelantar dicho procedimiento.

En el marco de lo expuesto, se nota, de una manera evidente y directa, el ánimo de lucro que se crea en torno a la maternidad subrogada, y, basado en esa evidente enunciación es donde surge la identificación del conflicto que se quiere abordar en el presente trabajo.

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el siguiente trabajo se pretende analizar un tema de creciente interés en el espectro jurídico colombiano, el cual, toca esferas tanto jurisprudenciales, como legales, bien sean de índoles civiles o, para el caso contentivo del presente trabajo, penales. Así mismo, se transversaliza el enfoque constitucional desarrollado en la sentencia T-968 de 2009 con la exposición de motivos contenido en el proyecto de ley estatutaria número 186 de 2017 radicado en la Honorable Cámara de Representantes el día 11 del mes de julio del año 2017, según se evidencia en la gaceta número 1025 de 2017, proyecto que por demás fue retirado

en comisión el día 11 de abril del año 2018 como lo registra el acta número 21 de la comisión primera de la Cámara de Representantes (Congreso de la República , 2017), insumos determinantes para el desarrollo del tema que se pretende abordar en este trabajo.

Desde el punto de vista de la política criminal se podría decir que el alquiler de vientres menoscaba la dignidad de la persona que se presta para tal fin, hasta podría enmarcarse en el tipo penal de trata de personas consagrado en el Código Penal colombiano, puesto que se trata de la mercantilización del cuerpo de una mujer, pero, cabe anotar que, en Colombia el único pronunciamiento que se ha dado en materia de maternidad subrogada ha sido por parte de la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T-968 de 2009, donde, por demás, exhorta Congreso de la República a legislar sobre el tema, en la sentencia de la Corte en su *obiter dicta* expone bajo un test de proporcionalidad la preponderancia de la dignidad del ser humano sobre el derecho a conformar una familia, a cualquier costo y valiéndose de cualquier medio.

La maternidad subrogada surgió con el fin de superar situaciones fisiológicas de infertilidad mediante la utilización de un vientre ajeno para convertirse en padres; por ejemplo, aquí en Colombia con los grandes pasos que se ha dado en lo referente a las parejas gay de conformar familia y con la facilidad con que ingresan extranjeros al País a alquilar un vientre bien sea de manera formal contratando con una clínica, o informal contratando directamente con la madre sustituta; la maternidad subrogada se ha convertido en un aspecto que tiene mucha demanda en el mercado.

1.3 ESTADO DEL ARTE

“La Aceptabilidad Jurídica De La Técnica De Gestación De Vida Humana Por Sustitución De Vientre”

Autores:

Mg. Inés Yohana Pinzón Marín

Abogada. Profesora de la universidad del Tolima (Tolima. Colombia)

Dr. Eduardo Rueda Barrera

Médico. Profesor y director del instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá. Colombia)

Dr. Omar A. Mejía Patiño

Abogado. Profesor de la Universidad del Tolima (Tolima. Colombia)

Revista de Derecho y Genoma Humano- Núm. 43 Julio- Diciembre año 2015.

RESUMEN

Este artículo publicado el 13 de mayo del año 2015 y publicado el 27 de Julio del mismo año, el cual fue realizado por abogados investigadores de la Universidad del Tolima y apoyado por el instituto de Bioética de la Universidad Javeriana, quienes estudiaran las diferentes fuentes y la aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre, también llamada maternidad subrogada o alquiler de vientre. En el presente artículo se destaca también como la función jurídico- hermenéutica cumple un papel muy importante dentro de la descripción de este artículo, citando también fuentes romanas que permiten comprender que este artículo no es tan desconocido dentro del territorio colombiano y como esta práctica en algunos casos puede ser entendida como un contrato bilateral, determinando así diferentes aspectos legales que permiten interpretar a profundidad el tema.

DESARROLLO DEL ANÁLISIS:

Los investigadores en este artículo plantean que:

“Desde su aparición, las técnicas de reproducción humana asistida han sido objeto y generalmente se han revisado desde aspectos técnicos en el campo de las ciencias biológicas y médicas, sin embargo, las consecuencias que se derivan de su uso en la vida humana son analizadas más allá del plano físico, material y objetivo. De allí su debate más álgido se da en el ámbito de la ética y consecuentemente, en plano jurídico, como expresión última y en

ocasiones tardía de lo que una sociedad quiere” (*Rev. Der Gen H 43 Inés Yohana Pinzan Marín. Dr. Eduardo Rueda Barrera. Dr. Omar A. Mejía Patiño/ 2015*)

Si bien este procedimiento se entiende como contrato, también se debe tener en cuenta que se está hablando de los derechos de tres personas, que a la larga se convierte en un tema de eje central como lo son los derechos que prevalecen sobre las partes, en este caso sería el de la criatura que está por nacer.

