

Maternidad subrogada en Colombia: dignidad, solidaridad y protección constitucional

Sandra Milena Daza Coronado

PIREO UNIVERSIDAD



MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA: DIGNIDAD, SOLIDARIDAD Y PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL



PIREO EDITORIAL

1ª ed.: noviembre 2023

Título	Maternidad subrogada en Colombia: dignidad, solidaridad y protección constitucional
Autora	Sandra Milena Daza Coronado
Colección	Pireo Universidad
ISBN	978-84-125489-5-2 6

Esta obra está sujeta a una licencia Creative Commons con las siguientes características: reconocimiento de autoría, uso no comercial y sin obra derivada 4.0 Internacional



© Copyright

Edición y diseño	Pireo Editorial (València) · pireoeditorial.com · pireo@pireoeditorial.com
Ilustración de portada	DALL-E de OpenAi
Ilustración de contraportada	Alogénna (Lina Hernández Sepúlveda)

MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA: DIGNIDAD, SOLIDARIDAD Y PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

AUTORA

SANDRA MILENA DAZA CORONADO
PhD en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia

PRESENTACIÓN

Ana Isabel Marrades
PhD en Derecho Constitucional por la Universitat de València.

PRÓLOGO

Rubén Martínez Dalmau
PhD en Derecho Constitucional por la Universitat de València.

CON LA COLABORACIÓN DE:



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA



Sandra Milena Daza Coronado, Jurista en Derecho de Familia y Derecho Constitucional, es Doctora en Derecho, Magíster en Derecho Perfil Investigativo, Especialista en Derecho de Familia todos estos títulos otorgados por la Universidad Nacional de Colombia. Abogada y docente universitaria desde el año 2003 impartiendo en diferentes universidades las cátedras que componen las áreas del derecho privado y público, investigación, estudios de género e interseccionalidad, entre otras a nivel de pregrado y posgrado. Se ha desempeñado en el sector público y privado tanto como abogada litigante y funcionaria pública lo que le ha permitido conocer y crecer como profesional integral del Derecho. En sus diferentes publicaciones académicas se destacan sus principales líneas de investigación que son aplicadas en temas interdisciplinarios del derecho familiar y de los sujetos de especial protección constitucional, entre ellos la mujer, la niñez y la adultez.

Otras obras de la autora:

- » La Familia como sujeto de derechos y de protección constitucional en el derecho privado.
- » La mujer como sujeto de especial protección constitucional y la maternidad subrogada.
- » El derecho al cuidado: un estudio comparado del modelo español y europeo .
- » El concepto del patrimonio y su aplicación en España .
- » Derecho de Familia Colombiano .
- » Mujer, Familia y Sociedad, hacia un Nuevo Derecho en Colombia.
- » El deber de información al paciente, el consentimiento informado y el tratamiento ambulatorio en España.
- » El papel de la mujer un desafío constitucional.



smdazac@unal.edu.co / samidaco@gmail.com



@sandramilenadazacoronado

“

A ti mujer te digo:
El sufrimiento de ayer es la fuerza del mañana, el ayer es historia y el mañana aún es incógnito; así que el sufrimiento de hoy es la fuerza de ahora y si te das la oportunidad de sentirlo y aceptarlo te hará más fuerte, es el regalo más grande que tienes por eso se llama presente, fórjate para soportar su dolor sin quebrarte a través del poder más humano: la fe.

Sandra Milena Daza Coronado

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
---------------------------	---

PROLOGO	11
----------------------	----

RESUMEN	15
----------------------	----

INTRODUCCIÓN	17
---------------------------	----

- 1.1.- Contextualización
- 1.2.- Pregunta
- 1.3.- Fórmula sintética
- 2.- Hipótesis
 - 2.1.- Síntesis del problema
 - 2.2.- Síntesis de la solución
 - 2.3.- Marco teórico
- 3.- Metodología
 - 3.1.- Metodología para el primer capítulo
 - 3.2.- Metodología para el segundo capítulo
 - 3.3.- Metodología para el tercer capítulo
- 4.- Itinerario
 - 4.1.- Objetivo general
 - 4.2.- Objetivos específicos
 - 4.3.- Cuadro resumen

CAPÍTULO I

ESTATUS JURÍDICO DE LA MUJER EN EL DERECHO COLOMBIANO	45
--	----

Introducción

- 1.- Construcción jurídica de la igualdad de la mujer en el Siglo XIX y XX
 - 1.1.- Antecedentes generales de la subordinación femenina
 - 1.2.- La desigualdad de la mujer en el Derecho del siglo XIX
 - 1.3.- Igualdad formal de la mujer en el siglo XX
- 2.- Igualdad sustantiva de la mujer a partir de la Constitución Política de 1991
 - 2.1.- Reposicionamiento del poder judicial a favor de la mujer
 - 2.2.- Integración femenina en el mercado laboral.
 - 2.3.- Mujer cabeza de familia y participación en los órganos del poder público

- 3.- Autonomía de la mujer en decisiones sobre su propio cuerpo
 - 3.1.- Aborto y principales decisiones constitucionales paradigmáticas
 - 3.2.- Trabajo sexual
 - 3.3.- Maternidad subrogada

Conclusión

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS PARA INSTITUIR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA.133

Introducción

- 1.- La maternidad subrogada en los Estados más predominantes que la regulan
 - 1.1.- Modalidad comercial
 - 1.2.- Modalidad altruista
 - 1.3.- Modalidad prohibicionista
- 2.- Marco constitucional en el Derecho colombiano
 - 2.1.- Fundamentos del Estado Social de Derecho
 - 2.2.- Derechos fundamentales
 - 2.3.- Sujetos de especial protección constitucional
- 3.- Marco normativo desde las instituciones jurídico familiares, laborales y penales
 - 3.1.- Desde el Derecho de familia
 - 3.2.- Disposiciones Laborales en asuntos de procreación
 - 3.3.- Disposiciones Penales en asuntos familiares

Conclusión

CAPÍTULO III

PROPUESTA: CONVENCIÓN SOLIDARIA DE MATERNIDAD SUBROGADA.199

Introducción

- 1.- Convención solidaria de maternidad subrogada como acto jurídico familiar
 - 1.1.- Características generales
 - 1.2.- La convención como categoría principal
 - 1.3.- Elementos jurídicos que la estructuran
- 2.- Requisitos dirimentes para celebrar la convención de maternidad subrogada
 - 2.1.- Requisitos de fondo
 - 2.2.- Requisitos de forma
 - 2.3.- Requisitos impedientes o prohibitivos
- 3.- Ineficacia de la convención de maternidad subrogada
 - 3.1.- Ineficacia y mutabilidad
 - 3.2.- Efectos e impugnación de la paternidad y maternidad
 - 3.3.- Restablecimiento de derechos en caso de su incumplimiento

Conclusión

CONSIDERACIONES FINALES 228

- 1.- La mujer como sujeto de especial protección constitucional
- 2.- La maternidad subrogada como alternativa de procreación solidaria
- 3.- La autonomía personal de la mujer, en la elección de la maternidad subrogada

BIBLIOGRAFÍA 237

PRESENTACIÓN

Este libro de Sandra Milena Daza Coronado aborda uno de los grandes temas éticos trascendentales del siglo XXI, la gestación subrogada, gestación por sustitución o como denomina su autora la maternidad subrogada. La elección del término no es baladí, sino que implica una toma de postura honesta y coherente que en este caso se manifiesta a favor de legitimar esta práctica sobre la base de la solidaridad humana y sin fines lucrativos.

Así, la profesora Daza sitúa la elección de la maternidad subrogada como asunto principal de análisis con el fin de estudiar esta práctica reproductiva, desde una perspectiva jurídica y constitucional, y hallar la mejor regulación posible que proteja los derechos de las madres gestantes. Es, sin duda, un reto importante ya que, al igual que en otros países, en Colombia existe la maternidad subrogada sin estar realmente regulada, con los consiguientes problemas jurídicos y, sobre todo, éticos que ello supone considerando que el deseo reproductivo de unos pocos no puede prevalecer sobre la dignidad de las mujeres gestantes, a las que se somete a una renuncia de sus propios derechos y se las instrumentaliza a cambio de una contraprestación económica. La autora sostiene que su regulación es necesaria para salvaguardar los derechos de las mujeres y evitar que estas prácticas se realicen al margen del Derecho.

Este trabajo se concibió y se gestó en el marco de una estancia de la profesora en la Universitat de València entre 2017 y 2018. Durante este periodo participó en numerosos eventos académicos sobre la materia en cuestión, que contribuyeron a enriquecer sus investigaciones para la elaboración de su tesis doctoral y posteriormente para este libro que ahora se presenta.

Entre los distintos actos académicos a los que contribuyó con su experiencia destacan las jornadas y seminarios sobre el debate acerca de la gestación subrogada en España y en otros países tanto europeos como latinoamericanos y, también el I Congreso Internacional del cuidado que tuvo lugar en la Universitat de València en 2018 donde se abordaron distintos temas centrales sobre maternidad. Ello supuso la ampliación de sus conocimientos en materia de derecho de familia y su protección constitucional, con perspectiva de género e interseccional.

La trayectoria académica de la profesora Daza Coronado, con más de dos décadas de trabajo en la Universidad y en la práctica del Derecho, se ha combinado de manera simultánea con el ejercicio profesional del Derecho que ha desarrollado como abogada y, al mismo tiempo, como funcionaria pública lo que le ha permitido observar los conflictos jurídicos desde muy diversos puntos de vista.

En el caso que nos ocupa se abren grandes problemas jurídicos que se desvelan en el libro. Sirvan como ejemplo los siguientes interrogantes: si debe regularse la gestación por sustitución, cómo debería hacerse, cuáles son los sujetos afectados, si lesiona la dignidad de las mujeres gestantes la realización de esta práctica, si existe

un riesgo para el bebé objeto del contrato, si es el contrato la vía para llevar a cabo el acuerdo de gestación, a qué derechos renuncia la madre gestante, si existen derechos irrenunciables o, cómo proteger a la mujer gestante para evitar su instrumentalización. Hacia esa protección parece ir dirigido el contenido principal de estas páginas que sirven no solo a las y los expertos juristas para abordar esta complicada materia en la teoría argumentativa y en la actividad jurídica, sino también a todas aquellas personas que deseen conocer mejor el contexto de esta práctica reproductiva que lleva tiempo siendo objeto de una intensa polémica y de un profundo debate político, social, ético y jurídico.

