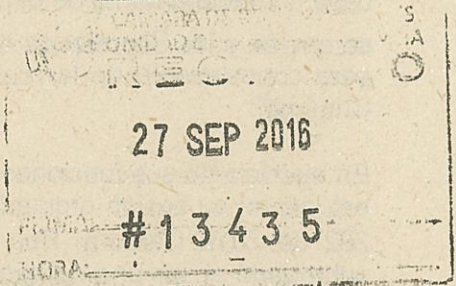


CERTIFICADO

Al responder cite este número
OFI16-0025683-DCP-3200

Bogotá D.C., 21 de septiembre de 2016

Doctora
CLARA LETICIA ROJAS GONZÁLEZ
Representante a la Cámara - Comisión Primera
Congreso de la República
Carrera 7 N° 8-68, Casillero -69
Ciudad



Asunto: Concepto PL 26 de 2016 Cámara

Honorable Representante Rojas,

Por medio del presente, me permito informar que esta Cartera recibió su comunicación 31119/2016, mediante radicado interno EXT16-0036080, en la que solicita que el Ministerio de Justicia y del Derecho, a quien le corresponde presidir el Consejo Superior de Política Criminal, emita un concepto sobre el Proyecto de Ley N° 026 de 2016 Cámara "por medio de la cual se prohíbe la práctica de alquiler de vientres al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos".

De acuerdo con la regulación vigente¹, el Consejo Superior de Política Criminal es un órgano colegiado asesor de Gobierno Nacional en materia de política criminal. Dentro de sus funciones se encuentra la de "emitir concepto previo, no vinculante, sobre todos los proyectos de ley y de acto legislativo, que se encuentran en etapa de diseño, y antes de su trámite en el Congreso la República, que incidan en la política criminal y en el funcionamiento del Justicia Penal"².

Adicionalmente, el Consejo Superior de Política Criminal cuenta con un Comité Técnico constituido para el adecuado funcionamiento del primero³ e integrado por sus delegados, pertenecientes "al nivel directivo o asesor la entidad correspondiente y con conocimientos específicos en política criminal, criminología, derecho penal, sociología, ciencias del derecho constitucional o afines"⁴. Este Comité tiene dentro de sus funciones la de "examinar los proyectos de actos legislativos y de leyes que se presenten a su consideración y del Consejo Superior Política Criminal, confrontándolos con las investigaciones y desarrollos científicos que sean pertinentes, a fin de emitir un concepto que se someterá a discusión de los miembros del Consejo"⁵.

En el desarrollo de esta función, el Comité Técnico se reúne los días jueves para examinar y discutir los asuntos que serán llevados ante el Consejo Superior de Política Criminal. A partir del análisis, de la discusión y de las determinaciones que se presenten en cada sesión, la Secretaría Técnica o los delegados al Comité, elaboran el concepto

¹ Artículo 2, Decreto 2055 de 2014 y artículo 167, Ley 65 de 1993.

² Numeral 6 del artículo 3 del Decreto 2055 de 2014.

³ Artículo 16, Decreto 2055 de 2014.

⁴ Artículo 16, Decreto 2055 de 2014.

⁵ Numeral 2 del artículo 18 del Decreto 2055 de 2014.

Bogotá D.C., Colombia

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

*Recebo
Mayo Celano
28-09-2016*

sobre la pertinencia político-criminal de la iniciativa. Una vez elaborado, se incluye en la agenda de la sesión ordinaria del Consejo Superior de Política Criminal para que sus miembros aprueben su contenido o soliciten las correcciones o aclaraciones que sean del caso. Inmediatamente de esa aprobación por parte del Consejo, los conceptos aprobados se envían a las Secretarías del Senado y de la Cámara de Representantes, y se publican para conocimiento de la ciudadanía en la página web del Consejo Superior de Política Criminal⁶.

