

PROYECTO DE LEY ESTATURARIA N° _____ DE 2019- Senado

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

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada -más conocida como alquiler de vientre- ha sido entendida en Colombia como la contratación de una mujer que se compromete a gestar un bebé con la obligación de entregarlo a los solicitantes cuando nazca. Estos últimos se comprometen a criarlo y la mujer gestante debe renunciar a la filiación¹.

En nuestro país, esta práctica despierta gran inquietud debido a la falta de información, carencia de legislación y la escasa jurisprudencia sobre el tema, que no permiten saber si está permitida, prohibida o cuáles son sus límites. Por ello, esta iniciativa legislativa (que ya hemos presentado en tres ocasiones anteriores y que ha sido aprobada hasta en tercer debate) se basa en un estudio técnico, jurídico, social y ético de la problemática y pretende prohibir la maternidad subrogada al considerarla ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos. De esta forma, se busca permitirla sólo con fines altruistas y para parejas colombianas con problemas de infertilidad o de gestación. Esto, mediante la protección de los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, y la protección del que está por nacer.

Para lograrlo, el presente documento se estructura de la siguiente manera:

1. Presenta como se ha entendido la maternidad subrogada en Colombia
2. Explica por qué la subrogación de la maternidad con fines lucrativos es una forma de explotación a la mujer y una comercialización de menores
3. Expone los derechos vulnerados a la mujer y al bebé
4. Hace un recuento de cómo se ha tratado la problemática en otros países
5. Analiza el problema de la filiación en la permisión de la maternidad subrogada
6. Presenta los principales argumentos obtenidos en la Mesa de Trabajo que se adelantó en compañía de varios expertos el pasado 9 de diciembre de 2015.

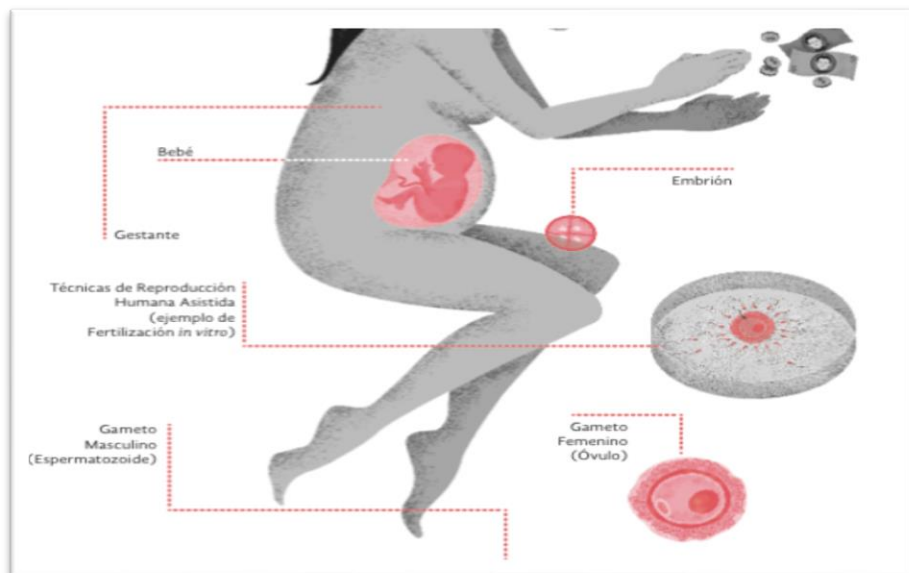
1. MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA

¹ Corte Constitucional. Sentencia T -968 de 2009

El único referente legal sobre la práctica de maternidad subrogada en Colombia es la sentencia T - 968 de 2009 de la Corte Constitucional. En esta sentencia, la Corte estudió el caso de una pareja que contrató los servicios de una mujer para que les alquilara el vientre para tener un bebé y con base en escritos doctrinales definió esta práctica 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”.

De esta definición se puede concluir que en Colombia: (i) La mujer gestante y que da a luz no aporta sus óvulos, (ii) La madre sustituta acepta llevar a buen término el embarazo y una vez producido el parto, se compromete a entregar el hijo a las personas que lo encargaron (iii) La madre gestante renuncia a los derechos sobre el menor y (iv) La práctica debe formalizarse a través de un pacto o compromiso.



