

CONCEPTO POSICIÓN AL PROYECTO DE LEY SOBRE SUBROGACIÓN UTERINA

El suscrito, **LEONELA BARRETO ALFONSO**, en mi condición de **Defensor de Familia y Fiscal de la Asociación Colombiana de Defensores de Familia, ACODEFAM**, y como quiera que no hemos sido tenidos en cuenta en el trámite del PROYECTO DE LEY “POR MEDIO DEL CUAL SE REGULA LA SUBROGACIÓN UTERINA PARA LA GESTACIÓN EN COLOMBIA”, considerando legítimo el derecho, como Autoridades por excelencia en materia de familia, me permito aportar al debate algunas consideraciones que espero sean tenidas en cuenta, y ojalá, acogidas, puesto que en los trámites legislativos en los que tradicionalmente se debaten derechos de los niños, niñas y adolescentes, lamentablemente los defensores de familia no somos escuchados, por lo tanto, confiando en que ésta vez no sea así, remito para lo pertinente algunas consideraciones.

En consecuencia, fijo mi posición, motivado por la preocupación que genera el Proyecto de Ley, pues de su lectura fácilmente puede concluirse que atenta contra principios fundamentales como el de la inalienabilidad de los derechos y la institución básica de la sociedad, establecidos en el Art. 5 de la Constitución; trasgrede Derechos fundamentales, que soportan la estructura de las garantías en favor de niños, niñas y adolescentes, tales como el interés superior, la no separación familiar; además de abrir la puerta a la discriminación e instrumentalización contra la mujer, entre otros.

FUNDAMENTACIÓN

El principio de dignidad humana es inalienable. En ello convergen diferentes países que lo patentan en las respectivas legislaciones. Colombia no es la excepción, como quiera que, ha ratificado las convenciones sobre Derechos Humanos, derechos de los Niños y Niñas y recientemente la expedición de normas como la Ley 1257 de 2008, o la misma Ley 2126 de 2021, han buscado poner al país en sintonía con convenciones sobre prevención, erradicación y lucha contra la violencia contra la mujer, como BELEM DO PARA, o el Comité para eliminar la discriminación sobre la mujer, CEDAW.

En nuestro caso, el Art. 93 superior, incorpora los tratados internacionales al ordenamiento interno. Reconoce los derechos humanos y prohíbe su eliminación en los estados de excepción, es decir que prevalecen sobre el derecho interno. La misma norma establece que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales, sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Art. 5 de la Constitución, por su parte, reconoce la *“primacía de los derechos inalienables y ampara la familia como institución básica de la sociedad”*

En consecuencia, es éste un principio al que la regla ha de ajustarse, si se atiende al planteamiento teórico según el cual “Deberá preferirse lo que sea moralmente más fuerte; una mejor moral supone, pues, una mejor justificación del ordenamiento jurídico,” tal como lo plantea Ronald Dworkin.

En ese sentido, el Art. 42 de la Constitución, establece como núcleo fundamental de la sociedad a la Familia, y además de la libertad, establece que las relaciones se basan en la igualdad de derechos, y prohíbe cualquier forma de violencia, la cual es considerada destructiva. Estatuye, así mismo, que *“los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen igualdad de derechos y deberes, tienen los mismos derechos.”* Y para consolidar los derechos de la

familia, el Art. 42, establece que la pareja, tiene derecho a decidir libre y responsablemente, el número de hijos, y deberá sostenerlos y educarlos.

Por su parte, el Art. 44 de la Carta Magna, columna vertebral de los derechos de la infancia y la adolescencia, determina que son derechos de los niños, entre otros, “*tener una familia y no ser separado de ella...*”, y en cabeza del estado, establece la obligación para que sean “*protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica ...*”, y finalmente, que “*gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución*”, imponiendo en la familia, la sociedad y el Estado, la obligación de “*garantizar el ejercicio pleno de sus derechos*”

Surge, entonces, la pregunta sobre si el Proyecto de Ley se enmarca dentro de los principios y derechos enunciados, o por el contrario, si desborda la órbita, al pretender con una Ley superar lo que ya el Constituyente desde 1991 determinó, como una regla básica, o como un principio, si se quiere, a partir del cual, la regulación ha de ajustarse, y en ese sentido, el análisis inicial habría que aterrizarlo en si la necesidad debería ser una reforma constitucional, dada la magnitud de los principios y derechos que se comprometen.