Ana Marrades Puig

Profesora de Derecho Constitucional de la Universitat de València

Noviembre 2023

PROLOGO

El Derecho constitucional, por su carácter de determinador de los derechos, no puede comprenderse fuera del contexto histórico y del marco geográfico y cultural en el que se genera. Esa es la razón por la que, como es fácil comprobar, no es defendible un esquema estático de la videncia del constitucionalismo, y todas las formulaciones que han obedecido a la regla tradicionalista en el Derecho han acabado fracasando y siendo arrolladas por las corrientes evolucionadas del mismo. La Constitución en general, y los derechos en particular, responden a los criterios, las necesidades y las posibilidades del momento histórico en el que aparecen y se desarrollan. Los primeros derechos liberales se generaron cuando la necesidad que enfrentaban las sociedades modernas era la lucha contra el poder absoluto del rey y la reivindicación de la bandera de la libertad, el fundamento del liberalismo, como fundamento de los derechos. La democracia como cimiento de la legitimidad en los sistemas contemporáneos evolucionó a medida que se fueron ampliando los sujetos participantes e incorporando a las clases menos favorecidas y a las mujeres en su capacidad de acción colectiva. Cuando, a partir de las políticas de desigualdad de principios del Siglo XX y las experiencias autoritarias de mitad de este siglo, fue necesario repensar en nuevas formas de generación de derechos en relación con la igualdad material y la protección de la dignidad de la persona, el constitucionalismo democrático fue capaz de dar ese paso, nunca definitivo pero sí de enorme relevancia, hacia el Estado social, que ha producido el mayor nivel de bienestar nunca antes conocido en los Estados que lo han adoptado. En definitiva, el constitucionalismo democrático y, con él, los derechos, han avanzado progresivamente hacia nuevas eras, y son capaces de afrontar los problemas que aparecen en la escena humana sin eludirlos para, con ello, proponer soluciones. El constitucionalismo de los derechos que no es capaz de adaptarse de esa manera es, simplemente, un constitucionalismo anquilosado, fenecido; una sombra del constitucionalismo que debería ser.

Esa es la razón por la que libros como el que la lectora o el lector tiene en sus manos son tan importantes ante los retos actuales del Derecho: porque afrontan problemas del aquí y el ahora, y desarrollan soluciones viables en nuestro marco histórico. Soluciones, por supuesto, que no pueden dejar de ser controvertidas. Los grandes asuntos que ocupan el día a día de nuestros sistemas jurídicos están en permanente debate y son sometidos al escrutinio democrático como nunca antes lo han sido las normas jurídicas. Y ese condicionamiento es lo que determina a las democracias vivas, profundas. Por lo tanto, el problema no es que estemos de acuerdo o no con las respuestas; lo positivo es que hay respuestas, y que a través de la deliberación colectiva podremos decidir cuál nos parece más sensata, más adecuada a nuestros principios o, simplemente, más pragmática a la hora de solucionar el conflicto de derechos frente al que nos encontremos.

Uno de los conflictos que más han fustigado el anquilosamiento de los derechos, y que ha puesto en tela de juicio varias premisas que creíamos difícilmente mutables en el Derecho de las familias, es sin duda la maternidad subrogada, con sus diferentes nombres, como gestación subrogada o vientres de alquiler. Estamos ante un fenómeno sustantivo que se ha visto involucrado en las dudas y resistencias en la regulación por parte del Derecho porque, a diferencia de otros fenómenos jurídicos, como el derecho a la vida o la integridad física, no goza de una solución pacífica ni es producto de un consenso amplio. Por eso es tan importante tratarlo seriamente. Entender cómo el Derecho debe regular el hecho de que una mujer pueda, por la razón que resulte, ceder sus órganos reproductivos para engendrar un ser humano que pertenecerá a una familia diferente, nos coloca ante tesis morales problemáticas, no hay duda sobre ello. Ni siquiera dentro de los enfoques feministas, los que por otro lado más han tratado la cuestión, ha sido fácil encontrar consensos, y de hecho todavía se está lejos de ellos. Entre la prohibición explícita y la autorización laxa de la maternidad subrogada caben multitud de alternativas, incluida una muy común en los ordenamientos jurídicos: mirar hacia otro lado. Algo que el Derecho democrático, desde luego, no se debería poder permitir.

La propuesta que realiza la profesora Sandra Daza en este libro, y que desarrolla sin tapujos desde la primera página de su disertación, es la siguiente: la elección de la maternidad subrogada es una alternativa reproductiva legítima cuando cuenta con fines solidarios, y está directamente relacionada con los principios constitucionalmente establecidos, como el de dignidad humana, solidaridad, y la mujer como sujeto de especial protección constitucional. La profesora Daza pone el énfasis en el carácter solidario de la maternidad subrogada, y reivindica consecuentemente una adecuada regulación jurídica, en particular en el país que origina el estudio: Colombia. Repasemos adecuadamente la propuesta, porque -cabe insistir- no es pacífica: se defiende la legitimidad, bajo determinados supuestos, de la subrogación en la función gestante de la mujer, y se reclama que el Derecho se ocupe también de este problema, en el marco de su función histórica al que hacíamos referencia al inicio de este prólogo. ¿Creen ustedes que es una propuesta arriesgada? Desde luego, lo es. Una propuesta en la que podremos estar o no de acuerdo, pero que considero deben leer y comprender atentamente para ayudarles a tomar la posición que entiendan adecuada sobre un tema que seguirá produciendo ríos de tinta en las reflexiones axiológicas, en las legislaciones comparadas, y en la doctrina especializada.

Porque no hablamos de cualquier libro; hablamos de una tesis doctoral defendida y aprobada en una de las mejores universidades del país origen de la profesora Daza, la Universidad Nacional de Colombia. Es fruto, además, del trabajo sincero y detallista de la autora, que realizó varias estancias de investigación y accedió a la más amplia bibliografía para ultimar su propuesta y la argumentación que conlleva. Lo más importante sin duda del trabajo, incluso más que la propia propuesta -en la que podemos o no estar de acuerdo-, es el trabajo argumentativo que ha desarrollado la autora, con más de un centenar de referencias bibliográficas y normativas citadas, y

que se despliega en las más de doscientas páginas en el libro que la lectora o el lector tienen en sus manos.

En el primer capítulo del trabajo, después del apartado metodológico y más allá de las necesarias presentaciones e introducciones, se encuentra una definición global del fundamento en el que se basa el libro: la construcción de la mujer como sujeto jurídico colombiano. En Colombia, en particular durante la larga noche (más de un siglo) que confirió al sistema de derechos la Constitución conservadora de 1886, la construcción de la mujer como sujeto jurídico fue discriminadora en el mejor de los casos. La igualdad formal que se intentó construir durante las reformas constitucionales y las innovaciones legislativas en el siglo XX apenas ayudaron a paliar el problema de fondo: una estructura patriarcal del Derecho. Por ello fue tan relevante para el nuevo enfoque de la construcción jurídica de la mujer la Constitución de 1991, conseguida a través de la radicalidad democrática de la séptima papeleta y la capacidad del pueblo colombiano de reclamar un avance definitivo en su historia. Ahora bien; los asuntos relacionados con la maternidad subrogada van de la mano, desde el análisis de la autonomía de la mujer, de otras cuestiones no menos problemáticas en el Derecho, como el aborto o, más complejo si cabe, el trabajo sexual o prostitución. La profesora Daza no escapa al compromiso de entender esta relación, y la trata atendiendo a los elementos materiales de autonomía de la mujer en decisiones sobre su propio cuerpo, que dese luego no dejarán indiferente a la persona lectora, sea cual sea su posición al respecto o la ideología que prime en sus reflexiones.

El capítulo II del trabajo incorpora los elementos más relevantes en el discurso expositivo que desarrolla la autora. Establece conceptual y comparadamente cuáles son los elementos identificativos del problema, y analiza el asunto desde el marco colombiano en relación con las diferentes esferas del Derecho, en particular civil (familia), penal y laboral. El trabajo desarrollado es minucioso y atiende escrupulosamente a la exposición de la información, haciendo referencia a los aportes doctrinales más relevantes en cada caso. Las categorías constitucionales son claras y convenientemente planteadas, con el objeto de entrelazar los mimbres sobre los que se construirá el cesto argumentativo en la siguiente parte del libro.

El núcleo argumentativo del trabajo se expone en el capítulo III, en el que se entretienen las informaciones y posiciones anteriores para que aparezca con nitidez las ideas que desarrolla la autora. Es en esas páginas donde se plantean las propuestas más comprometidas: la convención solidaria de la maternidad subrogada como acto jurídico familiar, los requisitos que serían necesarios para la celebración de la maternidad subrogada, y los efectos relacionados con aquellos. La parte conclusiva está dispuesta en los tres pilares que constituyen los átomos en la propuesta de la profesora Daza: la consideración de la mujer como sujeto de especial protección constitucional, la idea de la procreación solidaria como alternativa en la maternidad subrogada, y la relación entre la maternidad subrogada y la autonomía personal de la mujer.

Estamos, en definitiva, ante un trabajo que será necesario tener en cuenta en el marco de la construcción ética respecto a uno de los grandes problemas que afronta

el futuro del Derecho en nuestros sistemas jurídicos: la maternidad subrogada. No en vano elementos clásicos y nuevos del constitucionalismo, como la vida, la igualdad, el enfoque de género, la familia y la autonomía de la persona, se conjugan en el problema tratado en el libro y que, cabe insistir, puede ser objeto de diferentes formas de análisis y distintas propuestas de solución. La profesora Daza las expone todas con claridad, las analiza, y apuesta por una de ellas, que argumenta adecuadamente como corresponde en un trabajo académico de la calidad del que aquí se publica. Corresponde a la lectora o al lector analizar la propuesta y decidir si la considera adecuada a su planteamiento del problema. Pero este, desde luego, es una tarea independiente de la que ya ha realizado, con enorme profesionalidad, la autora.

Rubén Martínez Dalmau
Catedrático de Derecho constitucional
Universitat de València

RESUMEN

Regular la maternidad subrogada en Colombia, es más que una necesidad, supone contrarrestar los riesgos y daños que trae consigo la previsible instrumentalización de la mujer en esta práctica de reproducción humana asistida; toda vez, que es ella el medio por el cual se puede llevar a feliz término el deseo de procrear de una persona con incapacidad reproductiva.

Visto de esta forma, la instrumentalización de la mujer en la maternidad subrogada es inevitable; sin embargo, reducir sus efectos negativos es posible según el régimen jurídico que la regule, determine su finalidad y justifique su uso como una alternativa de procreación solidaria.

Por tanto, el lente jurídico de este estudio, es la mujer como sujeto de especial protección constitucional en compás con los principios constitucionales de la dignidad humana y el de solidaridad; esto constituye la fundamentación teórica para proponer que la elección a la maternidad subrogada es una alternativa reproductiva con fines solidarios, a través de un acto jurídico familiar en concordancia con los derechos fundamentales que le asisten a la mujer y en reciprocidad con los de la persona que desea procrear a través de este método.

Así las cosas, la instrumentalización de la mujer tiene un lado positivo que se fundamenta en el principio constitucional de la solidaridad; y si este principio determina la finalidad que se persigue en la maternidad subrogada cuando se usa como una alternativa de procreación, se reduce por completo los efectos negativos que traen consigo la comercialización o mercantilización de esta práctica que se da en el alquiler de vientres o gestación subrogada.

Se espera con esto, potencializar los fines del modelo de Estado Social de Derecho en correspondencia con los sujetos de derecho dentro del marco de las relaciones jurídico familiares y para ello, **se plantea la legitimidad de la maternidad subrogada a través de una convección solidaria**, que refractaria al *animus lucrandi* **se establezca la filiación entre personas que no la tienen por su naturaleza**, garantizando los derechos y principios constitucionales que le asisten a la mujer, al hijo y a la persona que requiere procrear a través de esta alternativa de reproducción humana asistida.