DISCUSIÓN:

Se entiende que para la celebración y perfeccionamiento del contrato se debe tener en cuenta el consentimiento, en este caso, el consentimiento deberá constar por escrito, por si en alguno de los casos se llegara a presentar algún tipo de ambigüedad o falla en el contrato. Deberá constar por escrito para poder que sea una obligación aplicable y que las partes puedan responder a una para con la otra. Una de las discusiones principales es el hecho de que alguna de las partes se retracte del contrato, bien sea la madre por no entregar al niño o los padres por no recibirlo. Esa es una de las razones principales del por qué el consentimiento debe constar por escrito.

CONCLUSIONES:

El artículo se enfoca principalmente en el por qué esta actividad más que legalizada o no, debe ser reglamentada ya que no se puede ignorar el hecho de que es algo que se seguirá presentando y aun con más frecuencia con el pasar del tiempo, por lo tanto, deberá estar debidamente encaminada a legislar su desarrollo dentro de una sociedad cambiante.

FUENTES DE CONSULTA:

SANCHEZ A, OP. P 16

CAMACHO J, Maternidad Subrogada: Una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores, p1, Abril 20 de 2015

Indian Council of Medical Research Ethical Guidelines for biomedical research on human participants, Nueva Delhi, India, 2006, p 102.

TITULO:

Contrato De Arrendamiento Del Vientre De La Mujer: Una Mirada De La Norma Constitucional Colombiana

Autores:

Tatiana Díaz Ricardo

Directora de proyecto

Emilio José Aguilar Gómez

Investigador

Grupo de Investigación JUSTICIA CONSTITUCIONAL- Universidad Libre

Cartagena-2010

RESUMEN:

El presente escrito, analiza las normas positivas de los derechos que se deben contemplar dentro de los diferentes fenómenos que se van presentando dentro de la sociedad, basándose principalmente en los avances de la ciencia y la necesidad de que todos estos cambios por mínimos que sean deben estar regulados. Desde unas características más puntuales, este artículo explicará la importancia de esta práctica enfatizando en la sociedad colombiana y como se encuentra dentro del desarrollo de un posible marco jurídico del alquiler de vientre o maternidad subrogada

INTRODUCCION:

Se plantea específicamente el poder explicar el alquiler de vientres desde el punto de vista de que derechos se estarían vulnerando si se llega a regular esta práctica dentro del país, claramente el artículo destaca la importancia de entender que es un contrato de partes, su enfoque principal es la interpretación de la norma constitucional encaminada al entendimiento y comprensión de carácter constitucional y legal.

DESARROLLO DEL ANALISIS:

Regular intereses particulares, pero también generales que abarquen ciertos puntos del estado y la ley en general, ya sea por principios de autonomía o por validez de los requisitos, la norma deberá estar encaminada a la necesidad de la regulación conforme se va adaptando la sociedad a nuevos fenómenos que alteran el sentido uniforme de algunas leyes.

DISCUSION:

Se determina y se tiene como énfasis principal del contrato bilateral del alquiler de vientres, la onerosidad y su objeto, también la causa lícita, hacen parte de la esencia del contrato, destacando así la virtud e importancia de por qué esta actividad se debe regular como un contrato de partes, para obligarse una para con la otra pero teniendo muy presente los diferentes artículos y regulaciones tanto nacionales como internacionales (bloque de constitucionalidad) que protegen el derecho de la madre, del niño y de sus padres.

CONCLUSIONES:

Estas generalidades y fenómenos se presentan por los diferentes y bruscos cambios que sufre la sociedad dentro de lo que enmarca nuevos cambios, por lo tanto, se debe interpretar de manera que las personas que estén dispuestas a acceder a esta práctica, cuenten con toda la información y seguridad, pero que también no se presente ningún problema a la hora de solucionar el contrato por irregularidades dentro de vulneración de los derechos de las partes.

FUENTES DE CONSULTA:

GONZALEZ DE CANCINO, los retos jurídicos de la genética. Bogotá 1995, Universidad del Externado de Colombia, 258 pp

GOMEZ ESTRADA, Cesar, De los Principales Contratos Civiles, tercera edición, Bogotá 1999, Editorial Temis.

1.4 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El presente problema se desarrolla por la omisión del órgano legislativo de la nación en constituir o plantear una política criminal en torno a lo dispuesto del tema de la maternidad subrogada. Han sido esquivos a la hora de criminalizar o permitir el mal llamado alquiler de vientres, en este proyecto de monografía se pretende plantear varias hipótesis partiendo desde la aproximación que hizo el legislativo en un proyecto de ley fallido, analizando su exposición de motivos y las aproximaciones que ha hecho la corte constitucional tratando de zanjar el tema, planteando alternativas para tratar el contenido del conflicto del presente trabajo.

Ahora bien, el alquiler de vientres o maternidad subrogada no es muy bien conocida dentro del entorno colombiano ya que a falta de jurisprudencia y de correcta información de este tema, se ha cambiado por completo el concepto correcto de lo que es la maternidad subrogada.