Constituye enorme preocupación el hecho de que, por garantizar libertades se sustituyan principios básicos, inherentes a la esencia del ser humano. Que por procurar satisfacer el derecho de unos, cuya dificultad para concebir es comprensible, se supere el de los otros, y en especial, el de los niños y niñas, y lo se concibe como la solución a un problema, particular, termine siendo el nacimiento de otros, más graves, incluso, que afectarían el derecho de quienes no solo en las convenciones, sino en la Constitución, en la Ley y en abundantes jurisprudencias les han sido reconocidos.

El gran paso, de la lucha contra la violencia en contra de la mujer, y en general contra la familia, en nuestro país, ha concluido con la emisión de normas como la Ley 294 de 1996, la Ley 575 de 2000, la Ley 1257 de 2008, recientemente con la Ley 2126 de 2021, que dicho sea de paso, terminó de colapsar las Defensorías de Familia, al trasladarles funciones. Falta regular, muchos aspectos en relación con la violencia contra las mujeres y niños, y avanzar modernizando la legislación, para evitar la impunidad, cercana al 97% en violencia sexual contra niñas y niños, o para que la inobservancia de obligaciones básicas como el respeto a la diferencia, el derecho a los alimentos, entre otros, no sigan afectando los derechos de niñas y niños.

Tal vez, el principal avance que en el país se ha tenido, por ejemplo, al pasar del Código del Menor al Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), consistió en reconocer a los niños, niñas y adolescentes, como **sujetos de derechos**. Éste avance en la Ley, que desprende del Art. 44 Superior, no fue gratuito, y pese a que llegó tarde a nuestro ordenamiento, su incorporación estableció un régimen de garantías, que hoy hacen posible que los niños, las niñas, las y los adolescentes, reclamen sus derechos, en una sociedad en crisis, cuya vulneración a diario escandaliza y por la que autoridades y colectivos reclaman sin cesar para que los derechos se materialicen, puedan ser disfrutados por los destinatarios y no se queden en una mera enunciación normativa, que alimenta el discurso en época de campaña.

La inalienabilidad de los derechos, comienza por el reconocimiento que la misma humanidad hace, cuando entiende la esencia e importancia para las sociedades, del ser humano, tras los horrores y crímenes en su contra, y que las convenciones incorporan y se recogen y ratifican en la Constitución y en las Leyes; trasladando la responsabilidad a

quienes la aplicamos y garantizamos justicia a través de la protección, como un imperativo categórico, para garantía de las personas, en nuestro caso, de aquéllos cuyos derechos son reforzados. En ese orden, como se señala en el Art. 5 superior, supone además, que la familia, sin importar su tipo es protegida y por tanto, cualquier norma que la afecte debe ser objetivamente analizada, a la luz de los principios y las reglas.

El proyecto es regresivo, pues abre la puerta a la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres y de los niños y niñas, y para una forma de violencia sobre aquellas, porque peligrosamente da lugar a su instrumentalización, rompiendo con los principios enunciados; abre la puerta y pone precio a parte de su cuerpo, al permitir su alquiler, pues el préstamo no siempre será altruista, y en el caso de los niños, antepone su interés superior al del adulto que busca llenar un vacío, lo cual no puede ser a costa de los derechos de los mismos niños que pretenden adquirir.

A través de un paradigma, aparentemente moderno, puede dar lugar a la desnaturalización, atacando indirecta o directamente la institución de la familia, y a través de la transacción entre personas, reglamentar una forma de comercio, que además de degradar a la mujer, la convertirá en un mero depósito temporal, con fines de satisfacción del deseo y necesidad de terceros, sin vínculo alguno, más allá del jurídico de interés, como constituye el mutuo entre civiles.