Hablar en términos de **maternidad subrogada** es reconocer que ésta en si misma es una **calidad jurídica** emanada de un hecho jurídico que es el nacimiento y por ello es susceptible de subrogación; las calidades jurídicas se pueden subrogar como sucede en la adopción filial; mientras que la gestación es una función que cumple un órgano del cuerpo humano y por tanto no es subrogable como la respiración, visión etc.

Es de advertir, que no es del resorte de esta disertación académica el desarrollo conceptual e histórico de lo que son las técnicas de reproducción humana asistida, ni mucho menos, de la maternidad subrogada; sino, la de **fundamentar su uso dentro**

de los principios de la Constitución de 1991 y garantizar los derechos de la mujer en calidad de sujeto de especial protección que ostenta hoy día.

De conformidad con lo anterior, se postulan los siguientes términos: el de «**maternidad subrogada**» en vez de gestación subrogada o por sustitución, alquiler de vientre o arrendamiento de madre o útero; el de «**mujer**» como aquella persona que conserve su sistema reproductor femenino apto fisiológicamente para concebir, gestar y dar a luz independientemente de su género; el de «**hijo**» como aquella descendencia que se busca sin especificación alguna en cantidad, sexo y rasgos físicos; y el de «**persona**» para referirse a quien desea procrear y acude a esta técnica como único recurso posible, independientemente de su género y estado civil.

Palabras Clave: Reproducción humana, Mujer, Democracia, Familia,

INTRODUCCIÓN

En la presente disertación académica se observa a la mujer como sujeto de especial protección constitucional, y desde ese lente jurídico, se busca fundamentar el régimen jurídico por medio del cual, se deba regular la práctica de la maternidad subrogada en Colombia como ejemplo para el Mundo entero.

El punto está más allá de aclamar derechos sexuales y reproductivos que le asiste a la persona que desea procrear según lo planeado en su proyecto de vida, y es la presunta instrumentalización de la mujer cuando se acude a ella para que, a través de la práctica de la maternidad subrogada, se permita fecundar, gestar y parir el hijo que es imposible concebir por propia naturaleza o por la carente capacidad reproductiva.

Es por ello que se titula «Maternidad subrogada en Colombia: dignidad, solidaridad y protección constitucional»; toda vez que, es desde el estatus de la mujer, que se estudia la compatibilidad de esta práctica dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, cuando sea la única opción de una persona que desee procrear y no pueda lograrlo naturalmente.¹

¹ Es de aclarar, que, para esta investigación, el móvil de la maternidad subrogada se orientará bajo el principio constitucional de la solidaridad; es decir, **no se tratará de una práctica meramente altruista, sino que además debe contener elementos que estén en armonía con el reconocimiento del estatus jurídico que ostenta hoy día la mujer**, y, por ende, garanticen sus derechos. Esta finalidad, también va de acuerdo con el objeto por el cual fue creada este tipo de práctica en la ciencia médica en su uso como una alternativa reproductiva; lo que desafortunadamente se ha tergiversado con la intermediación de agencias u organismos privados que utilizan a las mujeres con fines de alquilar su vientre y las reclutan mediante un contrato de alquiler o gestación por sustitución, lo que resulta una práctica meramente comercial al ostentar el lucro y pago por un servicio. Es de recordar que, dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, se requiere de la maternidad subrogada para que una mujer supla y lleve a feliz término el procedimiento reproductivo de otra persona que desea procrear, pero que le es imposible por no tener útero o teniéndolo, no posee la capacidad reproductiva para llevar a cabo y culminar el tratamiento de fertilización, fecundación, gestación y nacimiento de un hijo. (Cárcar 2017)

Por tanto, el objetivo de esta parte introductoria, no es otro que caracterizar y definir en términos muy generales el proceso de investigación, a través de cuestionamientos básicos que determinan inicialmente el objeto de estudio, y estos son principalmente la estructura del planteamiento general entre el problema y la hipótesis; que, se desarrollarán en los capítulos siguientes y a continuación se mencionan a manera de síntesis en sus puntos más importantes.

1.- Planteamiento del Problema

El objeto de estudio de esta disertación académica², es observar la elección a la maternidad subrogada en materia de la mujer como sujeto de especial protección constitucional, en el entendido de examinar, evaluar e indagar sobre cómo se fundamenta esa práctica de reproducción humana asistida y poderla regular sin que ello conlleve a una eventual instrumentalización de la mujer.

En el caso colombiano no está regulada la maternidad subrogada, sin embargo, su práctica actual se basa en un fenómeno epistemológico conocido como el mercado de la vida o alquiler de vientres o eufemísticamente gestación subrogada o por sustitución, que consiste en suplir un deseo reproductivo a cambio de una necesidad económica o de supervivencia.

La ejecución de esa práctica irregular que se agudiza a causa de la ausencia de una normativa que la regule, es la realidad que afrontan personas que buscan, por un lado, procrear según su proyecto de vida, y por el otro, un ingreso para subsistir; implica disponer del cuerpo de una mujer que es reclutada por intermediarios para alquilar su vientre a través de un contrato de gestación por sustitución.

Esos fines económicos que se le atribuyen a este tipo de reproducción humana asistida, constituye de entrada un problema de investigación, en la medida en que es posible cuestionarse si la práctica irregular de este tipo de técnicas reproductivas, dista de los fines, principios y límites del Estado Social de Derecho, en especial, del reconocimiento de la mujer como sujeto de especial protección constitucional

1.1.- Contextualización

La Constitución Política de Colombia de 1991 enmarca un *nuevo derecho*, lo que significa que los derechos de la mujer que se han venido reconociendo fragmentariamente toman mayor fuerza, el papel protagónico de la garantía y defensa de los derechos lo desempeña la Corte Constitucional, lo que ha conllevado no solamente a la transformación y construcción jurídica de la igualdad sustancial de la mujer sino, además de considerarla como sujeto de derechos y de especial protección constitucional.³

² Este documento constituye el requisito de grado aprobado con méritos por la autora Sandra Milena Daza Coronado para optar por el título de Doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

³ La Constitución Política de Colombia de 1991 es considerada como acta de nacimiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano, lo que se entiende como característica democrática que persigue una nueva relación entre principios y reglas constitucionales con el fin de modificar los

Sin embargo uno de los escenarios que mayor debate ha generado en los últimos tiempos, es el derecho que la mujer tiene con respecto a decidir sobre su propio cuerpo, tal como el aborto, el trabajo sexual y la maternidad subrogada; los dos primeros, cuentan con un desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional que promueve el reconocimiento garantía y protección de derechos; pero en cuanto a la maternidad subrogada, tímidamente la considera como una práctica de necesaria y urgente regulación.⁴

Y aunque no existe una normatividad clara que regule la maternidad subrogada, su práctica actual se realiza con métodos atípicos bajo el llamado alquiler de vientres, toda una red fraudulenta para suplir, por un lado, una necesidad reproductiva por quienes desean procrear, y por el otro, una necesidad económica para obtener un ingreso de supervivencia por parte de quien alquila su vientre.

Pero este método atípico, ya sea que se realice por cuenta propia o por intermedio de las agencias, centros de fertilización, abogados, incluso notarios que, a pesar de su esfuerzo por representar un procedimiento legal, resulta nefasto en el momento de solucionar los conflictos que eventualmente se presenten al establecer la filiación correspondiente entre el hijo con sus padres, o el pago del alquiler. (Ulloa 2017)

Más allá de esta inseguridad jurídica generada por este tipo irregular de práctica reproductiva, lo que llama la atención es la presunta instrumentalización y condiciones socialmente de segregación y marginalidad en las que es sometida la mujer, muy a pesar de contar esta, con un estatus jurídico como lo es el de sujeto de especial protección constitucional, que fue creado y aún está vigente por la jurisprudencia del alto tribunal.⁵

Es por ello que el problema de investigación, centra su atención en el estudio de la mujer y no de los derechos sexuales y reproductivos, de ahí que el estado del arte compone la transformación jurídica de la mujer en el Derecho para luego formular más adelante una hipótesis en la que se conjuguen los dos elementos centrales de la disertación académica: la mujer como sujeto de derechos y la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida dentro de los principios de la Constitución Política de 1991.

Para llegar al centro de análisis, se debe tener en cuenta que en el caso colombiano la Corte Constitucional ha asumido con mayor verosimilitud la tarea de socialización del Derecho, entendida como una superación del formalismo positivista de la normati-

mecanismos interpretativos de la Constitución, como el recobrar el control de constitucionalidad. (Martínez y Viciano 2013)

⁴ Hasta el momento se cuenta con dos pronunciamientos del alto tribunal en los que se menciona sin un desarrollo profundo el uso de la maternidad subrogada como alternativa reproductiva, estos son: el fallo de tutela T-968 de 2009 y la sentencia unificadora SU-696 de noviembre 12 de 2015; sin embargo, aún se espera su regulación, a pesar de exhortar la Corte Constitucional al Congreso de la República, para que legisle el tema.

⁵ En un modelo de Estado Social de Derecho ha sido la Corte Constitucional el juez encargado de crear conciencia de una cultura constitucional en el campo del Derecho, en el que se juega el poder y el dominio de unos contra otros, pero que, en respuesta a los reclamos históricos logra la construcción jurídica de la igualdad de la mujer, en consonancia de la relación entre el Derecho y la sociedad actual. (Daza 2011)

vidad en aras de su adecuación dentro de un contexto muy problemático caracterizado por la exclusión y marginalización política, económica y cultural de amplios sectores poblacionales.

Esta adecuación que, por supuesto no puede desprenderse de los fines del Estado Social de Derecho prolijado por el Constituyente de 1991, no se sustenta únicamente con la imposición de nuevos cuerpos normativos, sino que requiere la intervención activa del Estado a partir de sus instancias judiciales, intervención que se adecúa a la postura teórica del nuevo Derecho.⁶

Así las cosas, la necesidad de reformular el posicionamiento jurídico frente a la mujer desde la perspectiva del nuevo Derecho permite distinguir dos dimensiones reflejadas dentro del tratamiento jurisprudencial de la Corte Constitucional y constituyen el centro del análisis del problema que se determinarán con el desarrollo del primer capítulo de este trabajo: la primera está dirigida hacia la necesidad de controvertir o eliminar del ordenamiento jurídico aquellas medidas de carácter legal que directa o indirectamente comprenden una distinción injustificada y perjudicial para la mujer; y la segunda está enfocada en la urgencia y obligación del Estado de tomar medidas reales y efectivas que, aún significando un tratamiento que privilegie a la mujer, en tal sentido desigual o diferenciador para el hombre, contrarresten la exclusión y marginación social e histórica de la mujer.⁷

Mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana se pretende evidenciar el fortalecimiento de los derechos de la mujer en el sistema constitucional y legal colombiano, lo que es parte fundamental en el desarrollo del problema jurídico, por cuanto muestra el reposicionamiento de la mujer en el papel que desempeña en la familia y en la sociedad como superación de modelos europeos que han sido avalados históricamente por la legislación colombiana.