Dentro del presente trabajo se pretende explicar más a fondo y de forma correcta el concepto de la maternidad subrogada o alquiler de vientres, de los diferentes temas que menciona y también las distintas ramas que abarca en cuanto a derecho y temas jurisprudenciales se trata.

Si bien el alquiler de vientres no tiene muchas explicaciones, es necesario resaltar la forma en que varios médicos y también estudiosos del derecho se han tomado el trabajo de investigar más a fondo que es este tema.

1.5 PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

Por lo tanto atendiendo a la descripción del problema es pertinente esbozar la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál ha sido el desarrollo normativo y jurisprudencial que la legislación colombiana le ha dado a la maternidad subrogada desde la óptica del derecho penal?

1.6 JUSTIFICACIÓN

Si bien este trabajo en su mayoría se sustenta a partir de artículos científicos, artículos, libros, códigos y muchos otros medios que permiten tener acceso a las opiniones desde los diferentes puntos de vista de lo que es un tema tan poco mencionado, pero tan relevante como lo es el alquiler de vientres, también es necesario plantear opiniones desde un modo más local y personal. Se plantea una explicación local desde el punto de vista universitario, la Universidad de Manizales cuenta con una facultad de Ciencias Jurídicas, lo que indirectamente plantea y genera dudas e inquietudes acerca de temas que no son muy

mencionados. Como futuros abogados e investigadores la tarea principal es dar soluciones a los problemas de los particulares, tratar de buscar posibles soluciones o alternativas que lleven a la misa. Si bien la universidad solo en su planta física, tiene los elementos esenciales para realizar una adecuada investigación, los profesores e investigadores que allí trabajan son los encargados de incentivar a cada uno de los estudiantes a mirar más allá de lo que se tiene, a saber interpretar y entender que la sociedad está en una constante de cambios, tanto buenos como malos, lo que nos lleva no solo a futuros abogados, sino a una comunidad universitaria en general, con ánimos de nuevos proyectos, de nuevas investigaciones y posibles soluciones a los problemas, fenómenos o distintas actividades que se generan a diario dentro de este ambiente.

Ya habiendo sintetizado una opinión en un ambiente un poco más general, es conveniente dar ahora una opinión un poco más personal, el por qué se escogió este tema tan poco conocido y que incentivó a querer hacer esta investigación. El alquiler de vientres como se mencionó anteriormente, es muy poco conocido dentro del rango legislativo colombiano, pero en algunos países y a nivel mundial, se tienen amplias investigaciones y un sinnúmero de opiniones que nos llevan a pensar en que es necesario tener más información de este tema tan relevante y prohibido para algunos. A lo largo de los últimos 5 años, diferentes medios de comunicación han empezado a mencionar este tema con más insistencia pudiendo ser porque algunas figuras públicas han recurrido a este método estos últimos años, lo que al principio generó una confusión por que como bien es cierto, algunas personas aprovechan las especulaciones y diferentes puntos de vista para filtrar, malversar o mal interpretar todos estos temas y del cual tampoco se encontraba mucha información por medios electrónicos.

1.7 OBJETIVO GENERAL

Analizar cuál ha sido el desarrollo normativo y jurisprudencial que la legislación colombiana le ha dado a la maternidad subrogada desde la óptica del derecho penal.

1.8 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar las técnicas de reproducción asistida.
- Identificar las nociones generales de la maternidad subrogada.
- Esbozar el vacío jurídico en Ley penal sobre la maternidad subrogada.

2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA Y METODOLOGÍA

Según lo citado en la sentencia T-968 de 2009 define el alquiler de vientre como:

El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina 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. (Corte Constitucional, 2009)

En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

Para poder entender por qué se debe considerar legal o no el alquiler de vientres, es necesario dar un concepto general de lo que es este método.

También Camacho J. en el “Análisis crítico- Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable análisis crítico de la argumentación de sus detractores”, señala que:

Maternidad sustituida, maternidad subrogada o alquiler de vientre, son con los que se denomina habitualmente a la práctica en la cual una mujer, previo acuerdo entre partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño o niña, fruto de ese proceso, en el momento del nacimiento o a los pocos días, a otra persona o pareja, renunciando a sus propios derechos como madre, frecuentemente a cambio de una suma de dinero. (Camacho, 2015, p. 1)

Desde un concepto más conservador, de la maternidad subrogada, modalidad que se emplee la revista de Derecho y Genoma Humano, de la Universidad Javeriana, se plantea que:

En las fuentes jurídico-romanas equivale a la madre biológica, no importa que exista o no matrimonio, pero siendo fundamental, si no lo hay, para determinar el estatus jurídico del recién nacido, ya que entiende que está identificado en las legislaciones occidentales como un principio que se identifica con la realidad biológica de la gestación. (Dupla. M cit. P310)

También existen fuentes que van encaminadas a conceptos ético-jurídicos, donde se analiza el contexto desde una de las partes, como lo es la madre gestante, quien acepta la obligación, por medio de cualquiera de las técnicas científicas existentes, pero que, al momento de dar a luz a la criatura, deberá renunciar a todos sus derechos. Estas madres pueden generar un tipo de relación y afecto hacia el feto, en algunos casos, retractarse de su decisión y no querer entregar el bebé a sus respectivos padres.