A su vez, desnaturaliza y estrangula el principio del Interés Superior de los Niños y Niñas, anteponiéndolo el interés de adultos, puesto que privilegia la capacidad de compra, o de persuasión o negocio, el cual será inevitable; en consecuencia, instrumentalizando y cosificando a la mujer, cuya dignidad se relega ante la necesidad; sin desconocer, desde luego, que el altruismo guiado por el amor, puede en algunos casos existir, pero de acuerdo con la realidad existente, la práctica ha venido siendo un negocio, al que el Estado por ley fortalecería si se aprueba lo planteado. Puede, además, tornarse en una forma de violencia silenciosa, cuyas consecuencias para las mujeres, contradicen los principios y derechos por los que tanto han luchado, y por las cuales abogan, en el mismo sentido las convenciones, obligando a los estados.

El Artículo 43 de la Constitución establece que “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. *Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.* El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

En ese orden, es deber de las y los Defensores de Familia, garantizarle la atención cuando así lo demande, incluso, pudiéndose ordenar alimentos en favor de ésta, en contra del padre del niño o niña en gestación. En el supuesto de un alquiler del útero de una mujer, con una familia normal constituida por parejas del mismo o diferente sexo, puede dar lugar a conflictos por disputas de paternidad, incluso de maternidad, o afectar a otros niños de la familia, que ven gestar un hermano el cual desaparece cuando nace, con consecuencias y afectaciones inevitables. La necesidad de muchas familias conllevaría a contemplar la subrogación como una forma de obtener ingresos.

Recuérdese que los derechos de los niños y niñas, han sido privilegiados por los diferentes ordenamientos, en nuestro caso, la persona al nacer, por mandato universal adquiere vida jurídica, se hace acreedora de ellos y la esencia de su protección implica la materialización

y pleno ejercicio que puedan hacer de ellos. Por tanto, no puede degradarse una concepción, vía alquiler de vientre, a un mero producto, porque atenta contra la dignidad no solo de la mujer, sino del niño por nacer y contra sus derechos fundamentales. O es un ser con vida en gestación o es un producto que se compra a un precio determinado?, lo que implica una mercantilización, discriminatoria, e injusta.

Supone, igualmente, una discriminación negativa inconstitucional, en contra de los niños y niñas que, por virtud de aquellas transacciones nacieren, cuando no fue su elección, al concebírseles como un producto y no como una persona humana, que lo es, solo con el hecho de nacer, viéndose obligados a una separación consentida por adultos, indebida e inconstitucional y anti convencional, de acuerdo con el principio, según el cual, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una familia, y a no ser separado de ella. Supone la calidad de persona humana, el solo hecho de desprenderse de la placenta al nacer, y de continuar con vida, así sea por un tiempo limitado.

Por consiguiente, al nacer, adquiere el niño o niña unos derechos irrenunciables, como aquél establecido en el Art. 44 de la Constitución y reglamentado en la Ley 1098 de 2006, en el Art. 23, sobre la no separación familiar, norma que, en el mismo sentido está en consonancia con la Convención de los derechos del niño, sobre interés superior, establecido en el Art. 3, al señalar que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, disponer su destino, por un criterio diferenciador marcado por el interés particular, viola flagrantemente el principio.

No se trata, en consecuencia, de la regulación de una venta normal, se trata de un comercio con la vida, en los términos, incluso, de la propia Corte Constitucional, que en sentencia **T-179 de 1993**, enfatizó sobre la *vida en la fecundación* al señalar que “... *la vida que el Derecho reconoce y que la Constitución protege, tiene su principio en el momento mismo de la fecundación y se extiende a lo largo de las distintas etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno, continúa a partir del nacimiento de la persona y cobija a esta a lo largo de todo su ciclo vital*”.