En ejercicio de sus funciones, el Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal estudió en su sesión ordinaria del día 07 de abril del año en curso, el proyecto de ley N° 202 de 2016 Cámara "Por medio de la cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos", elaborando el correspondiente concepto para su discusión en sesión ordinaria del Consejo del día 14 de abril, y el cual fue aprobado el 13 de mayo del corriente año.

En dicha ocasión, el Consejo Superior de Política Criminal emitió concepto negativo a la propuesta legislativa, debido a (i) la carencia de fundamentos empíricos que justificaran la expansión del derecho penal hacia asuntos que pueden resolverse por vías diversas; (ii) resulta desproporcionado asimilar este tipo de conducta con la de trata de personas y tráfico de órganos humanos, al pretender sancionar el nuevo delito con una pena entre 13 y 23 años; (iii) el proyecto es una manifestación más de la ampliación del espectro del control penal no solo por la creación de nuevos tipos penales y el incremento de nuevas hipótesis delictivas en los ya existentes, sino por la inclusión de otros verbos rectores de la conducta y la creación de circunstancias específicas de agravación punitiva.

El proyecto sobre la maternidad subrogada, ahora identificado como proyecto de ley No. 026 de 2016 Cámara "Por medio del cual se prohíbe la práctica de alquiler de vientres al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos" es una reproducción integral del originalmente revisado por el Consejo Superior de Política Criminal (202 de 2016 Cámara), salvo algunas pequeñas variaciones en la denominación, por lo que resulta innecesario someterlo a un nuevo análisis, siendo que las modificaciones no alteran la esencia del mismo (se adjunta el concepto 16.06 del Consejo Superior de Política Criminal).

Igualmente, se consideró que la propuesta no pasaba el examen de constitucionalidad debido a que, dada la limitación de derechos fundamentales afectados, como es el caso del derecho a la salud y al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a conformar una familia, se requiere de una ley estatutaria de acuerdo al artículo 152 de la Constitución Política de Colombia.

Así, respecto del derecho consagrado en el artículo 42, se establece la protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, la cual puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, y establece la igualdad de derechos y deberes entre los hijos procreados naturalmente o con asistencia científica.

⁶ Los conceptos emitidos por el Consejo Superior de Política Criminal se pueden *on-line* consultar en la siguiente dirección: <http://www.politicacriminal.gov.co/Inicio/Consejo-Superior-de-Pol%C3%ADtica-Criminal>

En este sentido, se observa que la Constitución Política avala la reproducción por métodos científicos como una forma de establecer la filiación, y en últimas, la familia. Este reconocimiento y protección a la familia no solo tiene asidero en la norma constitucional, sino en los tratados internacionales ratificados por Colombia tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sobre el particular el Comité de Derechos Humanos en la observación general No. 19 sobre la interpretación del artículo 23 del Pacto⁷, manifiesto que "el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos", posición ratificada en el Sistema Interamericano por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica), donde señaló que: "la decisión [...] de tener hijos biológicos [...] pertenece a la esfera más íntima de [la] vida privada y familiar [, y...] la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja". Señaló que "la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia".

De otra parte, la íntima relación que tiene el tema del proyecto de ley con el derecho a la salud es también evidente, debido a que hace parte de una de las facetas de dicho derecho, la salud sexual y reproductiva, y los llamados derechos sexuales y reproductivos, que han sido ampliamente desarrollados por la Corte Constitucional como manifestaciones de los derechos a la libertad personal y el libre desarrollo de la personalidad, y como auténticos derechos cuya protección y garantía son exigibles vía tutela:

Los derechos sexuales y reproductivos reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción y otorgan los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación.

(...) 7.- Con fundamento en la Constitución, la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia es posible afirmar que los derechos reproductivos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva.

Tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, sin embargo, es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que

⁷ Artículo 23:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Bogotá D.C., Colombia

han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado. (...).

(...) Por lo dicho, y debido a la influencia del derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que los derechos sexuales y reproductivos están protegidos por la Constitución de 1991 ya que han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos (T-585 de 2010).