Fuente: Tomada del libro "Explotación de Mujeres con fines reproductivos" (2015)

Así mismo, la corte estableció unos requisitos mínimos para entender la validez de la figura de maternidad subrogada:

- A) La mujer solicitante debe tener problemas fisiológicos para concebir.
- B) Los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita el vientre).

- C) La mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.
- D) La mujer gestante debe cumplir una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica y haber tenido hijos.
- E) La mujer gestante debe tener la obligación de someterse a las valoraciones psicológicas exámenes pertinentes antes, durante, y después del embarazo
- F) Se debe preservar 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 solicitantes no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.
- I) La muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.
- J) La mujer gestante sólo pueda interrumpir el embarazo por prescripción médica.

2. MATERNIDAD SUBROGADA CON FINES LUCRATIVOS COMO EXPLOTACIÓN AL CUERPO DE LA MUJER Y DE LOS MENORES.

La maternidad subrogada con fines económicos constituye una objetivación de los cuerpos de las mujeres, pues los convierte en “maquinas para hacer bebés”, que pueden arrendarse y explotarse con el fin de satisfacer los deseos de otros². Así mismo, esta práctica convierte a los niños en “objetos de consumo” o productos comerciales que se encargan, se compran, se venden e incluso se devuelven o se cambian si no se satisface al cliente.

Esto supone, como lo propone la Profesora de la Universidad de Michigan Elisabeth Anderson, que se transforma el traer hijos al mundo, en una mercancía que se rige por los procesos de producción y de mercado normales. Y cuando las normas del mercado se aplican a las formas en que asignan y se entienden los derechos y responsabilidades de los padres, los niños se reducen de temas de amor a meros objetos

² “Vientres de Alquiler – Una Nueva Forma de Explotación a la Mujer y de Tráfico de Personas” (2015) Disponible en: <http://www.profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2015/06/V-aquiler-web.pdf>

de uso. Igualmente, cuando las normas del mercado se aplican a las formas en que tratamos y entendemos el trabajo reproductivo de las mujeres, las mujeres se reducen de temas de respeto y consideración, a ser también, meros objetos de uso.³

La Organización Profesionales por la Ética (ONG española que desde 1992 estudia el tema), se ha encargado de documentar ejemplos y presentarlos en el Parlamento Europeo para demostrar estos dos supuestos de explotación a la mujer y al menor.

En 2014 denunciaron, por ejemplo, como una pareja homosexual de australianos dejó abandonado en Tailandia un bebé nacido con síndrome de Down, pero se llevaron a su gemela que nació sana. En este caso, la madre gestante se quedó con el bebé enfermo, a pesar de su situación económica, y solicitó que se le devolviese a la niña sana, pero se le denegó y la niña se quedó con los dos hombres que la compraron.⁴

Este ejemplo ilustra cómo cuando un bebé es fruto de una compraventa, lo que se espera, y por tanto se puede exigir, es que el bebé objeto del contrato tenga una garantía de calidad o que se pueda devolver si uno no queda satisfecho con el “producto”.

Vale la pena resaltar que el pasado 18 de diciembre de 2017 durante la adopción del *“Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto”*, el Parlamento Europeo aprobó la totalidad del párrafo 114 que condena la practica de maternidad subrogada:

[...] *“la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima”*.

[...] *“debe prohibirse esta práctica, **que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”***. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Es importante tener en cuenta, como lo señala el Parlamento Europeo, que esta explotación se concentra especialmente en las mujeres de países pobres o menos

³ Anderson, E (2007) “Is Is Women's Labor a Commodity?” disponible en <http://www.jstor.org/stable/2265363>

⁴ Ibidem

desarrollados. Las organizaciones Early Institute⁵, y Center for social Research⁶, (Organizaciones No Gubernamentales dedicadas a este estudio), han demostrado que en los países del primer mundo que la permiten, los costos del proceso son muy altos en comparación con los que se ofrecen en países en vías de desarrollo.

Por ejemplo, en Estados Unidos y en Europa Occidental el alquiler de vientre oscila entre \$100 – 150mil dólares, mientras que en Colombia, entre \$ 4 mil – 10mil dólares (Según ofertas en clasificados). Es decir, en **Colombia es 93.3% más económico**.