No en vano, el máximo tribunal constitucional colombiano elevó a “*ser humano*”, a la criatura por nacer, que no es un “producto”, sino la vida la que en estricto sentido entra en el contrato, que por virtud de la ley civil suscribirían las partes, sobre un ser humano.

La Sentencia T-197/93, describe que “(...) *La mujer es portadora y dadora de vida, merece toda consideración desde el mismo instante de la concepción. Así es que por la estrecha conexión con la vida que se está gestando, toda amenaza o vulneración contra su derecho fundamental, es también una amenaza o vulneración contra el hijo que espera (...)*”;

Lo anterior, no puede analizarse de forma aislada. Por el contrario, la conexidad de la vida en gestación supone, en la misma línea, que transar sobre la suerte de esa criatura, para satisfacer el vacío de un adulto, que probablemente pagará por ello. En otras palabras antes de producirse el nacimiento de ese ser humano, y reclamar el pleno de sus garantías respirando por sí sola tras el alumbramiento, su interés superior ya ha sido quebrantado y comprometido. Lo anterior, no solo porque no puede elegir ni es consultado para el contrato, como supondría en un estricto sentido, atendiendo el criterio del Art. 26 del Código de Infancia y Adolescencia, sino porque ya el comercio decidió por él o ella, y el derecho de la

criatura a una familia, la biológica, es decir, la madre que lo gesta, queda relegado a un negocio previo a su concepción, realizado por interés particular; jamás el del niño, que recobra vigencia y es exigible desde el nacimiento.

Lo anterior, sin entrar a analizar sobre si las personas dispuestas a celebrar esta clase de negocios, lo hacen por la necesidad, como se ha denunciado de forma recurrente en los últimos tiempos y que, en su mayoría alcanza a segmentos de la sociedad con limitaciones económicas y necesidades básicas insatisfechas

Resulta comprensible que una persona, o una pareja que no ha podido concebir, pueda buscar alternativas, pues descrito como se indicó en la legislación, permite que de forma voluntaria se decida, pero no a costa del quebrantamiento de otros derechos, cuando existen vías como la adopción, que se tornan factibles y están constitucional, legal y socialmente aprobadas, ante lo cual, no sobraría una mirada para conocer la suerte de aquellos niños, mediante seguimientos muy rigurosos.

Finalmente, surge la pregunta sobre, si el amor, que también es un derecho de los niños y niñas, establecido en nuestra Constitución, se garantiza por quienes pagan por un producto, al que se le puede llamar niño o niña que, a su vez, se le puede asignar un nombre y un apellido de cualquier nacionalidad, y si ello le garantiza al niño producto de ese contrato, los preceptos del Art. 44 superior y de nuestra Código de Infancia. Igualmente, si se garantiza con ello otros derechos, tales como el de la identidad y a la nacionalidad que a su vez están íntimamente ligados con la raíz, es decir, con el origen de sus padres biológicos, o adoptivos, lo cual implicaría adentrarnos en una análisis sobre la nacionalidad, que el comercio superaría, peligrosamente abriendo un camino a otra clase de interpretaciones, que hoy son motivo de preocupación en el mundo entero, ante la transnacionalización de delitos como la trata de personas con fines de explotación.

Con las anteriores consideraciones, se busca que se amplíe la reflexión, y que, en todo caso, en su sabiduría el congreso decida, atendiendo a los principios que rigen la dignidad humana, y que tanto han costado para su incorporación y materialización en Colombia.

Atentamente



LEONEL BARRETO ALFONSO

Periodista, Comunicador Social; Abogado; Especialista en Relaciones Internacionales; Especialista en Derecho de Administrativo; Defensor de Familia; Promotor del Art. 44 de la Ley 2126 de 2021; Fiscal de la Asociación Colombiana de Defensores de Familia, ACODEFAM; Defensor de los Derechos de la Niñez y la Familia.

Tel 3102167313

Nota. Las opiniones y análisis únicamente comprometen al autor