La Corte Constitucional ha señalado que mediante las leyes estatutarias se regulan materias de especial relevancia, sujetas adicionalmente a un procedimiento de formación más exigente que el ordinario (C-616 de 2008). Para precisar los asuntos que deben regularse por ley estatutaria, la misma corporación judicial, en la sentencia C-756 de 2008, sostuvo:

8. Así pues, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado cinco reglas interpretativas que permiten conocer cuáles son las regulaciones sobre derechos fundamentales que deben ser objeto de ley estatutaria y en qué casos corresponde al legislador ordinario establecer las limitaciones o restricciones del derecho, a saber: i) La reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales es excepcional, en tanto que la regla general se mantiene a favor del legislador ordinario. ii) La regulación estatutaria u ordinaria no se define por la denominación adoptada por el legislador, sino por su contenido material (...). En consecuencia, el trámite legislativo ordinario o estatutario será definido por el contenido del asunto a regular y no por el nombre que el legislador designe. iii) Mediante ley estatutaria se regula únicamente el núcleo esencial del derecho fundamental, de tal forma que si un derecho tiene mayor margen de configuración legal, será menor la reglamentación por ley estatutaria. iv) Las regulaciones integrales de los derechos fundamentales debe realizarse mediante ley cualificada y, v) Los elementos estructurales esenciales del derecho fundamental deben regularse mediante ley estatutaria. De esta forma, es claro que la regulación puntual y detallada del derecho corresponde al legislador ordinario.

Bien señala la Corte que "las leyes estatutarias están encargadas de regular únicamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales y de los mecanismos para su protección" y que, por tanto, "no tienen como objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio, porque ello conduciría a una petrificación del ordenamiento jurídico" (Cfr. Sentencia C-226 del 5 de mayo de 1994. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero).

El núcleo esencial de un derecho fundamental ha sido entendido como "la naturaleza jurídica de cada derecho, esto es, el modo de concebirlo o configurarlo (...) Desde esta óptica, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, sin las cuales el derecho se desnaturalizaría". Igualmente, se ha dicho que el núcleo esencial se refiere a "los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho, para hacer referencia a aquella parte del contenido del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan

Bogotá D.C., Colombia

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

vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De ese modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección" (C-606 de 2001).

En sentencia C-379 de 2016, la Corte señaló sobre el concepto de núcleo esencial de un derecho:

En este mismo sentido esta Corporación sostuvo que el núcleo esencial de los derechos fundamentales goza de un cierto grado de inmunidad que debe ser respetado por las autoridades públicas, al respecto expresó: "el núcleo esencial se ha definido como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Y, en sentido negativo debe entenderse el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental".

En síntesis: la jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que las disposiciones que deben ser objeto de regulación por medio de ley estatutaria, concretamente, en lo que respecta a los derechos fundamentales y los recursos o procedimientos para su protección son aquellas que de alguna manera tocan su núcleo esencial o mediante las cuales se regula en forma "íntegra, estructural o completa" el derecho correspondiente". (Sentencia C- 620 de 2001).

Aplicados los anteriores principios al texto del proyecto de ley al que se refiere el presente documento, se tiene que debe tramitarse por el mecanismo especial de ley estatutaria, como quiera que su artículo 1° establece una restricción al derecho fundamental a la conformación de una familia contenido en el artículo 42 constitucional.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en dicho artículo, son elementos esenciales del derecho fundamental a la formación de una familia, para los efectos que interesan en este caso, (i) la decisión libre de un hombre y una mujer de conformar la familia, y (ii) la posibilidad de que esa familia esté configurada con "hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica".

Estos dos elementos esenciales constituyen parte del núcleo esencial del derecho previsto en el artículo constitucional y son afectados por el artículo 1 del proyecto de ley, en la medida en la que (i) restringe desproporcionadamente la libertad de los padres para configurar la familia en los casos en los que no puedan o no quieran concebir hijos de forma natural, en razón de que al "prohibir la práctica de la maternidad subrogada en Colombia" los condenaría a asumir una forma especial de familia en la que solamente podría tenerse hijos adoptados, y (ii) limita desproporcionadamente la libertad de acudir a las opciones científicamente admitidas y admisibles para la procreación de sus hijos.