Lo que plantea esta fuente ético-jurídica es la posible afectación que podría sufrir la madre gestante, una afectación a su salud emocional, ya que en los meses de gestación muy probablemente se pudo haber creado un lazo amoroso, el cual se deberá terminar al momento en el que el bebé sea entregado a sus nuevos padres.

2.2 DISEÑO METODOLÓGICO

2.2.1 Enfoque de investigación.

La investigación es de carácter socio-jurídico, por lo tanto discutió un tema de bastante actualidad para la sociedad colombiana y el ámbito jurídico del derecho penal, teniendo en cuenta que existen pocos precedentes judiciales; visto desde una arista jurídica orientada a la examinar de garantías constitucionales y legales que le asisten a los indiciados en el proceso penal colombiano.

2.3 TIPOS DE INVESTIGACIÓN

2.3.1 Cualitativa.

El estudio tiene un enfoque cualitativo partiendo de las observaciones jurídicas que la maternidad subrogada plantea como retos al ordenamiento jurídico colombiano especialmente al área penal, ello con el fin de plantear análisis sobre la viabilidad jurídica de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano.

2.4 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

2.4.1 Deductivo.

Se partirá de situaciones generales como las implicaciones de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano para llegar a conclusiones particulares como las que le son aplicables al derecho penal en general; permitiendo desarrollar análisis de la viabilidad de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano.

3. RESULTADOS

3.2 TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDAS

La Inseminación Artificial es un tratamiento poco complejo, en el entendido que, lo que permite es depositar una gran cantidad de espermatozoides móviles en el fondo del útero, según Carballo (2011) “para que puedan llegar suficientes hasta el ovulo; lo que se hace es concentrarlos y depositarlos en el fondo del útero, el día que la mujer está ovulando”. (p. 1)

En realidad, Según Carballo (2011) “el semen no simplemente se concentra, sino que dos horas antes de hacer la Inseminación Artificial se le realiza un procedimiento de capacitación artificial, que imita el proceso de capacitación natural y que además de la concentración consiste en la eliminación del líquido del semen y la substitución de éste por un medio de cultivo específico que trata de aumentar la movilidad espermática así como de mejorar la capacidad fecundante de los espermatozoides” (p. 2)

Por lo tanto, la inseminación artificial con semen de donante, “es un tratamiento de reproducción asistida que se lleva a cabo cuando no se pueden utilizar espermatozoides de la pareja para conseguir el embarazo. Una vez valorada la pareja, el tratamiento y seguimiento del ciclo va encaminado a controlar el momento exacto de la ovulación para hacerlo coincidir con el depósito de los espermatozoides en el fondo del útero” (Carballo, 2011; p. 2). Ahora, cada caso en concreto es diferente por lo cual la técnica puede realizarse en un ciclo natural o en un ciclo estimulado dependiendo del análisis anterior.

La inseminación parte de la limpieza del interior de la vagina, por lo tanto, espermatozoides se concentran en una mínima cantidad de medio de cultivo siendo ya capacitados para ovular, según Carballo (2011) “son depositados en el interior del útero mediante una cánula muy fina. Inmediatamente se retira la cánula y la paciente permanece en

reposo durante algunos minutos, después de lo cual puede continuar con su vida normal” (p. 2).

Ahora, la fecundación In-Vitro es otro sistema diferente donde los espermatozoides y los óvulos de la mujer se combinan fuera del cuerpo de la mujer dando a lugar a este subsistema, posteriormente son colocados en una incubadora preestablecida y cuando ocurre la fertilización, “el embrión es transferido al útero materno donde se implantará. La fecundación in-vitro es uno de los tratamientos de más amplia aplicación dentro de las técnicas de reproducción asistida y constituye, una de las técnicas de uso rutinario en el tratamiento de la infertilidad”. (Carballo, 2011; p. 3).

Ahora, otro medio de reproducción asistida es la Micro inyección espermática que es más compleja que las anteriores, en algunos aspectos es similar a la fecundación in-vitro pero la diferencia se encuentra en el óvulo fertilizado, ya que “en la Fecundación In-Vitro, se dejan los óvulos incubando con los espermatozoides en la incubadora preestablecida y estos se encargan de penetrarlo y en la Micro inyección espermática se toma un solo espermatozoide y se inyecta cada ovulo, cualquiera de las dos formas es efectiva totalmente.

De los primeros casos de “vientres en alquiler” nombre recibido en los Estados Unidos de Norte América que han salido a la luz pública, se registra en el año 1976 en los Estados Unidos, donde el abogado Noel Keane, concreto mediante un acuerdo escrito en un contrato formal, la maternidad entre una madre sustituta y una pareja, a través de inseminación artificial.