Esta información no debe entenderse de manera aislada a la coyuntura de la desigualdad laboral de las mujeres frente a los hombres en nuestro país. Debe tenerse en cuenta que:

- La inequidad salarial de las mujeres frente a los hombres es de 21%
- La participación laboral es de 76% para los hombres y 54% para las mujeres
- Las mujeres trabajan 10 horas remuneradas a la semana menos que los hombres y laboran 20 horas no remuneradas a la semana más que los hombres.
- A la semana las mujeres trabajan 10.8 horas más que los hombres. Los hombres trabajan 4 semanas mensuales, mientras las mujeres trabajan 5.

Debe agregarse que, en Colombia, si bien las mujeres han ingresado de manera sostenida al mercado laboral, su participación continúa siendo menor a la de los hombres, además de concentrarse en determinados sectores productivos y en escalas ocupacionales y salariales. De esta forma, pese a que su nivel educativo tiende a ser mayor que el de los hombres, sus remuneraciones tienden a ser menores. Según estadísticas del DANE, en el segundo trimestre de 2018 la tasa de participación de los hombres fue de 74,8 % y de 53,6 % para las mujeres; la tasa de ocupación 69,3 % para los hombres y 46,9 % para las mujeres; y la tasa de desempleo 12,4 % para las mujeres y 7,4 % para los hombres.

En este contexto el alquiler de vientres con fines lucrativos resulta una oportunidad de ingreso y una opción de supervivencia para las mujeres colombianas que se encuentran en situación de vulnerabilidad y que anuncian su cuerpo de la siguiente manera:

⁵ Early Institute es una ONG mexicana, dedicada al análisis y diseño de propuestas para la inclusión de políticas públicas que garanticen el bienestar del menor y su desarrollo.

⁶ Center For Social Research es una ONG con sede en Nueva Delhi, cuya misión es empoderar a las mujeres y las niñas de la India, garantizar sus derechos fundamentales y aumentar la comprensión de los problemas sociales desde una perspectiva de género.

Relato de una bumanguesa que espera alquilar su vientre

► *Hola, soy Marcela*, vivo en Bucaramanga, Colombia, tengo 24 años y dos hijos. Deseo ayudarlos alquilándoles el vientre para que puedan ser padres.*

Su mamá no opina mucho. Sólo le dice que ella sabe muy bien lo que duele parir un hijo para dárselo a un tercero. Pero Marcela sigue firme. Estoy muy consiente de lo que voy a hacer, que ese bebé no es mío.

Necesito \$15 millones para pagar la hipotética de la casa que es de todos y los voy a conseguir. Y ellos (los clientes) también van a conseguir lo que tanto desean.

Es para la hipoteca

La casa de Marcela tiene dos pisos y está en obra negra. Allí vive ella, su papá, su mamá, cinco hermanos y sus dos hijos, un niño de nueve años y una niña de siete.

Fuente: Diario la Vanguardia 2016.

Esto evidencia, como la explotación de la mujer con fines reproductivos se agrava si se tiene en cuenta que la maternidad subrogada supone relaciones asimétricas entre las partes. La Organización Panamericana de la Salud (OPS) afirma que la mujer que actúa como madre subrogada generalmente:

- Está preocupada por su difícil situación económica y la de su familia
- Su consentimiento libre e informado es obviado
- Su único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina para procrear
- Una vez se concluye el acuerdo, siente todo el peso de la explotación, de la separación del bebé y de la cosificación del embarazo.

Con todo lo anterior, se fundamenta por qué la maternidad subrogada con fines económicos contiene todos los elementos que configuran una clara explotación de la mujer, como ser humano y como madre e ignora la protección del menor.

3. DERECHOS VULNERADOS CON LA PRACTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CON FINES ECONOMICOS

Derechos vulnerados de los niños:

Antes de nacer:

Dignidad Humana: (Art 1º C.P) Porque se convierte al menor en un objeto de comercialización y de manipulación.

Vida: (Art 11 C.P) Cuando se permite en esta práctica abortar por:

- Alteración cromosómica o alguna otra enfermedad que presente durante su gestación
- Por la cantidad de embriones fecundados, gemelos, mellizos, trillizos
- Por el género, diferente del exigido por los padres contratantes

Al nacer

Derechos Fundamentales de los niños: (Art 44 C.P)

- Salud: Comprendida como su bienestar tanto físico como psicológico y emocional.
- A la lactancia materna, disminuye su protección contra enfermedad o muerte por infecciones y al vínculo afectivo de bienestar, cuidado protección y seguridad que se establece con la madre.