La Constitución no limita a los habitantes del territorio nacional las posibilidades naturales o científicas para la procreación en función de la conformación de un grupo familiar. Lo que exige es que la decisión sea responsable, pero no que se deba renunciar o no se pueda acudir a métodos aceptados por la ciencia para la concepción de los hijos. De esta

Bogotá D.C., Colombia

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

forma, cuando el proyecto de ley impone una restricción, más allá de los límites que configuran la esencialidad del derecho, se concluye que su contenido debe tomar el camino de las leyes estatutarias.

Se dirá, en contraposición a los anteriores argumentos, que la prohibición de la maternidad subrogada no afecta a quienes decidan tener sus hijos por los métodos naturales tradicionales o a través de la adopción y por ello no se afecta el núcleo central del derecho a conformar una familia. Sin embargo, la restricción se aprecia respecto de quienes por convicción, por problemas biológicos o por condiciones médicas no puede procrear sus hijos mediante el embarazo de la pareja y el parto subsiguiente, de manera que esa posibilidad, por sí misma, significa que el derecho a la procreación se ve afectado en su inmunidad por la intervención de las autoridades públicas, lo que hace necesario su reglamentación a través de una ley estatutaria.

Es más evidente la necesidad del trámite mediante ley estatutaria por la justificación que en el mismo artículo 1° del proyecto se da a la prohibición, según la cual se trata de proteger "los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, procreación y salud de la mujer", todos ellos fundamentales también y que, en los casos a los que se refiere el proyecto de ley, están en tensión con el derecho a la conformación de la familia.

Finalmente, acoto que el objeto del proyecto de ley previsto en el artículo 1° puede resultar contradictorio porque, a más de la tensión expresada, la prohibición de acudir a la maternidad subrogada o al alquiler de vientres en condiciones que no afecten la autonomía y otros derechos de la mujer que se presta para la procreación de hijos ajenos, lesiona los derechos a la igualdad y a la procreación de la mujer que solicita el alquiler cuando se trata de confrontarlo con su posibilidad de tener hijos, habida cuenta de que en algunos de los casos que comprende la hipótesis de la maternidad subrogada se puede implantar un óvulo previamente fecundado que tendría la composición genética de la madre que solicita el alquiler y del padre que contribuyó a la fecundación.

Adicionalmente, la invocación del derecho a "conformar una familia de quien está por nacer" es absolutamente improcedente, en tanto que la maternidad subrogada no afecta negativamente a quien está por nacer ni le impide que en el futuro pueda conformar una familia.

En los anteriores términos respondo la solicitud por usted presentada.

Cordialmente,



MARCELA ABADÍA CUBILLOS

Directora de Política Criminal y Penitenciaria

Secretaría Técnica del Consejo Superior de Política Criminal

Anexo: cinco (5) folios. Concepto 16.06, CSPC
Elaboró: Nadia Lizarazo / Iván González
Revisó y Aprobó: Marcela Abadía

TDR 3200-500-24
EXT16-0036080

Bogotá D.C., Colombia

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

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

**Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley 202 de 2016 Cámara “por medio de la cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos.”.
(Maternidad Subrogada)**

Proyecto de Ley 202 de 2016 Cámara	
Autores	Senadora María del Rosario Guerra Representante Santiago Valencia González
Fecha de Radicación	Marzo 09 de 2016
Estado Actual	Tránsito a Comisión
Referencia	Concepto No. 16.06

El estudio de este proyecto se realiza con base en el texto publicado en la Gaceta del Congreso N° 86 de 2016.

1

1. Objeto, contenido y alcance del Proyecto de Ley

El proyecto de Ley consta de cinco artículos, y 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” (artículo 1°).

La maternidad subrogada, objeto de regulación de la propuesta normativa a través de su penalización, se define en el articulado como “la contratación de una mujer para gestar un bebé, entregarlo a los solicitantes y renunciar a todos los derechos sobre el recién nacido” (artículo 2°).