Sin embargo, ante los escenarios en los que la mujer pueda decidir sobre su propio cuerpo, más concretamente en la maternidad subrogada, la cosa no es tan clara, lo

⁶ El nuevo Derecho se viene conociendo en Colombia como una corriente *ius* teórica que asume una línea anti formalista contemporánea para propiciar el reposicionamiento del poder judicial, el cual es llamado a actuar no como un simple operador jurídico, sino como un agente activo frente al manejo de la problemática social que no logra ser certeramente percibida desde la abstracción normativa. Así, debe entenderse con la perspectiva del nuevo Derecho que las transformaciones jurídicas y sociales no son el resultado de las modificaciones del Derecho positivo, sino que es esencial, que el poder judicial asuma una instancia de intervención social que propicie la consecución armónica de los fines del Estado de Derecho. Esta es la manera de comprender el nuevo Derecho ya que es difícil consolidar una definición absoluta del mismo. (López 2004)

⁷ El reposicionamiento jurídico de la mujer estudiado a partir del «nuevo Derecho», registra dos características del deber estatal frente a sus derechos: por un lado una obligatoria neutralidad estatal, que determina que las autoridades que ejercen el poder público se abstengan de obrar de forma parcializada o en la aplicación de preferencias de ningún tipo; por otro, se consagra un deber de protección estatal, que compele a las autoridades a la realización de acciones efectivas que contrarresten los distintos dispositivos sociales que ha generado históricamente la desigualdad entre las personas; esta última como carácter general y relevante protagonismo de la desigualdad por razones de sexo. (Lamprea 1994)

que hace necesario observar dicha práctica con respecto a los derechos de la mujer como punto de inflexión.

Lo anterior, marca la postura de esta disertación académica ante la necesidad por regular la práctica de la maternidad subrogada, que consiste en problematizar dicha situación en el marco del objeto de estudio que es la mujer como punto de inflexión en su condición de sujeto de derechos y de especial protección constitucional, con mayor referencia al uso de su cuerpo.

Este punto de equilibrio, cuestionará a quienes se benefician con esta alternativa reproductiva, para lo cual, parte de los fines del Estado Social de Derecho como primer llamado a garantizar y proteger los derechos constitucionales que le asisten a la mujer, además de prevenir su amenaza, vulneración e inobservancia, en especial, toda situación de marginalidad por el papel que desempeña en la familia y en la sociedad.

Este problema se desarrolla en el primer capítulo de este trabajo, en el que se muestra la reconstrucción del reconocimiento fragmentario de los derechos de la mujer en el sistema jurídico colombiano, parte de la dominación histórica del hombre sobre la mujer, como una característica social reforzada en términos jurídicos y antecedente de gran relevancia. Tiene como enfoque una genealogía de la diferenciación, así como colocar la significación familia dentro de nuevas visiones de carácter estatal y social, distinguiéndose a través de tres títulos que reflejan momentos o etapas en los que la mujer ha recibido un trato diferencial por parte de la sociedad y la legislación colombiana.

El primero de sus títulos presenta el paso de una etapa de marginalización o marginalidad en la que se puede vislumbrar la diferenciación de la mujer y su limitación como un sujeto bajo el dominio del hombre a partir del análisis de los órdenes normativos constitucional, civil y penal propios del siglo XIX; a una etapa de igualdad formal con la entrada del siglo XX en el que surge una intención por establecer la igualdad de la mujer frente al hombre en términos de Derecho, una construcción de la igualdad legal de géneros desarrollada básicamente a partir de la derogación normativa en atención al reconocimiento de su carácter discriminador.

Lo antes dicho comprende tres categorías, la primera, hacia una reflexión sobre el método y el traslado de normas como lectura de la condición de marginalidad de la mujer en el derecho con relación a la familia y al derecho; la segunda, una lectura de la mujer desde los sistemas constitucional, civil y penal del siglo XIX; y la tercera, la igualdad formal a partir de las principales reformas del siglo XX frente al reconocimiento de la autonomía de la mujer.

El segundo título se refiere a la igualdad sustantiva enmarcada por la Constitución de 1991, en la que se intenta subsanar la condición de marginalidad de la mujer, con la pretensión de integrar el derecho y la sociedad desde una perspectiva del nuevo Derecho, que amplíe la función judicial hacia la intervención activa y positiva de este poder estatal frente a las obligaciones protectoras del Estado, se genera un espacio de acción positiva en el cual, la jurisprudencia toma protagonismo como agente del reposicionamiento jurídico y social de la mujer.

Como principales acciones afirmativas se destacan las que componen los siguientes subtítulos: primero, las que miran el reposicionamiento del poder judicial y la teoría de la acción afirmativa a favor de la mujer que permiten una construcción jurídica de la igualdad de género como internación estatal prohibida por el nuevo Derecho; segundo, las que están entorno a la integración femenina en el mercado laboral; y tercero, las que hacen frente al apoyo de la mujer cabeza de familia y su participación en los niveles decisorios de las ramas y órganos del poder público.

Ya con el tercer y último título de este primer capítulo, se pretende mostrar la situación actual en la que se encuentra la maternidad subrogada en el contexto colombiano y la instrumentalización de la mujer que conlleva la ausencia de una regulación en la materia. Para su desarrollo se cuenta con tres subtítulos que muestran el déficit de protección de la mujer frente al derecho de decidir sobre el propio cuerpo y los que son actualmente asuntos pendientes o por cumplir en el nuevo Derecho, tales como: el aborto que es un clásico del derecho constitucional y como conflicto presumible de la confrontación de derechos entre la mujer y el *nasciturus*; la autonomía de la mujer y trabajo sexual; y el déficit de protección que constituye la maternidad subrogada en Colombia, al ser una práctica que no está regulada, ni permitida, ni prohibida.

En resumen, la reconstrucción del reconocimiento fragmentario de los derechos de la mujer en el sistema jurídico colombiano, demuestra que el problema de la elección a la maternidad subrogada, atiende como antecedente el déficit de protección y autonomía de la mujer en el Derecho colombiano; esta contextualización gira entorno a los efectos que trae consigo el reconocimiento histórico de la dominación jurídica, no sólo en la genealogía de la discriminación, sino en los progresos que plantea la igualdad, frente a la condición de la mujer dentro del vínculo que significa la familia como ámbito privado dentro de un orden legal, puesto que, la familia plantea un modelo de ordenarse y dentro de este ordenamiento la acepción jurídica hombre o varón ha sido privilegiada frente a la condición o significación femenina que pasa a un segundo lugar en términos de autoridad y autonomía.

A pesar de la derogación de leyes de carácter inequitativo durante varios siglos en el ordenamiento jurídico colombiano la discriminación no termina, pues la derogación de normas es simplemente colocar la ley en términos del derecho imparcial o por lo menos igualitario, con la posibilidad de que la mujer como sujeto no esté bajo la tutela jurídica del hombre en el contexto de la familia como institución estatal, la cual a través de dos siglos se sumerge en una actitud conservadora donde el Estado se recluye en un modelo de Estado patriarcal y autoritario.

Este modelo ha colocado la autonomía no en un sentido moderno, sino limitada o demasiado limitada y la restringe de sectores referidos como diferentes, siendo uno de esos el femenino; para este caso, la restricción de la autonomía de la mujer se despliega a partir del control del ámbito privado, esto es, en la familia como muestra del modelo de una sociedad estatal claramente cerrada, colocando a la mujer como un elemento destinado a la voluntad del hombre.

A través de la corriente *ius*-teórica denominada nuevo Derecho, se justificará la relevancia que en Colombia ha tenido a partir de la constitución de 1991, la intervención jurisprudencial hecha por la Corte Constitucional, encaminada no sólo a retirar de la normatividad colombiana aquellas estipulaciones que contenían una discriminación para la mujer, sino a sustentar acciones afirmativas dirigidas hacia la igualdad sustantiva de esta, es decir, la consecución de una igualdad no sólo legal o formal, sino además real y material, puesto que el esquema social de discriminación desarrollado históricamente y sostenido por un orden legal que lo reforzaba, no puede ser superado desde la simple modificación normativa, sino que, requiere de la participación activa de un Derecho que se integre con la dinámica de su contexto y asuma un papel protagónico dentro de la búsqueda por superar los conflictos inmersos en el.

Así las cosas, el primer capítulo esboza un análisis de los principales lineamientos normativos, jurisprudenciales y doctrinales, no con la intención de elaborar una reconstrucción exhaustiva de estos ámbitos jurídicos, sino bajo la premisa de caracterizar un tipo de orden social referido dentro de un ordenamiento legal, en atención particular al trato otorgado a la mujer y esto como antecedente de gran importancia en el déficit de protección que actualmente se presenta ante la ausencia de regulación de la maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano, circunscribiendo un problema de autonomía desde los derechos constitucionales de igualdad y libertad.

Es de aclarar que el problema no es la ausencia normativa, es que a falta de una reglamentación clara, expresa y ante una precaria fundamentación, la actual práctica de la maternidad subrogada en Colombia se ha convertido en el «mercado de la vida o vulgarmente llamada alquiler de vientres» para suplir un deseo reproductivo por una necesidad económica, lo cual a simple vista dista de los fines, principios, límites del Estado Social de Derecho y del reconocimiento de la mujer como sujeto de especial protección constitucional.

El vacío normativo ha constituido una realidad ciega, toda vez que, al no estar regulada se practica informalmente como alquiler de vientre a través de plataformas virtuales, redes sociales y al parecer como único recurso posible para satisfacer necesidades de tipo económico y reproductivo según los intereses de las personas que participan en estos medios de comunicación.⁸

⁸ Ante la falta de una regulación clara se entretienen distintos intereses que se mueven detrás de esta práctica por parte de las personas que intervienen en ella, ya sea porque unos están en búsqueda de ser padres, otros de un recurso económico y las agencias con ánimo de lucro quienes actúan como intermediarios entre ambas partes. Esto ha conllevado que a través de internet se encuentren cientos de anuncios de mujeres que ofrecen su vientre para hacer realidad el sueño de otros de ser padres, en algunos casos los costos no son revelados, pero tampoco se menciona que es gratuitamente. No hay seguridad jurídica entre las partes y su práctica depende del libre arbitrio sin asumir responsabilidad alguna, resultando un escenario de vulneración de derechos. Así que las personas que desean recurrir a la maternidad subrogada para ser padres, acuden a los países que la permitan legalmente, ya sea con fines altruistas o comerciales, como lo son algunos Estados de EEUU y California que permiten dicha práctica con fines comerciales si la madre gestante reside en dicho Estado; en cambio en Reino Unido se reconoce de forma altruista, sin más compensación económica que los gastos derivados de la gestación y el parto, además de

Ante la mora legislativa sobre técnicas de reproducción humana asistida la Corte Constitucional exhorta al Congreso de la República para regular la maternidad subrogada a fin de evitar la instrumentalización de los sujetos que son de especial protección constitucional, ya que su mal uso genera un déficit de protección tanto para la mujer como para la persona que desea procrear, además deja entre dicho derechos, obligaciones y demás responsabilidades legales y jurídicas que tienen que ver con el estado civil y los efectos de la filiación en las personas.⁹

1.2.- Pregunta

Del anterior planteamiento es oportuno formular la siguiente pregunta a título de problema de investigación:

¿En Colombia la práctica de la maternidad subrogada dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, se fundamenta en los fines del Estado Social de Derecho y reconocimiento de la mujer como sujeto de especial protección constitucional?