Según Cantoral (2014) “los últimos 30 años, los avances en el campo de las técnicas de reproducción asistida han llevado un ritmo acelerado” (p. 8), eso quiere decir que, la maternidad subrogada es una realidad en la actualidad en los diversos estados que la han

acogido y legislado, por lo tanto, Colombia debe ser uno de los estados que legisle esta figura tanto en lo civil como en lo penal y en materia de familia.

3.3 MATERNIDAD SUBROGADA

En Colombia la mayor fuente de información se basa en algunos pronunciamientos que la Corte Constitucional ha establecido para intentar interpretar y desarrollar la figura de la maternidad subrogada por lo tanto uno de los primeros pronunciamiento sobre la maternidad subrogada es la Sentencia T-968 de 2009, la cual define la 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. (Corte Constitucional, 2009)

Como ha señalado la Corte el método de reproducción maternidad subrogada en nuevo en el país en el entendido que es una práctica que llego a Colombia de EE.UU, por lo tanto, puede involucrar varias técnicas de reproducción asistida a la vez, según Domínguez (2012) afirma que: “inseminación artificial, la fecundación in vitro, la implantación de embrión en el útero, e incluso la manipulación embrionaria para corregir errores congénitos o para simplemente seleccionar el sexo dependiendo la modalidad que se emplee “ (p. 15).

Ahora, existen tipos de maternidad subrogada que la misma Corte Constitucional y la doctrina han establecido, por lo tanto existen distintos términos en la práctica que permiten el manejo de los tipos de maternidad subrogada, algunos son: a) madres sustitutas, b) madres de alquiler, c) gestación contratada, d) gestación por cuenta ajena, e) alquiler de útero, f) alquiler de vientre, g) madre por encargo, h) madre suplente, i) madre portadora, j) maternidad de

sustitución, esos términos son recogidos de distintos conceptos emanados en las distintas jurisprudencias de países que han cogido la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico interno como EE.UU, India, Brasil, etc.

Según Candal (2010) los tres tipos de maternidad subrogada, reconocidos por la UNESCO son:

Madre portadora: La mujer es la que genera los óvulos, pero por una deficiencia uterina o física le es imposible gestar, por lo cual busca ayuda en otra mujer. Habría un préstamo de útero, ambos progenitores aportan espermatozoides y óvulos, y la madre gestante sólo el útero. (Candal, 2010, p. 15)

Madre sustituta: La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, por lo que debe buscar una mujer que cumpla con ambas funciones. En este caso, esta otra mujer madre ha de aportar óvulos y útero, y el marido los espermatozoides. (Candal, 2010, p. 15)

Embriodonación: hay infertilidad en la pareja: la mujer no genera óvulos ni puede gestar, y el hombre es infértil. Se recurre a un donante de esperma y a una mujer que permita ser fecundada (artificialmente) y termine el proceso de gestación. (Candal, 2010, p. 16)

Ahora, según la Corte en la sentencia precitada, establece que, el alquiler de vientre, también conocido técnicamente como maternidad subrogada, establece que:

El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina 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.” En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se

comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto. (Corte constitucional, 2009).

Entonces la maternidad subrogada se dá cuando la pareja aporta el material genético para que otra mujer lleve a cabo el desarrollo del embarazo, es decir, en la maternidad subrogada se da el ovulo fecundado para que éste sea implantado en el útero de una mujer que permite el desarrollo del embarazo, “todo lo anterior se da debido a la imposibilidad fisiológica de la mujer de la pareja de llevar a cabo la gestación. Por otro lado, encontramos la inseminación artificial que es la recolección del semen y su conservación para ser posteriormente introducido al aparato genital femenino” (Reprotec, 2013, p. 4).

Así las cosas en Colombia, la maternidad subrogada es una práctica relativamente nueva que ha cogido fuerza desde el año 2009 con un caso específico de una familia Estadounidense, donde la Corte analizó el caso de Sarai (Nombre ficticio para proteger la identidad de la mujer) instaura una acción de tutela contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali por desconocer su derecho fundamental a tener una familia y por ser separada de sus hijos en un pacto de “alquiler de vientre”, es decir pactando bilateralmente un contrato de gestión para practicar la maternidad subrogada parcial con una obligación de dar, el embarazo dio como resultado gemelos que no eran establecidos en el negocio inicial.

Por lo tanto la Corte Constitucional expresó que la maternidad subrogada no está prevista en el derecho colombiano especialmente en el área penal, civil o familia, y que los criterios dados por la doctrina para que la figura de la maternidad subrogada no se cumplen a la luz del derecho colombiano interno, es decir, las acciones penales no existen ya que la maternidad subrogada no cumple los criterios establecidos por la Ley 1098 de 2006 y el Código Penal.