En este sentido, entiende que es nulo cualquier 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 (artículo 3°), y por el contrario, las partes involucradas incurrirán en los delitos contemplados en los artículos 188A del Código Penal y 2° de la Ley 919 de 2004 (artículo 4°). En consecuencia, la iniciativa legislativa iguala esta práctica con el delito de trata de personas, que prevé una pena de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes (artículo 188 A del CP), así como un acto de comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante,

Bogotá D.C., Colombia

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

tipificadó como tráfico, con una pena de tres (3) a seis (6) años de prisión (artículo 2º, ley 919 de 2014).

2. Observaciones político-criminales en relación con el Proyecto de Ley 202 de 2016 Cámara

En términos generales, el Consejo Superior de Política Criminal advierte que la propuesta es inconstitucional, inconveniente y adolece de fundamentos empíricos y jurídicos que le den viabilidad, a razón de las siguientes consideraciones.

2.1. Falta de rigor en las definiciones

El proyecto de ley trae consigo una definición restringida de la maternidad subrogada, que en consecuencia afectaría la propia claridad de la conducta que se pretende tipificar, al considerarla como *“la contratación de una mujer para gestar un bebé, entregarlo a los solicitantes y renunciar a todos los derechos sobre el recién nacido”* (artículo 2º), ignorando las definiciones que desde la propia Organización Mundial de la Salud (OMS) se han desarrollado al respecto, así como el derecho comparado y la sentencia de la Corte Constitucional que se cita en la exposición de motivos (T-968 de 2009).

2

Así, en dicha providencia el alto tribunal considera la maternidad subrogada como una técnica de reproducción asistida e incluso como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas; la define, en síntesis, 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. A lo anterior, añade la Corte que en este evento la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos y deben cumplirse una serie de requisitos y condiciones:

- (i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del

¹ Colombia, Corte Constitucional. T-968 de 2009; M.P. María Victoria Calle Correa.

nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros².

Igualmente, hay que advertir que la situación particular que se analiza en esta providencia es la de una madre gestante que aporta material genético, caso diferente al que la Corte ha considerado como maternidad subrogada, en el que la madre gestante no tiene un vínculo genético que la una con el menor, porque en el primer caso, cuando la mujer aporta material genético, se estaría frente a una hipótesis en que entrega a su hijo biológico a cambio de una suma de dinero, lo cual está prohibido por el ordenamiento jurídico interno, y que entre otras, constituiría adopción irregular.

A su vez, la OMS define esta conducta como una técnica de reproducción asistida, en la cual

una mujer lleva el embarazo y da a luz a un bebé que, genética y legalmente pertenece a otros padres. La gestante subrogada es, por tanto, la mujer que, de común acuerdo con una persona o pareja (padre y/o madre intencional), acepta que se le transfiera a su útero el embrión previamente engendrado, con el fin de quedar embarazada de dicho embrión, gestarlo a término y dar a luz en sustitución de la mencionada persona o pareja. [...] Para alcanzar el embarazo de la madre gestacional o portadora, se utiliza la fecundación in vitro o inseminación artificial³.

3

Otra falta en las que incurre la iniciativa legislativa es de equiparar los derechos que protegen al nasciturus con los del niño luego de nacer. Si bien el nasciturus es sujeto especial de protección de derechos, al que se le protege, no es equiparable con aquellos que le asisten a la persona una vez nazca. La Corte se ha manifestado al respecto, como sigue⁴:

la tradición jurídica más acendrada, que se compagina con la filosofía del estado social de derecho, ha reconocido que el nasciturus es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana. Los innumerables tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, así como el preámbulo de la Constitución Política, cuando asegura que el Estado tiene la obligación de garantizar la vida de sus integrantes; el artículo 43, al referirse a la protección de la mujer

² Corte Constitucional. Sentencia T-968 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa.