Esta pregunta constriñe el punto de partida, en el entendido de pretender buscar el equilibrio de la relación que existe entre la mujer como sujeto de especial protección constitucional, con respecto a la práctica de la maternidad subrogada dentro del ordenamiento jurídico colombiano; teniendo en cuenta que es el Estado el primero en ser llamado, para garantizar los derechos de la mujer.

Es por tanto la mujer el punto de inflexión en estas técnicas de reproducción humana asistida, cuando se requiere de ella para que otros puedan procrear, puesto que, si de procreación es que se trata, el hijo es el sujeto menos perjudicado al contar con un interés superior y gozar de igualdad de derechos en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé «los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes».

1.3.- Fórmula sintética

Nuevo derecho + cumplimiento del precedente constitucional = superación de déficit de protección de la mujer en la elección de la maternidad subrogada con respecto a los derechos fundamentales que le asisten.¹⁰

conseguir judicialmente una orden parental y cumplir los requisitos establecidos en el art 54 (4) b) de la *Human Fertilisation and Embryology Act* (2008), entre ellos tener vínculos con el Reino Unido. (Farnós 2010).

⁹ Hasta el momento se cuenta con dos pronunciamientos del alto tribunal en los que se menciona sin un desarrollo profundo el uso de la maternidad subrogada como alternativa reproductiva, estos son: el fallo de tutela T-968 de 2009 y la sentencia unificadora SU-696 de noviembre 12 de 2015, sin embargo, aún se espera su regulación.

¹⁰ En todo caso la fórmula recoge tanto la metodología y el método de investigación empleado, en el que sin duda, la base del análisis es la jurisprudencia constitucional, puesto que cuando se trata de sentencias, la cuestión se torna más clara, porque el fallo es la interpretación y la interpretación es el fallo, además, la sentencia tiene fuerza de ley y el Juez seguiría la ley y no la *ratio decidendi*,

2.- Hipótesis

De conformidad al problema antes expuesto, en el que se evidencia la necesidad de regular la práctica de la maternidad subrogada desde la materia de la mujer como sujeto de derechos y de especial protección constitucional, procede el siguiente planteamiento general a título de hipótesis:

La maternidad subrogada es compatible con la Constitución Política Colombiana de 1991 siempre y cuando se garantice los derechos de la mujer como sujeto de especial protección constitucional en el marco de una alternativa de procreación solidaria.

Esta hipótesis tiene tres elementos fundantes y que se desarrollaran en el segundo capítulo de esta disertación académica:

- Constitucional: el cual impone que la maternidad subrogada se practique bajo el principio constitucional de solidaridad, lo que la hace refractaria al *animus lucrandi*.
- Legal: debiéndose constituir a través de un acto jurídico familiar de característica convencional que permita crear, modificar y extinguir obligaciones de índole filial.
- Teleológico: por medio del cual, se va a determinar la filiación jurídica entre quienes no la tienen por su naturaleza, esto es, entre el hijo y la persona que lo deseó procrear, pero ya no desde el nacimiento como hecho jurídico, sino a través del acuerdo legal previo a la concepción.

Es una hipótesis sencilla que plantea la avenencia de la maternidad subrogada en Colombia con fines solidarios para garantizar los derechos de la mujer; esto colige el problema de investigación junto con una solución, que busca contrarrestar los efectos negativos implícitos en ese tipo de técnicas de reproducción humana asistida, como lo es, por ejemplo, la instrumentalización de la mujer:

2.1.- Síntesis del problema

Los derechos de la mujer se han venido reconociendo fragmentariamente, fortaleciéndose en el sistema constitucional y legal colombiano a partir de la Constitución Política de 1991, que, con mayor ahínco, supera condiciones de segregación y marginalidad reposicionando su papel en la familia y en la sociedad, es considerada como sujeto de especial protección constitucional a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Este antecedente marca la pauta para estudiar el problema social que se presenta cuando se utiliza la maternidad subrogada con fines lucrativos para satisfacer una necesidad económica por una necesidad reproductiva, esto es, que la mujer alquila su

pero el precedente no es otra cosa que una *ratio decidendi* que se convierte en norma. (Latorre 2012)

vientre, ya sea por cuenta propia o a través de intermediarios a expensas de personas que buscan procrear, sin que medie norma alguna al respecto.

Ese problema pasa a un estadio de orden jurídico, porque se presume la instrumentalización de la mujer ante esa realidad ciega, en la que se cree que es el Estado dentro de sus obligaciones constitucionales e internacionales el que tiene el primer llamado a darle solución.

Este problema jurídico finalmente desemboca en una pregunta de investigación: ¿La práctica de la maternidad subrogada en Colombia dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, se fundamenta en el modelo del Estado Social de Derecho y en el reconocimiento de la mujer como sujeto de especial protección constitucional?, en términos sencillos: ¿se fundamenta en el Estado Constitucional o no?

2.2.- Síntesis de la solución

La hipótesis que se ha planteado en este libro, es la de señalar que la maternidad subrogada en Colombia es compatible con la Constitución de 1991, siempre y cuando se garanticen y protejan los derechos de la mujer; para ello, es necesario reconocer que tan sólo en cabeza de la mujer, está la autonomía de subrogar la calidad de madre que le ha sido otorgada en virtud del hecho jurídico del nacimiento o por el parto de la persona que se procreó.

Se trata entonces de construir la fundamentación teórica de la elección a la maternidad subrogada y su eficacia en el sistema jurídico colombiano, a través de las instituciones jurídico familiares que permita, mediante una convención con fines solidarios, establecer la filiación a favor del hijo en cabeza de la persona que desea asumir la responsabilidad paterno o materno filial, admetiendo a la mujer rogada como un derecho que le asiste en otros que se derivan del mismo. La finalidad de la filiación es de garantizar a la mujer sus derechos fundamentales al ostentar la calidad de sujeto de especial protección constitucional.

Así las cosas, la propuesta pretende presentar a la maternidad subrogada a través de una convención solidaria sin el más mínimo incentivo económico o lucrativo, postulando esta técnica de reproducción humana asistida, como un acto jurídico familiar y evitar que se acuda con fines diferentes que instrumentalicen a la mujer y contraríen los principios establecidos en el Estado Social de Derecho y la Constitución Política de 1991.

2.3.- Marco teórico

La hipótesis anteriormente planteada postula la necesidad de un desarrollo paralelo y un conjunto de medidas que fundamenten la regulación de la maternidad subrogada dentro de los mecanismos facilitadores de la reproducción humana asistida, en el que se tenga en cuenta a la mujer como centro de estudio y requisito *sine qua non* en todas sus medidas, propugnada en la solidaridad y demás fines y principios constitucionales que rigen el actual Estado Social de Derecho Colombiano.

Se requiere que esa normativa se integre hacia la transformación de esos parámetros sociales que contemplan condiciones de segregación y de marginalidad los

que quizás han sido trastocados legislativamente por la lucha contra la desigualdad y exclusión histórica de la mujer pero no han sido eliminadas dentro de la complejidad de la estructura social, más aún cuando la maternidad subrogada al estar silenciada en el ordenamiento jurídico se práctica como alquiler de vientre de forma ilegal y fraudulenta.

Es por ello que el horizonte de la hipótesis contará con un marco teórico representado en el segundo capítulo, que tendrá como nivel de objetivo, definir la fundamentación teórica de la elección a la maternidad subrogada desde el estatus jurídico de la mujer como principal protagonista, el cual se compone de los siguientes temas:

- El primero es un marco general que define la maternidad subrogada en los Estados más predominantes que la regulan en tres de sus categorías: altruista, comercial y prohibida; esto permite comparar el estatus de la mujer en cada una de esas situaciones para luego confrontar con el siguiente tema el caso colombiano que no la tiene regulada.
- El segundo es un marco constitucional que permite fundamentar la maternidad subrogada en el derecho constitucional colombiano a partir de su relación con tres pilares básicos consagrados en la Constitución Política de 1991: principios del Estado Social de Derecho, derechos fundamentales, y sujetos de especial protección constitucional.
- El tercero es un marco legal a partir de los tres sistemas más relevantes que guardan una estrecha concordancia con la maternidad subrogada y permitirán su posible regulación, esto es, desde las más trascendentales relaciones jurídico familiares, laborales y penales.

Construir así, la fundamentación teórica de la elección a la maternidad subrogada por solidaridad familiar en materia de los derechos de la mujer, potencializa los fines del Estado Social de Derecho; toda vez que:

- Previene que la maternidad subrogada refractaria al *animus lucrandi*, sea utilizada de forma ilegal, fraudulenta y como alquiler de vientre o bajo el eufemismo de gestación subrogada o por sustitución.
- Es una propuesta para que el Congreso de la República se ocupe de la expedición de una ley que de manera sistemática y organizada y regule la elección a la maternidad subrogada por solidaridad familiar como alternativa de reproducción humana asistida.
- El evidente déficit de protección que afecta a la mujer reclama urgente respuesta o regulación que corresponde al legislador, pues la ausencia de toda previsión tiene el efecto indeseable de prolongar la desprotección.
- El principio democrático impone que el Congreso de la República como máximo representante de la voluntad popular tenga que actuar y legislar distintos asuntos «(...) el Congreso de la República conservará su competencia legislativa sobre la

materia, pues así lo impone la constitución pero tratándose de jueces y notarios es necesario indicar que ya no están de por medio las exigencias del principio democrático, sino el cumplimiento de funciones destinadas a hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales de los asociados, por lo cual su actuación no se ordena a título de colaboración o a la manera de una concesión graciosa, sino que puede ser exigida como cumplimiento de la Constitución misma y bajo el apremio del carácter vinculante de lo que aquí se ha dicho y de la obligatoriedad propia de una sentencia constitucional dotada de efectos erga omnes y que hace tránsito a cosa juzgada constitucional.»¹¹

- Al regularse la maternidad subrogada se desarrolla los principios constitucionales como los que reconocen la igualdad de derechos y obligaciones de los hijos procreados con ayuda o asistencia científica que conlleve a la preservación de la raza humana (art. 42 inc. 6 C.Pol), la familia como institución social básica de la sociedad (art.5 C.Pol.) y la procreación como uno de los fines del matrimonio (art.113 C.C.).

Al construir los fundamentos teóricos, estos se aplicaran como solución al problema y se desarrollarán en el capítulo tercero en el que se tiene como objetivo demostrar la hipótesis, presentando una propuesta en la que se sustentará la maternidad subrogada como alternativa reproductiva y que postulada dentro de las instituciones jurídico familiares, requiere solemnizar mediante una convención de modo solidario que constituya un acto jurídico familiar para restablecer la filiación entre personas que no la tienen por su naturaleza; toda vez que, dicha filiación en un primer momento se otorga a la mujer que dio a luz, en virtud del hecho jurídico del nacimiento y se debe delegar a la persona que deseo procrear por ese medio.