Familia: (Art 42 C.P) cuando es abandonado por los padres contratantes, por haber logrado un embarazo propio durante la gestación del bebé objeto de maternidad subrogada, o por alguna enfermedad con la que haya nacido el niño

Derechos vulnerados de la mujer:

- **Dignidad:** (Art 1º C.P) Al ser tratada como un objeto de consumo que fabrica bebés.
- **Igualdad:** (Art 13 C.P) Al ser contratada por su condición de mujer en condición económica, académica, social y cultural inferior a la de los contratantes.
Así mismo por el abuso y desconocimiento de los riesgos a los que se verá enfrentada durante la gestación, como lo son por ejemplo:
 - Enfermedades e incapacidades, por ser sometida a técnicas de reproducción humana asistida.
 - Enfermedades y posibles secuelas durante la gestación, dentro de las que está incluida la muerte.
 - Alteración psicológica y emocional, por la separación del bebé con quien estableció un vínculo físico, psicológico y emocional profundo.
 - Alteración psicológica y emocional, por la muerte del bebé tanto por complicaciones durante o después del embarazo, como por aborto cuando el contrato lo exige.
 - Protección suya y del bebé cuando los contratantes desaparecen o desisten del contrato.

- Afectación psicológica y emocional de todo su núcleo familiar, cuando la madre gestante vive con su familia.

4. DERECHO COMPARADO

La respuesta de los países para regular esta actividad ha sido muy variada, los países que deciden regular el tema han optado por alguna de las siguientes posibilidades:

- Prohibición absoluta.
- Permiso expreso
- Permiso regulado.

País	Prohibición Absoluta	Permiso Regulado	Permiso Expreso o Tácita
Alemania	La práctica está prohibida por ser vista como comercio de personas		
Francia	Las disposiciones francesas prohíben la maternidad subrogada, e incluso restringen que sus ciudadanos viajen a otras jurisdicciones para realizar esta práctica		
Canadá		Está prohibido que cualquier persona realice un pago por un proceso de subrogación.	
China	Prohíbe a instituciones y personal médico realizar procesos de subrogación		
Dinamarca		Está prohibida la realización de contratos en los que exista un pago	

España	La Maternidad Subrogada se entiende como una Explotación de la Mujer con Fines Reproductivos, y en este sentido está expresamente prohibida en el artículo 10 de la ley 14 de 2006,		
Italia	La ley 40/2004 prohíbe expresamente la subrogación.		
India			Es abiertamente permitida la maternidad subrogada con fines lucrativos. Las clínicas y solicitantes celebran contratos privados con las gestantes
Perú			No está tá tipificada como delito, sin embargo, se reconocen las complicaciones que esta práctica genera en la determinación de la filiación del menor y por lo tanto, en la protección de su bien superior.

Argentina			No existe una legislación específica sobre el tema, sin embargo, tampoco es una práctica que se encuentre prohibida.
-----------	--	--	--

5. CONTENIDO DE LA INICIATIVA

El proyecto de ley, además de prohibir la maternidad subrogada, penaliza el constreñimiento a la maternidad subrogada. El tipo penal se incluye en el artículo 188F de la ley 599 de 2000. Este delito se configurará cuando se promueva, induzca, financie, reclute, colabore o constriña a una mujer para alquilar su vientre mediando fines de lucro, es decir, cuando haya un provecho económico o contraprestación de algún tipo a cambio de la gestación. La sanción consiste en prisión 6 a 8 años y multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por un lado, el sujeto activo de la acción penal es toda persona con el propósito de obtener beneficio económico promueva, induzca, financie, reclute, colabore o constriña a una mujer para alquilar su vientre mediando fines de lucro, es decir, a cambio de dinero o cualquier otra contraprestación económica. En ningún caso se entenderá que lo es la madre gestante. Por el otro, el sujeto pasivo es la mujer que actúa como gestante del bebé ajeno.

En este mismo sentido, se dispone que todo acto jurídico en el que se pacte la obligación de subrogar o alquilar el vientre con fines de lucro, se entenderá nulo de pleno derecho. Solamente se permitirá la maternidad subrogada con fines altruistas cuando:

1. Se realice entre nacionales colombianos.
2. Se presente certificado médico en el que se demuestre incapacidad física o biológica para concebir.
3. Se realice entre sujetos que gocen de plena capacidad que conste mediante declaración extrajudicial juramentada.