³ Organización Mundial de la Salud (OMS). *Study Guide*, UC3MUN. 2016, p. 5. Adicionalmente, distinguen entre la maternidad subrogada internacional en la cual la madre gestacional aporta también su óvulo, pero el espermatozoide proviene del padre que solicita la subrogación o de un donante. El bebé es concebido por medio de inseminación artificial o fecundación in vitro, y la gestacional cuando el material genético es aportado por la pareja que solicita la subrogación, a esta es la que se refiere la Corte Constitucional en su sentencia.

⁴ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-223 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

embarazada, y el artículo 44, cuando le garantiza a los niños el derecho a la vida, no hacen otra cosa que fortalecer la premisa de que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales [...]

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un principio lógico de razonabilidad exige considerar en particular cada uno de los derechos fundamentales, incluso aquellos que se predicen exclusivamente de los niños, para determinar cuál puede y cuál no puede ser exigido antes del nacimiento. Obviamente, derechos fundamentales como el derecho a la libertad personal o libertad de cultos, el derecho al debido proceso o el derecho a la recreación no pueden ser objeto de protección prenatal porque la propia naturaleza de su ejercicio no es compatible con el ser que aún no ha dejado el vientre materno.

Los ejemplos que se señalan en la exposición de motivos frente a la violación de derechos tanto para el nasciturus, como para el niño y la madre subrogada no tienen fundamentos que puedan explicarlos, justificarlos y ejemplificarlos de manera válida.

4

Así, por ejemplo, cuando se señala en el Proyecto de Ley que el contrato entre las partes obligaría a abortar en algunas hipótesis, desconoce la ley penal y los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la materia, toda vez que la primera -alteración cromosómica o alguna otra enfermedad que presente durante su gestación- está permitida en el ordenamiento constitucional, y las dos siguientes -por la cantidad de embriones fecundados, gemelos, mellizos, trillizos y por el género diferente del exigido por los padres contratantes- estaría prohibida dentro de las tres causales permitidas en la actualidad.

2.2. La expansión injustificada del derecho penal

Debe partirse del hecho que la interpretación que hace el proyecto de ley sobre la Sentencia T-968 de 2009 es errónea, toda vez que la Corte hace un llamado al legislador para que regule los procedimientos relacionados con la maternidad subrogada, siguiendo los diez requisitos y condiciones previamente mencionados, para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan al acuerdo, la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido o los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas. En ningún momento el alto tribunal se refirió a la necesidad de prohibir, y mucho menos, penalizar esta conducta.

El Consejo Superior de Política Criminal ha hecho notar en reiteradas ocasiones la tendencia en el legislador a asimilar los conceptos de "jurídicamente prohibido" y "punible". En efecto, no son pocas las veces que se ha considerado que la única

Bogotá D.C., Colombia

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



prohibición jurídica de un acto es la que supone su tipificación como delito y la amenaza de una sanción penal, lo cual, en parte, ha conducido al expansionismo penal que afecta el ordenamiento jurídico colombiano y tiene en crisis al sistema penitenciario y carcelario⁵. Este error conceptual aqueja al Proyecto de Ley bajo análisis.

Igualmente, hay que advertir que conforme a los criterios previstos en la sentencia T-762 de 2015, la constitucionalidad de la tipificación penal de una conducta será valorada a partir de su adecuación a los principios de *derecho penal mínimo*, *última ratio* y *primacía de la libertad personal*. Lo anterior implica que antes de proceder a la inclusión de una conducta en el estatuto punitivo, es necesario que se demuestre que los mecanismos de control social dispuestos para evitarla han fallado a pesar de su adecuada aplicación. En el caso bajo examen, dichos mecanismos se echan de menos debido a que hasta el momento no existe una regulación en la materia y mucho menos puede afirmarse que se han agotado las vías distintas a la criminalización del comportamiento.

Siendo ello así, la única conclusión a la que puede arribar el Consejo Superior de Política Criminal es que la carencia de regulación y del diseño de mecanismos idóneos para tal fin no es justificación alguna para la expansión excesiva del derecho penal.