Por el momento, la jurisprudencia de la Corte Constitucional solo ha desarrollado la Sentencia T-968 de 2009, que 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.

Adicionalmente, la corporación estableció unos requisitos mínimos para validar esa figura. Los requisitos son: a) la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir, b) los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante, c) la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, d) la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, e) la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas, f) Que se preserve la identidad de las partes, g) la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor, h) los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia, i) la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor. } Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica.

3.4 VACÍO JURÍDICO EN LA LEY PENAL SOBRE LA MATERNIDAD

SUBROGADA

La maternidad subrogada, presenta un caso en Colombia estudiado por la Corte Constitucional con la Sentencia T-968 de 2009 con ponencia de la magistrada María Victoria Calle Correa, sin embargo es evidente el desconocimiento de la Ley puesto que han existido algunos proyectos de Ley que se han hundido en los debates del congreso, sin embargo el Proyecto de Ley 070 de 2018 aún está en debate, según Calle (2009) la maternidad subrogada

“presenta un impacto social y que además genera un gran vacío normativo, del cual el derecho está llamado a ocuparse de él, ya que bien es sabido que el derecho y las normas deben avanzar de la mano de la evolución de la sociedad”. (p. 1).

Por lo tanto, el alquiler de vientres comúnmente conocido en EE.UU se desarrolló bajo la imposibilidad que presentaban parejas para procrear de manera efectiva por diferentes factores fisiológicos lo cual dio a lugar a la maternidad subrogada tal fue el caso de Colombia donde la figura llegó desde el extranjero, ello imposibilita que la legislación interna colombiana pudiera adoptar formas legales de asistir jurídicamente el alquiler de vientres ya sea desde la óptica penal, civil o de familia.

La Ley 1098 de 2006 establece estamentos jurídicos que regulan y protegen el bienestar de los niños, niñas y adolescentes en Colombia, por lo cual la aplicación de la maternidad subrogada debe ser legislada con forma a los lineamientos de la Ley 1098 de 2006, el Código Penal en la tipificación de delitos contra menores por maternidad subrogada y las consecuencias que entraña la relación madre gestante y madre adoptiva, y las relaciones de tipo civil por el contrato de gestión que se estipula en la voluntad de las partes; claramente esos lineamientos normativos no los ha establecido el legislador, lo cual ha generado disputas en la Corte Constitucional y los estamentos internacionales cuando se trata de relaciones bilaterales entre extranjeros, por lo tanto Colombia se enfrenta a un declive jurídico en cuanto a las relaciones bilaterales que se gesten entre asociados y extranjeros que afecten la salud pública y la prioridad de proteger al menor.

Así como existen varios métodos para la solución de la infertilidad es necesario que el legislador actué de forma gradual e inmediata dado que debido a la importancia del tema se pueden gestar inconvenientes de tipo internacional por la demanda de mujeres colombianas para la gestación de embriones con la finalidad de ejercer actos de maternidad subrogada,

aparte de otras figuras como lo son la inseminación artificial, la inseminación con semen de donante, la fecundación in-vitro y el micro inyección espermática.

Así las cosas, los extranjeros y nacionales que deseen realizar prácticas de reproducción asistidas en Colombia, se encontrarán con vacíos jurídicos en la Ley, teniendo en cuenta que Colombia es un destino fijo para los extranjeros que buscan establecer contacto con mujeres para la gestación de hijos bajo la modalidad de la maternidad subrogada.

Identificar las causas y consecuencias jurídicas de la maternidad subrogada en Colombia, es difícil por los pocos precedentes jurisprudenciales y legales que existen, sin embargo, Colombia ha tenido algunos direccionamientos jurisprudenciales e intentos de proyectos de Ley, la Corte Suprema de Justicia y en especial la Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009 explica lo que para el ordenamiento jurídico colombiano se entiende como alquiler de vientres:

El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina 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.”^[1] En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto” (Corte Constitucional, 2009).

También explica expresa y claramente que este mecanismo no está regulado, pero tampoco es prohibido, plantea que es una posible solución a los problemas de infertilidad de las parejas colombianas, extrapolándolo del ánimo de lucro, y del carácter mercantil que denigra esta situación.

Otro aspecto importante a destacar es que la corte explica el valor que tienen los derechos de los menores, los cuales, son considerados como fundamentales, el interés superior del menor que está por nacer, para garantizar su derecho a una vida digna.

El proyecto de Ley Estatutaria de 2018 presentado por la Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella y el Representante a la Cámara Santiago Valencia González, planteo que la maternidad subrogada debía prohibirse, ya que, solo era un contrato de partes en el cual se estarían excluyendo los derechos fundamentales y humanos de la madre y del feto, violando los preceptos y principios consagrados en la Constitución Política como lo es el de la dignidad humana y, no le da a la mujer la capacidad de decidir sobre su cuerpo.