La normativa que apruebe la práctica de la maternidad subrogada en Colombia bajo la propuesta y fundamentos que aquí se desarrollan, evitaría que el actual alquiler de vientres o mercado de la vida continúe siendo un escenario de amenaza, vulneración de derechos y déficit de protección a la mujer. La maternidad subrogada que debe ser aprobada en Colombia, se propone con fines de solidaridad familiar como punto de equilibrio entre los derechos de la mujer y los de la persona que desea procrear mediante esta asistencia reproductiva, inclusive los del hijo deseado.

En últimas, la hipótesis se concentra en plasmar que la maternidad subrogada es una alternativa para procrear y que es posible regular de tal forma, que sea compatible con la Constitución Política de Colombia de 1991 y con los derechos de la mujer; para lo cual, se fundamenta y postula como un acto jurídico familiar, que con fines solidarios, no es óbice de solemnidades y del respaldo legal respectivo, para que, en un eventual incumplimiento de obligaciones y deberes, se acuda ante la autoridad competente y se proceda al restablecimiento de los derechos que puedan resultar vulnerados, amenazados o inobservados a causa de este.

¹¹ Sentencia de constitucionalidad C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

3.- Metodología

Para el desarrollo de esta investigación de característica cualitativa y que pertenece a una dogmática específica, se ha recurrido a la hermenéutica reconstructiva que consiste en la intención de mostrar el proceso anterior, pero reconstruyendo hacia el futuro. En el caso de estudio se refiere a la transformación jurídica que ha tenido la mujer como sujeto de derechos, y ese estatus, se lleva hacia el escenario de la maternidad subrogada, para proponer su regulación, teniendo en cuenta el entramado de lo que ha implicado el reconocimiento, la garantía y la protección de sus derechos. En otras palabras, reconstruir el concepto jurídico de mujer y ubicarlo de cara a la maternidad subrogada, que se práctica en el presente, para proponer hacia el futuro la forma en que se debe regular.¹²

Esa hermenéutica reconstructiva se conduce desde el primer capítulo y parte de la premisa de observar una interpretación u acción del traslado, copia u originalidad de las normas, leyes o códigos; ya que, en algunos debates que se dan en torno a la repetición de legislación, se han preguntado filósofos como Derrida, sobre esta originalidad, o siguiendo su argumentación «de formas de pensar que residen en una lengua y se trasladan a otra lengua».¹³

En el caso colombiano, ese fenómeno de traslado de normas, códigos y leyes de tipo europeo ya sea desde Francia o Alemania, como lo es el código elaborado por Andrés Bello, se acerca a lo que se ha denominado una «teoría trasladada que en esencia no es un producto de la sociedad donde se aplica», siendo ésta, la condición misma de determinar el Derecho o la historia del Derecho como una compilación de referentes externos legales que se acoplan y se insertan en prácticas cotidianas nacionales, que plantea no sólo, el problema de contextualización de la ley (legislación) con la sociedad donde se coloca, sino que, establece un problema de aplicabilidad y hasta de ordenamiento de la sociedad donde comienzan a residir estas nuevas normas prestadas o tomadas de otro contexto social y de otra realidad. (López 2004)

Pero al detenerse en esta idea, el Derecho mismo no puede escapar de la forma en que se ordena la sociedad, y se puede decir, que en esencia el Derecho de tipo francés

¹² Esta disertación académica, se encuadra según su objeto de estudio «la mujer», en una investigación de carácter cualitativo porque es eminentemente humanista, al estudiar a las personas desde un ángulo personal, que sienten y experimentan en las luchas cotidianas; además, obedece a una dogmática específica que es el derecho de familia y constitucional colombiano, (Cerdá 1992)

¹³ El debate que plantea Derrida gira en torno al concepto de originalidad y diferencia. Para Derrida, la traducción de una lengua a otra, en este caso el derecho francés o alemán, plantea una diferencia que se coloca en el hecho mismo de la traducción y finalmente en la aplicación de este tipo de derecho; este traslado o envío plantea una diseminación del significado, o una pérdida de significado, por lo cual no existe originalidad en el hecho mismo del traslado, sino, diferencia. Pero además el derecho retomado del contexto francés o alemán, hace parte de un proceso histórico que implica o ha implicado un continuo juego de transferencias significativas, transferencia de las ciencias sociales o de la filosofía, del derecho romano, del derecho germano, de procesos históricos en que se pierde toda connotación de originalidad, o ese sentido de fuente pura que se quiere encontrar en algún tipo de legislación. (Derrida 1989)

o alemán determinan cierto orden jurídico y legal de Francia y Alemania, así como algunos de sus valores sociales.

Volviendo al caso nacional con el código elaborado por Andrés Bello no sólo se asiste a la presencia de una legislación, sino a esa formación decimonónica que encabezan los letrados, sean liberales o conservadores y el poder de las élites nacionales que se desenvuelve ya sea en el ordenamiento jurídico u otro espacio del orden social, en el que demuestran su poca preocupación por formalizar un tipo de Derecho de acuerdo a la realidad nacional, o a las irregularidades nacionales.¹⁴

Ese traslado y acomodo de toda una legislación extranjera al ordenamiento jurídico colombiano, no es un simple traslado de normas, ni siquiera en sí mismo es un traslado, sino un tipo de apropiación particular en que se ha desenvuelto el derecho nacional y que desde la época de la codificación en el siglo XIX, impone una visión positivista y formalista del derecho y que ante la nueva crítica anti formalista busca romper el formalismo hegemónico en especial las del código civil que marcó la línea más antigua y donde comenzó los materiales jurídicos relevantes y primarios al ser la ley positiva como única fuente del derecho y ley verdaderamente operativa de ese siglo.

Ya para la segunda mitad del siglo XX, ese rompimiento que trajo consigo las nuevas interpretaciones y enfoques de la teoría jurídica en donde prevalece lo nuevo (lo vigente) sobre lo viejo (lo derogado), el código civil fue y todavía es el nuevo *ius commune* y comienzo histórico de una conciencia jurídica, por ello que la literatura *iusprivatista* proveniente de Francia que se consolidó en una teoría del derecho privado se hizo en un contexto y ambiente hermenéutico pobre que causaron la pérdida de grandes trozos de información relevante, y ese trasplante incompleto sufrió a su vez, de nuevos factores de transmutación sobre las dogmáticas del derecho privado, el contenido doctrinal, sus componentes más «teóricos» o «ideológicos», su significado filosófico, su identidad generacional o histórica, sus opciones de género o estilo literario y su explícita dirección sociopolítica. (López 2004)

Esta apropiación, traslado, repetición o apropiación de normas y códigos que en el siglo XIX son expuestas y aplicadas a una realidad social totalmente diversa frente a sociedades como la francesa, plantea algo más, dice más sobre el modo en que se ha desenvuelto la forma del Derecho en particular en Colombia y toda Latinoamérica, en esencia dicha apropiación de normas y valores europeos implica colonización, colonización ya no en el sentido del siglo XVI a través de la espada y la cruz, sino a través de la ley y los modos de regularse en la sociedad decimonónica. (Castro y Restrepo 2008)

¹⁴ Al respecto dice Miguel Samper: «Hemos querido, como el pueblo francés (nuestro modelo), hacer de las ideas de gobierno, no un método, sino un sistema; no una experiencia guiada por la noción de la justicia, sino una abstracción fundada únicamente en la lógica de los razonamientos. Esclavos de la lógica de la lógica y de las teorías, de una especie de mecánica social, hemos querido hacer de la República un armazón con todas sus piezas arregladas a un plan preconcebido de movimiento; sin acordarnos que el engranaje político y social las piezas no han de funcionar como se quiere, sino como se puede» (Samper 1992, 45)

Esto significa que el traslado o trasposición se puede definir como una apropiación con ciertos fines, fines que son de una élite en particular o de cierto poder criollo que se desenvuelve en el siglo XIX, frente a las demás castas, razas o sujetos diferenciados que no están dentro de los cánones o valores europeos y que esa diferencia en la ley, en la norma, o de sujeto jurídico, o de valor social, claramente plantea que la apropiación del Derecho, o el trasplante del Derecho europeo en forma de una constitución no es un simple traslado, ya que, si se pensara como un traslado, no implicaría que el Derecho en sí mismo sea una práctica de juego de roles y un modo de ordenamiento social que no excluye, sino que, cubre con la norma del otro (del blanco o del europeo) al sujeto diferenciado, manteniendo la diferencia colonial. (Cadelo 2004)

Si se piensa el Derecho como una apropiación de valores, de formas de dominio, de poderes que se instala en una realidad o que es instalado históricamente, se enfocaría hacia los efectos de esta apropiación, las implicaciones sociales y las deformaciones jurídicas que puede plantear este tipo de hecho que, en esencia, se puede denominar como un hecho social, ya que este traslado va a residir en el mismo centro de la sociedad. (Durkheim 2001).

Por ello, que la ley no puede ser un compendio de normas que cumplan un valor lógico o teleológico en el sentido medievalista donde se inserta el derecho romano, sino que debe corresponder, o en esencia corresponde, a una forma en sí mismo social, que implica a la sociedad, a los individuos, no sólo dentro de un carácter restrictivo, sino de posibilidad como sujeto, de un sujeto en sociedad. (García Jaramillo 2008).

El estar en sociedad implica la ley por lo tanto, esa condición abstracta y oscura de la legislación, de la indefinición jurídica que se muestra en el siglo XIX con el término ciudadano no plantea un simple traslado de concepciones jurídicas, sino implicaciones de efectos sobre el componente social que se tiene como la población a diferenciar o diferente, y que no llena los requisitos para poder colocarse en igualdad de derechos dentro de la concepción de ciudadano de tipo francés.¹⁵

Estos sujetos ampliamente determinados por las formas de organización social en la colonia, se verán ante el nuevo espejo que está determinado por las nuevas condiciones que plantea el derecho en una clase dirigente traslada o apropiada del contexto europeo. El indio, el negro, el mestizo y la mujer, serán sujetos sociales determinados que se enfrentan a una nueva noción que los coloca inmediatamente como diferentes; olvidar este desenvolvimiento histórico de la noción de ciudadano en el contexto colombiano, es olvidar que hasta mediados del siglo XIX existían aún esclavos y amos, es olvidar la realidad social.

¹⁵ Para su comprensión hay que tener en cuenta que: «Ciudadanos eran aquellos que congeniaban y compartían los intereses y proyectos ilustrados; de ahí que los únicos en la Nueva Granada que podían reconocerse verdaderamente como tales eran los miembros de la elite cultural, compuesta en gran medida por los criollos ilustrados. De hecho, la posibilidad de acceder a la ciudadanía, que aún no estaba sancionada jurídicamente, residía en la asimilación de los principios y formas de pensamiento ilustrados que, al ser «capital» de un pequeño grupo, debían coexistir con el arcaísmo y tradicionalismo del resto de la sociedad.» (Cadelo 2004, 39)

Colocar el Derecho o la legislación como una apropiación que afecta a la sociedad mantiene un carácter centralizador no sólo dentro del ordenamiento estatal, sino dentro de las concepciones, valores y formas de interrelacionarse en la sociedad que se habita, es fundamental para pensar la dinámica del Derecho y su aplicación en el contexto colombiano; como es el caso del traslado de la idea jurídica ciudadano, que implicó una forma más de diferenciar y de dominación en el siglo XIX que, de un modo de inclusión solidaria con los demás estratos sociales.