5

2.3. La sanción penal propuesta en el Proyecto de Ley es desproporcionada

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 punitivos⁶.

⁵ Cfr. T 762 de 2015.

⁶ Ha dicho la Corte Constitucional en la Sentencia C-464 de 2014 que el delito de trata se caracteriza por tener un sujeto pasivo indeterminado; que los verbos rectores en la conducta punible son muy claros: **captar, trasladar, acoger o recibir**, al tiempo que presenta un elemento subjetivo "con fines de explotación". Añade la Corte que [el delito de trata] tiene un carácter de tipo penal mixto, ya que **pese a contemplar diversas modalidades de conducta, se configura con**

De igual manera, en lo que a la equiparación con el delito de tráfico de órganos concierne, tal prescripción normativa aparece como contraria a la finalidad declarada del Proyecto de Ley en cuanto a la protección de la mujer y el nasciturus, pues en términos prácticos le estaría dando al segundo la misma entidad a la de un órgano, esto es, la de un objeto.

2.4. La limitación de derechos fundamentales hace improcedente su trámite legislativo como ley ordinario y deberá, entonces, ser tramitada como ley estatutaria

El Consejo Superior de Política Criminal es claro en señalar que el Proyecto de Ley, si busca en todo caso la prohibición de la maternidad subrogada por la vía jurídico-penal –considerando esta última solución inadecuada para el órgano asesor–, debe tenerse en cuenta que esta decisión del legislativo supondrá la limitación intensa de los derechos fundamentales de primer orden como el de salud, y en consecuencia el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, así como el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y el derecho a conformar una familia, lo que implica que dicha prohibición deberá incorporarse al ordenamiento jurídico mediante ley estatutaria, y no como ley ordinaria, y en consecuencia el proyecto de ley es inviable.

6

Esto es así porque la decisión de procrear mediante métodos científicos, ante la incapacidad de lograrlo por medios naturales, es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la salud y a los llamados derechos sexuales y reproductivos, todos los cuales han sido ampliamente desarrollados por la Corte Constitucional y cuya protección y garantía son exigibles vía tutela:

Los derechos sexuales y reproductivos reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción y otorgan los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación⁷.

Igualmente, debe considerarse el derecho a la familia consagrado en el artículo 42 de la Carta, que define a la familia como núcleo esencial de la sociedad, la cual puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, al tiempo que establece la igualdad de derechos y deberes entre los hijos procreados naturalmente o con asistencia científica. Este reconocimiento y protección a la familia no solo tiene asidero en la norma constitucional, sino en los tratados internacionales ratificados

la realización de una, cualquiera de las cuatro descritas anteriormente por sus verbos rectores (subrayado fuera del texto). Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-464 de 2014, M.P., Alberto Roja Ríos

⁷ Corte Constitucional, T-732 de 2009. Humberto Antonio Sierra Porto

Bogotá D.C., Colombia

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



por Colombia tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es así que a la luz del artículo constitucional mencionado se ha entendido el concepto de familia a partir del principio de pluralismo que no se basa solamente en los vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino en relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección –familias conformadas por padres e hijos de crianza-. La Corte concuerda con el Consejo de Estado, cuando se manifiesta al respecto en los siguientes términos⁸:

la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. [...], como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día.

7

2.5. Carencia de fundamentos empíricos

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.