El proyecto de ley en mención, toma argumentos del parlamento europeo para explicar cómo esto se da, más que todo, en países pobres o subdesarrollados, donde las mujeres no tienen total conocimiento de sus derechos y necesitan recursos para poder sobrevivir, algunas de ellas, porque ya han tenido otros hijos y no tienen con que darles una vida digna deciden alquilar su vientre.

En la introducción, se enfocó en un principio en el estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley Estatutaria número 186 de 2017 “Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica” si bien este proyecto no paso los debates por lo menos se han visto intensiones de reglamentar la maternidad subrogada, dentro de sus características explica de manera compleja el por qué la maternidad subrogada o alquiler de vientres debe ser prohibida en Colombia. Sus objetivos principales eran proteger el derecho a la dignidad, la intimidad, la igualdad, la libertad, la integridad y la seguridad de quien está por nacer. Como derecho fundamental y primacía de la constitución por encima de cualquier otro derecho, se entiende

que los derechos de los niños están por encima de los demás derechos y en especial si son los derechos de un no nacido.

3.4.1 DERECHO COMPARADO

A continuación se presentan algunos países que presentan en su legislación apartados que regulan la maternidad subrogada tanto en la parte civil como en algunos aspectos de la acción penal específicamente acciones sancionatorias.

➤ ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA:

La legislación estadounidense ha establecido respecto a la maternidad subrogada que carece de uniformidad en cuanto a concepto jurídico respecta, en el entendido que, no todos los Estados Estadounidense han promulgado leyes para regular esta práctica, y dejan la regulación contractual en manos de la jurisprudencia que en cierto modo lo hace sin tener las facultades constitucionales.

Por ejemplo el Estado de Utah en EE.UU, han expedido leyes especiales frente a la maternidad subrogada y otras formas de reproducción asistida, por lo tanto se encuentra regulada a través del (Utah Code Ann, 78B- 15- 801), de la siguiente manera:

a) Quien funja como sustituta no puede estar recibiendo ni Medicaid (Seguro EE.UU) ni ningún otro tipo de subsidio estatal, puesto que ello generaría sanciones pecuniarias y judiciales.

➤ INDIA:

El Ministerio de Salud y del bienestar familiar de India en 2010 redactó el documento ICMR que constituye una línea guía de reglamentación de las técnicas de reproducción asistida que existe en otros estados como la maternidad subrogada etc.

Así mismo, en el numeral 10 de ese documento establece que en el certificado de nacimiento de un bebe nacido como resultado de un contrato de maternidad subrogada figurarán como padres a quienes encargaron el embarazo, de tal manera que, las personas que hayan contratado los servicios de una sustituta sean legalmente obligado a aceptar la custodia del menor sin tener que llegar a extremos judiciales por la disputa de la custodia y potestad del menor nacido, además la sustituta no puede apelar la custodia o patria potestad del menor, a fin de acceder a penas de tipo civil y sancionatorias por la peligrosidad que presenta el bienestar del menor.

➤ **BRASIL:**

Único país latinoamericano que regulada la maternidad subrogada en términos judiciales, los lineamientos normativos están estipulados en la Resolución No. 2013 de 2013 del (Consejo Federal de Medicina de Brasil publicada) – CFM - la resolución ha denominado las prácticas de reproducción asistida de la siguiente manera: a) gestación por sustitución) y donación temporal de útero.

Se debe emplear el uso del consentimiento informado, el cual tiene el fin de ser firmado tanto por los solicitantes como por la sustituta y tener la autorización del Consejo Regional de Medicina, ello con el fin de decretar la existencia de una condición médica que impida o contraindique el embarazo de la aportante genética o que indique la forma de la mujer gestante para tener óptimos resultados, sin embargo la mala información e el examen y la afectación del desarrollo del menor repercute en sanciones judiciales y pecuniarias.

CONCLUSIONES / RECOMENDACIONES

- La legislación interna de Colombia no está preparada para afrontar retos científicos como la maternidad subrogada, en el entendido que, el fracaso en los proyectos de

Ley es evidente, puesto que el legislador no cuenta con las bases científicas necesarias para desarrollar normativa referente a la maternidad subrogada, máxime cuando el mismo sistema de salud desconoce las técnicas de reproducción asistidas.