Además, la figura legislación claramente implica una valoración o unas valoraciones, ya sea que contengan en sí mismas actos de dominio de unos sujetos sobre otros, actos o modos de constituir leyes que se desenvuelven en su historicidad y que, para el caso colombiano como contemporáneos, no pueden pasar simplemente como letra, sino como acto en sí mismo u acción.

En este plano, plano en que se dibuja la realidad social en esta apropiación, se desenvuelve la realidad jurídica en Colombia por lo tanto, ese sentido histórico del Derecho y su aplicación muestra en esencia los efectos de este tipo de Derecho, no simplemente el modo en que se interpretó o se colocó dentro de una normatividad, sino la práctica que es el lugar del Derecho o su sentido ontológico y para ello es necesario detenerse en su Constitución.

La forma de la Constitución o del modelo que se tome como referente, en sí mismo ya dicen sobre el tipo de orden que se quiere o desea imprimir en un tipo de sociedad. La Constitución de 1886 es un excelente ejemplo de esta noción no sólo de Derecho, sino de valores europeos que se querían imprimir en la sociedad colombiana.

Con la Constitución de 1991 nace un nuevo ideal de tipo de sociedad y unos nuevos referentes del Derecho, que claramente no se pueden sostener en las viejas prácticas de diferenciación social o jerarquización, sino en una nueva diferenciación positiva rotundamente sostenida por las diferencias mismas que implica la diversidad colombiana.¹⁶

Así es que, con la Constitución de 1991 la práctica del Derecho cambia y este cambio puede plantear un desordenamiento de aquellos principios en que se había sostenido el orden social a través de dos siglos. Sí se recurre a la lectura de la norma desprendida de todo efecto social, el derecho pierde su esencia como ente ordenador de la sociedad, pero sí es al contrario, a los efectos de ese mismo Derecho, ya sean positivos o negativos, se desprende una nueva relación con el mismo Derecho, nueva relación que no podría simplemente colocarse como producto de las reformas europeas de mediados del siglo XX, sino que hacen parte de ese juego en cierto momento

¹⁶ Para ello: «La cultura constitucional de un país se manifiesta en su Constitución: será libre si la Constitución apuesta por la libertad, democrática si lo hace por la democracia, o autoritaria si establece una constitución autoritaria. Donde no existe una cultura constitucional, tampoco existirá una constitución que funcione como base y norma para el estado y la vida política; puede haber una fachada constitucional, pero detrás de ella los factores decisivos serán el programa y organización de un partido, las intervenciones familiares de un clan gobernante o las alianzas y rivalidades de una junta militar.» (Cruz 2006, 31)

oscuro de incorporación de una legislación en un conjunto social, la incorporación misma ya es un acto o una acción de un grupo o de una élite sobre los otros, los que no se parecen a los europeos ni cultivan sus mismos valores.

Hasta aquí se ha planteado conceptos tales como apropiación y efectos que reflejan la interpretación y hermenéutica que se implementa en este trabajo, las cuales son categorías centrales de la teoría del derecho que esbozan en sí mismas un juego dialéctico frente a la crítica estructuralista, posestructuralista y lo que se ha denominado postmodernidad.

La hermenéutica aquí utilizada también proyecta una posición frente al significado de interpretar, ya que la clásica mirada positivista presupone que aquello que se interpreta es en sí mismo puro y que la pérdida de significado se da en el sujeto que interpreta. Si se coloca aquello que se interpreta como una interpretación, se pierde la originalidad de la fuente como fuente del derecho; sí aquello que está para interpretar es en sí mismo interpretación, allí no existe un lugar puro y libre de toda voluntad humana, sino que allí está colocada de antemano la voluntad humana o constitutiva del acto de interpretar.

Pues bien, en esta doble apropiación filosófica e histórica, se desenvuelve no sólo el modo en que se ha apropiado el Derecho en Colombia, sino además los efectos que ha producido este tipo de Derecho.

Esta metafísica que está en el centro de lo que se denomina Derecho, metafísica que presupone un lugar puro que no ha sido mancillado por alguna conducta humana, sino que esa letra o esa palabra ha sido recogida en algún momento de la voz de alguna divinidad, conduce permanentemente a una teleología del Derecho.

La hermenéutica se ciñe enteramente a premisas metafísicas, en las que Heidegger presupone que en algunas determinaciones filosóficas a través de la historia han ocultado su verdadera significación, por lo tanto, el problema hermenéutico es retraer esa significación perdida. Pero este presupuesto de Heidegger subyace en creer que existe algo o una palabra original que se puede retraer y que contiene el verdadero significado que, ligado con el *dasein*, contempla el pensamiento sistémico y la concepción de la condición humana en situaciones en la que el individuo consciente de la realidad acata procesos de sujeción. (Heidegger 2000)

Sí esa idea del ser que va construyendo y borrando significaciones que crea continuamente otros modos de significar y de ver el mundo se coloca en el estructuralismo o el postestructuralismo, difícilmente la tesis de Heidegger y de la hermenéutica se sostienen, ya que, la hermenéutica es una antítesis de ese proceso creativo del hombre moderno, es una anti-dialéctica.

Una forma en sí mismo conservadora de la palabra escrita y de pensar el mundo, ya no como realidad, sino como escrito o texto en la relatividad misma de la significación, es lo que se puede denominar formas de mundos o modos de ver y de significar que

ha sido el problema filosófico del siglo XX; esta idea es la fundamental para pensar una nueva connotación del Derecho, y más para pensar el Derecho como un producto de una acción social y no producto de la letra o de la simple teoría. (Derrida 1989).

Por tanto el objetivo general de esta metodología es reconstruir el proceso que ha tenido la mujer como uno de esos sujetos diferenciados dentro del Derecho para que por medio de esa óptica jurídica se proponga la forma de regular la maternidad subrogada en Colombia, estructurando así esta disertación cualitativa en tres capítulos, cada uno con tres títulos y estos a su vez con tres subtítulos; los cuales desarrollan el problema y la hipótesis inicialmente planteados y que a continuación se determinan:

3.1.- Metodología para el primer capítulo

De la hermenéutica reconstructivista explicada anteriormente, se determina para el primer capítulo un método lógico histórico que establece a través de los derechos de la mujer y de su reposicionamiento en el Derecho colombiano, el centro de atención para estudiar el déficit de protección y de su autonomía como base del problema de investigación.

Por tanto, es necesario que en el primero de sus títulos se desarrolle a través de esa hermenéutica, el proceso de traslado de normas con respecto al sujeto mujer y su papel en la familia, para mostrar la marginalización que se caracterizó en el siglo XIX y la construcción jurídica de la igualdad que implicó las reformas del Siglo XX.

Luego de concientizar ese estado de marginalidad, con el segundo título se puede reconstruir el reposicionamiento de la mujer en el Derecho a partir del nuevo Derecho que trajo consigo la Constitución de 1991 y su alcance en los principales contextos que implica los retos de su papel en la sociedad del siglo XXI.

Sin embargo, ese esfuerzo histórico por la construcción jurídica de la igualdad y autonomía de la mujer, no ha sido suficiente para superar aún los desafíos que trae consigo las decisiones que ella debe tomar sobre su propio cuerpo y ese es el punto que se logra determinar con el tercer título, en el que se establece el problema de investigación delimitándose en la práctica de la maternidad subrogada.

3.2.- Metodología para el segundo capítulo

El horizonte de la hipótesis se representa con un marco teórico que se desarrolla en el segundo capítulo y su nivel de objetivo es definir la fundamentación teórica de la elección a la maternidad subrogada desde la mujer como principal titular, esto se hace bajo un método lógico deductivo que toma elementos jurídicos y legales existentes en el Derecho extranjero para confrontarlo con el Derecho nacional permitiendo crear dicho marco teórico de la siguiente manera:

En el primer tema se toma como referencia los Estados más predominantes que regulan la práctica de la maternidad subrogada y se organiza su contenido en tres subtemas, que son las mismas modalidades en las que se ejerce esa práctica, esto es,

desde los Estados que la comercializan, desde los Estados que la promueven de forma altruista y desde los Estados que la prohíben.

Desde esa perspectiva que permite conocer su conformación, es necesario evaluar su fundamentación en el sistema jurídico y legal colombiano que protege y garantiza los derechos de la mujer y para esto es el segundo tema de este capítulo que cuenta con un marco constitucional en tres subtemas a saber: desde los fundamentos del Estado Social de Derecho como son, la solidaridad, la dignidad y el trabajo; desde el estudio de los derechos fundamentales; y desde los sujetos de especial protección constitucional.

Ya para finalizar con este capítulo se postula como tercer tema un marco jurídico dentro de las distintas instituciones jurídico familiares, penales y laborales, por cuanto aquellas contienen gran conexidad que permiten ser el respaldo legal que soportaría la compatibilidad de la práctica de la maternidad subrogada dentro del ordenamiento jurídico y no por fuera de este.

3.3.- Metodología para el tercer capítulo

Al construir los fundamentos teóricos, estos se aplicarán como solución al problema y se sustentará en el capítulo tercero, en el que se tiene como objetivo demostrar la hipótesis postulando a la maternidad subrogada como una institución jurídico familiar que se requiere solemnizar mediante una convención de modo solidario para restablecer la filiación entre personas que no la tienen por su naturaleza y delegarla a la persona que eligió procrear por ese medio.

La aplicación de dicho marco teórico demostrará que la maternidad subrogada por solidaridad familiar requiere de un régimen personal y patrimonial a través de una convención de característica solidaria y con la finalidad de subrogar en cabeza de la persona que eligió procrear a través de esa técnica de reproducción humana asistida, la filiación o la condición jurídica de madre que se originó por el hecho jurídico del nacimiento.

Por tanto, el nivel de objetivo es sustentar que la elección de la maternidad subrogada como alternativa reproductiva es un derecho que tiene por titular principal a la mujer como sujeto de especial protección constitucional y requiere de una regulación que constituya una convención solemne y revisita de ciertas características que brinden seguridad jurídica en cumplimiento de los preceptos constitucionales.

Para ello, se propone presentar el régimen jurídico de orden personal y patrimonial que regule la maternidad subrogada por solidaridad familiar, utilizando el método lógico analógico a partir de las principales normas del Derecho de familia colombiano en conexidad con la fundamentación teórica expuesta en el anterior capítulo, para postular esta elección de alternativa reproductiva como una institución jurídico familiar, refractaria al *animus lucrandi*, sostenible en los derechos fundamentales que le asisten principalmente a la mujer y las personas que intervienen en el acto.

Se espera con esta propuesta se contrarresten los efectos negativos y se garanticen los derechos y principios constitucionales del Estado Social del Derecho a favor de la mujer como sujeto de especial protección constitucional; la cual se compone de un

primer tema que construye la maternidad subrogada como institución jurídico familiar, determinando su noción y elementos para su constitución de conformidad con los hechos y actos jurídicos determinantes de la filiación; un segundo tema, estructura los requisitos dirimentes para la eficacia de la convención de la maternidad subrogada por solidaridad familiar; como tercer y último tema, la ineficacia del acto jurídico solidario de la maternidad subrogada estudiada desde la inexistencia y nulidad; además, sus efectos como lo es la impugnación y que sea inoponible frente a terceros; y finalmente el restablecimiento de derechos en caso de su vulneración.