El artículo 5 dispondrá que las decisiones relacionadas con la gestación se tomarán de manera conjunta entre la mujer gestante y el padre y la madre solicitantes. Asimismo, que en cualquiera de las decisiones que se tomen o en las cuales no se llegue a un acuerdo, primará el interés del *nasciturus*. Lo anterior, con el fin de prever un método para solucionar y evitar futuros conflictos.

Luego de considerar y estudiar los diferentes argumentos, se ha concluido que la mejor manera de impedir el tráfico de menores y la explotación a las mujeres de nuestro país es adoptar una política PROHIBICIÓN frente a esta práctica y una regulación precisa para casos específicos.

Como se ha desarrollado a lo largo de la presente exposición de motivos, si queremos valorar a los niños y las mujeres y ser consistentes, debemos resistir la invasión del mercado en el ámbito del trabajo reproductivo y de la maternidad. Ni los cuerpos de las mujeres, ni los menores son una mercancía y no deben estar sujetos de una valoración monetaria.

Hemos visto, además, cómo esta práctica no reconoce las madres de alquiler como poseedores de una perspectiva independiente digna de consideración, sino que se aprovecha de su vulnerabilidad económica de una población. De ahí que la propia práctica, lejos de la ampliación del ámbito de la autonomía de la mujer, en realidad manipule las condiciones externas e internas necesarias para la elección plenamente autónoma por las mujeres

Con base en todo lo anteriormente expuesto, se plantea el siguiente Proyecto de Ley

MARIA DEL ROSARIO GUERRA

Senadora de la República
Partido Centro Democrático

SANTIAGO VALENCIA GONZALEZ

Senador de la República
Partido Centro Democrático

PROYECTO DE LEY ESTATURARIA N° _____ DE 2019

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

PROYECTO DE LEY ESTATURARIA N° _____ DE 2019

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

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1. Objeto: La presente ley tiene por objeto prohibir la práctica de la maternidad subrogada con fines de lucro, y permitirla con fines altruistas sólo para parejas colombianas que presenten incapacidad biológica para concebir, garantizando la protección de los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, y la protección del que está por nacer.

Artículo 2°. Definición: Se entiende por maternidad subrogada, o comúnmente llamada también alquiler de vientres, todo acuerdo de voluntades, verbal o escrito, a título gratuito o con fines de lucro, unilateral o bilateral, a título personal o por interpuesta persona, que tenga por objeto el compromiso de gestar un bebé y entregarlo a una persona o a una pareja, cediendo la filiación derivada de la maternidad y renunciando a los derechos sobre el recién nacido.

Artículo 3. Crease el tipo penal de “Constreñimiento a la maternidad subrogada con fines de lucro”; adiciónese el artículo 188F a la ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 188F: Constreñimiento a la maternidad subrogada con fines de lucro: El que por sí o como miembro de una organización nacional o internacional, con el propósito de obtener beneficio económico promueva, induzca, financie, reclute, colabore o constriña a una mujer para alquilar su vientre mediando fines de lucro incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 4. Todo acto jurídico en el que se pacte la obligación de subrogar o alquilar el vientre con fines de lucro, se entenderá nulo de pleno derecho.

Será permitida la maternidad subrogada con fines altruistas únicamente cuando:

1. Se realice entre nacionales colombianos.
2. Se presente certificado médico en el que se demuestre incapacidad física o biológica para concebir.

3. Se realice entre sujetos que gocen de plena capacidad que conste mediante declaración extrajudicial juramentada.

Artículo 5. Las decisiones relacionadas con la gestación se tomarán de manera conjunta entre la mujer gestante y el padre y la madre solicitantes, prevaleciendo el derecho a la vida del que está por nacer.

Parágrafo: Sin perjuicio de lo anterior, en cualquiera de las decisiones que se tomen o en las cuales no se llegue a un acuerdo, primará el interés del nasciturus.

Artículo 6. El Ministerio de Salud reglamentará la práctica de la maternidad subrogada sin fines de lucro; considerando las obligaciones de la madre gestante, del padre y madre solicitantes, y con plena observancia de los parámetros establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Artículo 7. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas aquellas disposiciones que le sean contrarias.

MARIA DEL ROSARIO GUERRA

Senadora de la República
Partido Centro Democrático

SANTIAGO VALENCIA GONZALEZ

Senador de la República
Partido Centro Democrático

PROYECTO DE LEY ESTATURARIA N° _____ DE 2019

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