- Los precedentes jurisprudenciales y los lineamientos de la doctrina son pocos en Colombia lo que no facilita la investigación de temas técnico-científicos relacionados con el ordenamiento jurídico interno, por lo tanto se debe recurrir a fuentes de interpretación secundarias.
- Como bien lo ha expuesto la Corte Constitucional, el legislador debe regular la maternidad subrogada en las distintas áreas del derecho, con el fin de dar cimientos normativos para que extranjeros y nacionales ejerzan la maternidad subrogada de manera legal para el ordenamiento jurídico interno y no recurrir a prácticas no jurídicas e inválidas para la ley colombiana.
- La conclusión aquí se basa en el hecho de que para poder prohibir o castigar una acción, primero se debe tener el conocimiento suficiente y la experiencia para saber cómo regular esta actividad y así permitir que esto no se siga dando. mencionando el tema de los principios fundamentales, se tiene en cuenta que se llega a la clara solución de que a ninguna de las partes se le es vulnerada alguno de sus derechos, tampoco al tercero que en este caso sería el bebé que está por nacer y que sus derechos prevalecen por encima del de los demás. Los derechos fundamentales no se le vulneran a ninguna de las partes, ya que por ser un simple acuerdo de mutuos, ninguna de las dos partes está siendo obligada a realizar ninguna de esta acción, ya sea de fecundar y entregar a la criatura o de pagar por la gestación de la misma.
- Se concluye que primero se debe regular y explicar de manera más amplia que es la maternidad subrogada o el alquiler de vientres, para así poder definir si se debe o no

tomar como una práctica que debe regular el derecho penal ya que se entiende que este acto no cumple con los elementos necesario de tipificación en el delito de trata de personas, si bien se paga por la concepción de un bebé, las partes debieron pactar un contrato escrito en el que cada uno opine y sugiera que se debe hacer o no al niño que está por nacer.

- El alquiler de vientres o maternidad subrogada se concluye como un contrato de partes pero tampoco se puede dejar de lado todos los temas y ramas jurisprudenciales que abarca y que se tiene en cuenta, si bien se explicó a profundidad por que debe ser considerado un contrato bilateral a cargo de la corriente Civil, no se puede ignorar el hecho de que la corriente constitucional influye bastante en este tema pero no es vulnerada, ya que cuenta con los parámetro necesarios para considerar que esta práctica cumple con todos los elementos legales en cuanto a materia constitucional se trata.
- El alquiler de vientres o también llamado maternidad subrogada cumple con los elementos necesario de viabilidad que exige el ordenamiento colombiano, pero necesita que sea más específico, porque si bien el país no cuenta con la jurisprudencia ni los textos necesarios para crear una imagen de identificación y explicación profunda de lo que es en verdad este tema y viendo los bruscos cambios que presenta la sociedad, en algún momento los juristas y estudiosos del derecho que a lo largo de su vida jurídica se han dedicado a investigar sobre crecientes temas que se han dado a lo largo de los años en esta sociedad llena de cambios, tendrán que pronunciarse acerca de este tema, simplemente porque los cambios en la sociedad se exigen y si se hacen las regulaciones y estudios necesarios para la regulación legal de esta práctica, esta actividad podrá ser considerada como uno de los mejores contratos en un futuro,

solamente si se tiene en cuenta los aspectos y sugerencias que ya fueron explicados para la correcta viabilidad del alquiler de vientres en Colombia.

BILIOGRAFÍA

CARBALLO, (2013). Técnicas de Reproducción Asistida. Recuperado el 14 de mayo de 2013. Disponible en: <http://www.tecnicas-fecundacion/tecnicasfecundacion.shtml>. 2011.

Candal, (2010). La Maternidad Intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. *Revista Bioética - Unesco, 1(1)*. Uruguay. Recuperado el 22 de Octubre de 2016, Disponible en: <http://docplayer.es/5222251-Revista-redbioetica-unesco.html>

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, 1991.

Corte Constitucional. (2009). Sentencia T-968 del dieciocho (18) de diciembre de 2009. (MP). Dra. María Victoria Calle Correa Magistrada Ponente. Bogotá D.C.

Corte Constitucional (2006). Sala Plena, Sentencia C-355 de 2006. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>

Corte Constitucional (2009). Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-968 de 2009. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

Corte Constitucional, (2009). Sentencia T-968 de 2009. *MP. María Victoria Calle Correa*. Bogotá, D.C., Colombia: Sala Segunda de Revisión.

CAMACHO J, Maternidad Subrogada: Una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores, p1, Abril 20 de 2015

GONZÁLEZ (1995). Los retos jurídicos de la genética. Bogotá 1995, Universidad del Externado de Colombia, 258 pp

GÓMEZ, (1999). De los Principales Contratos Civiles, tercera edición, Bogotá 1999, Editorial Temis.

GOMEZ, Cesar, De los Principales Contratos Civiles, tercera edición, Bogotá 1999, Editorial Temis.

Proyecto de ley estatutaria 186 “Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir la práctica”- 11 de noviembre del año 2017- Senadora María del Rosario Guerra- Representante Santiago Valencia.

Patiño, (2015). Maternidad subrogada, p. 9.

Torres, (2016). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada.

Torres, (2016). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada.

Revista de Derecho y Genoma Humano- Universidad Pontificia Javeriana- Núm. 43 Julio-Diciembre 2015.

González De Cancino, los retos jurídicos de la genética. Bogotá 1995, Universidad del Externado de Colombia, 258 pp

Gómez Estrada, Cesar, De los Principales Contratos Civiles, tercera edición, Bogotá 1999, Editorial Temis.