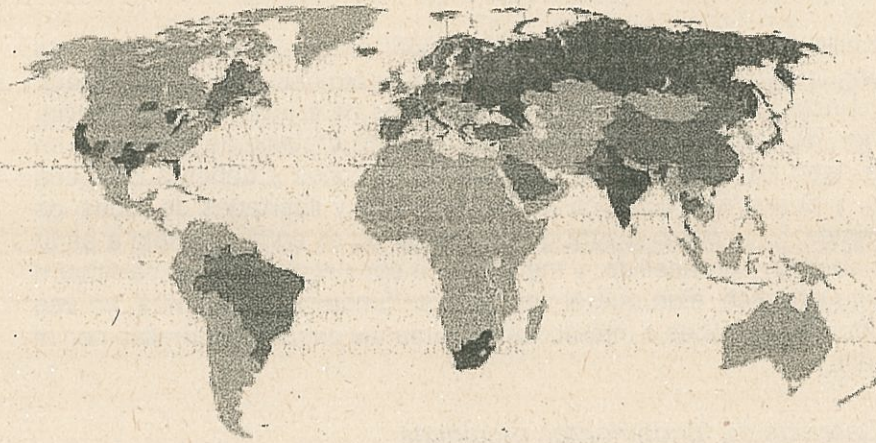
Igualmente, no hay información clara que permita entrever la magnitud del fenómeno y que soporte las afirmaciones expuestas, como por ejemplo, “*en este contexto el alquiler de vientres con fines lucrativos, es una oportunidad de ingreso y una opción de supervivencia para las mujeres colombianas más vulnerables que anuncian su cuerpo de la siguiente manera*”, o la relación directa entre hechos como el abandono y la práctica de maternidad subrogada.

Al citarse el derecho comparado, no resulta ninguna conclusión de este que sea útil para soportar las conclusiones. Por el contrario, obvia los debates y conclusiones que en la materia se han surtido. Así, es pertinente señalar algunas referencias al respecto, útiles para profundizar en el debate. Primero, se ha advertido la carencia de estadísticas precisas sobre la subrogación, más allá de







⁸ Corte Constitucional, T- 572 de 2009. Humberto Antonio Sierra Porto

las prácticas de la inseminación artificial y la fecundación in vitro. En segundo lugar, en muchos países no existen disposiciones legales claras que prohíban expresamente esta práctica o que la reglamenten⁹, siendo el espectro muy amplio, que va desde prohibiciones generales y específicas sobre todas las formas de subrogación, a la concesión legal de la paternidad por parte de *padres contratantes* con anterioridad al nacimiento del niño¹⁰. Al respecto resulta ilustrativo el mapa de la OMS:

Regulación de la maternidad subrogada en el mundo



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

Fuente: Organización Mundial de la Salud (OMS), *Study Guide*, UC3MUN. 2016, p. 7

Lo que se desprende de la literatura consultada es que hay un amplio debate internacional en relación a los alcances de este fenómeno que debe comprenderse desde las ópticas social, económica, jurídica y política, y que se manifiesta en el amplio abanico de respuestas regulatorias en la materia. Así, hay Estados donde está establecida la prohibición expresa y sancionatoria de esta práctica, mientras que existen regulaciones que, por ejemplo, prohíben la maternidad subrogada con fines comerciales y sólo se permite "la altruista", sin

⁹ Cfr. Unión Europea. *Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013

¹⁰ *Ibid.*



aporte genético de la madre sustituta, definiendo además los requisitos específicos para las partes contratantes, y prohibiendo la intermediación y el "turismo reproductivo", haciendo referencia a extranjeros que viajan en búsqueda de servicios relacionados con la maternidad subrogada; finalmente, hay legislaciones que no establecen ninguna prohibición expresa ni reglas claras frente a los acuerdos de subrogación en general.

Igualmente, resulta relevante mencionar que el debate gira en torno a la situación jurídica del niño nacido como resultado de cualquier acuerdo de subrogación, ante lo cual también hay múltiples respuestas legales al respecto y que se enmarcan en las leyes generales relativas a la filiación legal, llevando la discusión, no al terreno de lo político-criminal, sino al del derecho civil principalmente, o del derecho internacional al referirse a áreas como el reconocimiento de la nacionalidad, los acuerdos privados de subrogación y la solución de controversias entre las partes involucradas.

Conclusión

De acuerdo a todo lo expuesto previamente, 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.

9

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos

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

Elaboró: Nadia Lizarazo Vargas
Revisó: Iván González - Coordinador Comité Técnico CSPC
Aprobó: Comité Técnico, CSPC

Bogotá D.C., Colombia

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

1770
1771

1772

1773

1774

1775