Así las cosas, este documento construye la fundamentación teórica de la elección a la maternidad subrogada y constituye un aporte pertinente que fundamenta los elementos para reglamentar la práctica de la maternidad subrogada en Colombia; en otras palabras, su finalidad es una propuesta de *lege ferenda* cuyo objetivo general es construir la fundamentación teórica de la legitimidad de la maternidad subrogada como fuente de la filiación; puesto que, aunque sea con fines solidarios, no es óbice de ser solemne para la garantía de derechos y cumplimiento de obligaciones por parte de los sujetos que intervienen.

Como ya se mencionó anteriormente, su estudio parte del reposicionamiento que ha tenido la mujer en el Derecho colombiano, lo que construye la fundamentación teórica de la elección a la maternidad subrogada con fines de solidaridad y desde el Derecho de familia se distinguen elementos para su eficacia.

La apuesta es ver en la solidaridad, el punto de equilibrio y el límite de derechos, tanto los de la autonomía de la mujer, como los de la persona que desea procrear; y justificar en la solemnidad, la garantía de esos derechos, puesto que, al ser la mujer sujeto de especial protección constitucional, crea la necesidad de potencializar los fines del modelo del Estado Social de Derecho.

Es decir, que se contempla a la maternidad subrogada como una alternativa en la reproducción humana asistida, que requiere de unos formalismos para que se garanticen los derechos fundamentales que le asisten a las personas que intervienen y mediante el principio constitucional de «solidaridad familiar» se constituye la causa teleológica por medio de la cual se convierte en un acto jurídico familiar y refractario al *animus lucrandi*.

Se espera con ello, que el Congreso de la República de Colombia legisle prontamente la práctica de la maternidad subrogada como una alternativa reproductiva y con fines solidarios, para evitar la vulneración y amenaza de derechos, los efectos negativos y la explotación a la mujer que eventualmente se genere, a causa del mal uso que se haga de esta práctica, como cuando se ejerce con ánimo de lucro e intereses totalmente opuestos a los principios, valores y derechos fundamentales que se enmarcan en el Estado Social de Derecho.

En resumidas cuentas:

¿Cuál es el objeto de estudio de esta propuesta científica? El objeto de estudio es fundamentar a través de la mujer como sujeto de especial protección constitucional, la práctica de la maternidad subrogada para proponer el régimen que la regularía en Colombia, bajo los siguientes tres pilares fundamentales que constituyen a su vez los capítulos del trabajo:

- el primero tiene como base el reconocimiento de los derechos y reconstrucción jurídica de la igualdad y autonomía de la mujer en el Derecho;
- el segundo imprime fundamentos normativos consagrados en la Constitución Política de 1991 y la legislación civil, penal y laboral, para soportar la relación entre la maternidad subrogada y la mujer como sujeto de derechos;
- el tercero conjuga los dos puntos anteriores, para proponer el régimen jurídico que regularía la maternidad subrogada en Colombia.

¿De dónde o de qué parte del Derecho se aborda la disertación académica? Se abordará desde el Derecho constitucional y de familia colombiano, en relación con la mujer como sujeto de especial protección constitucional.

Para esto, inicialmente se toma el problema social que se presenta cuando las mujeres alquilan su vientre a expensas de personas que buscan procrear, sin que medie regulación alguna al respecto, ni tampoco para determinar la filiación o solucionar los conflictos que eventualmente se presenten entre las partes.

Ese problema pasa a un estadio de orden jurídico, porque ante esa realidad ciega, se cree que es el Estado dentro de sus obligaciones constitucionales e internacionales, el que tiene el primer llamado a darle solución a este problema jurídico, toda vez que, se presume la instrumentalización de la mujer y lo que finalmente desemboca en un problema de investigación.

¿Qué se estudia? La mujer como sujeto de especial protección constitucional, es el objeto concreto de estudio, en el entendido de examinar, evaluar e indagar sobre cómo fundamentar la práctica de la maternidad subrogada dentro de las alternativas reproductivas y contrarrestar los efectos negativos que eventualmente pudiese traer consigo, como lo es, por ejemplo, la instrumentalización de la mujer.

Frente a este objeto concreto de estudio, se cuestiona ahora:

¿Por qué se estudia? Por tres aspectos generales: primero, se necesita saber de ese objeto de estudio, cómo es su conformación; segundo, una vez establecido, se necesita evaluar su funcionamiento (¿funciona bien? ¿funciona mal? ¿se ajusta plenamente? ¿se desajusta? ¿hay tensiones al interior del mismo?); y tercero, para que finalmente y una vez evaluado el objeto de investigación, corregir las deficiencias desde un aspecto teórico.

Inicialmente se hace una disertación teórica, para poner un estudio posterior y abordar un aspecto diferenciador teórico. Así las cosas, hay que problematizar el asunto y se plantea la siguiente pregunta de investigación a título de problema: ¿La práctica de la maternidad subrogada en Colombia dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, se fundamenta en el modelo del Estado Social de Derecho y en el reconoci-

miento de la mujer como sujeto de especial protección constitucional, debiéndose dar una compensación económica por ello? En términos sencillos: ¿se fundamenta en el Estado Constitucional o no?

Entonces surge el siguiente planteamiento: La fundamentación actual de la práctica de la maternidad subrogada en Colombia se basa en un fenómeno epistemológico conocido como el «mercado de la vida – alquiler de vientres – gestación subrogada o por sustitución» para suplir un deseo reproductivo de procreación humana por una necesidad económica o de supervivencia, lo que «se distancia de los fines, principios, límites del Estado Social de Derecho y del reconocimiento de la mujer como sujeto de especial protección constitucional».

Es un problema sencillo: hay una distancia, una tensión entre la práctica de esa maternidad subrogada y el modelo constitucional de Estado Social de Derecho en Colombia.

Esto se soluciona con la hipótesis, la cual plantea que: la maternidad subrogada en Colombia es compatible con la Constitución Política de 1991, siempre y cuando se garanticen los derechos de la mujer y se regule en el marco de los fines del Estado Social de Derecho; lo que se persigue con el objetivo.

El objetivo: Es lo más importante y principal ya que es lo que se va a construir y lo que se utilizó para la disertación, una fundamentación teórica, que a título de objetivo general se trata de: Fundamentar teóricamente la elección de la maternidad subrogada, desde los derechos de la mujer como sujeto de especial protección constitucional, del modelo del Estado Social de Derecho y su eficacia en el sistema jurídico colombiano para proponer el régimen que la regularía.

¿Qué se va a fundamentar con esta base teórica? La elección a la maternidad subrogada en Colombia con fines solidarios desde el consentimiento libre y voluntario de la mujer, esto es, que refractario al *animus lucrandi* y no estará constreñido ni coaccionado por la supervivencia, lo que sirve para contrarrestar los efectos negativos que trae consigo la práctica del alquiler de vientres. Esto se llega a concretar con,

La metodología. Está basada bajo un método documental donde principalmente los documentos fueron la base de recolección de información y posteriormente se utiliza un enfoque reestructurista en el sentido de que no se va a construir conocimiento, sino que se va a reconstruir, que tomada desde la pedagogía se valida en el ejercicio del derecho desde un método deductivo inductivo.

¿Qué se espera? A priori, primero caracterizar y saber cómo funciona la elección a la maternidad subrogada desde el objeto de estudio, esto es la mujer. Segundo, cruzar en una misma línea, una fundamentación teórica titulada maternidad subrogada por solidaridad familiar, que es un término que no tiene incluso un desarrollo concreto por parte de algún autor frente al concepto como tal y frente a la idea que reúne. Finalmente se aspira con este ejercicio consolidar el modelo de Estado potencializado en el caso concreto.

De lo anterior, se conjuga al final mediante el objetivo general, la construcción de tres capítulos, cada uno con tres temas y estos a su vez con tres subtemas. En el primero de ellos se estudia la evolución de la mujer como sujeto de derechos, en el segundo la fundamentación teórica de la maternidad subrogada y en el último una propuesta de regulación en el sistema jurídico colombiano un ejemplo para el mundo entero.

4.- Itinerario

En este orden de ideas y bajo la pauta marcada por la metodología antes indicada, se proponen los objetivos específicos mediante los cuales se construyen los capítulos de esta disertación académica y los que a continuación se señalan.

4.1.- Objetivo general

Se plantea como objetivo general el siguiente:

Fundamentar teóricamente la elección de la maternidad subrogada, desde los derechos de la mujer como sujeto de especial protección constitucional, del modelo del Estado Social de Derecho y del sistema jurídico colombiano, para proponer el régimen que la regularía.

El objetivo general de este trabajo de investigación proyecta desde su hipótesis la finalidad de construir la fundamentación teórica de la elección de la maternidad subrogada como propuesta de *lege ferenda* en el sistema jurídico colombiano.

El texto propone y defiende consolidar máxime la maternidad subrogada sobre la mujer que subroga su maternidad como sujeto de especial protección constitucional y subsidiariamente en los derechos sexuales y reproductivos que otros demandan.

Persiguiendo así la reconstrucción teórica de los derechos de la mujer como punto de inflexión en el debate jurídico de la elección a la maternidad subrogada, hacia una propuesta que la regule en el marco del Derecho constitucional y de familia colombiano.

4.2.- Objetivos específicos

Lo anterior se desarrolla mediante tres objetivos específicos a través de los cuales se plantean los capítulos que forman el cuerpo del presente trabajo investigativo. Se busca con ello demostrar la necesidad de regular la elección a la maternidad subrogada a favor de la mujer mediante el reconocimiento, garantía, protección y restablecimiento de sus derechos. Para lo cual se ha establecido los siguientes:

1. Reconstruir el reconocimiento fragmentario de los derechos de la mujer y el déficit de protección de la misma frente a la maternidad subrogada.

El nivel de este primer objetivo es «determinar» el problema a través del estado del arte que pretende reconstruir el reconocimiento fragmentario de los derechos de la mujer en el Derecho colombiano y se desarrollará a través del capítulo primero, mediante el método lógico histórico.

2. Revisar los fundamentos teóricos del derecho a la elección de la maternidad subrogada frente al sistema jurídico colombiano.

El segundo objetivo tiene como nivel «definir» el marco teórico como el horizonte de la hipótesis para revisar los fundamentos teóricos de la maternidad subrogada contenidos en el segundo capítulo y con el método lógico deductivo.

3. Demostrar que la elección a la maternidad subrogada mediante una convención solidaria es una facultad de la mujer respaldada desde el Derecho de familia colombiano.

El tercer objetivo tiene como nivel «sustentar» el régimen que regularía la maternidad subrogada y se lleve la aplicación del marco teórico al problema. Con ello se consigue la demostración teórica de la hipótesis en el tercer capítulo bajo el método lógico analógico que servirá de validación en la aplicación y demostración de la solución adecuada para resolver el problema.

Se espera con esto mostrar, además de la necesidad de relacionar analíticamente la legislación con su sociedad, un desarrollo jurídico-social que, potenciado por la premisas del nuevo Derecho, fundamente la urgencia de continuar el accionar, no sólo del poder judicial, sino del Estado en general, para poder derrotar los esquemas de discriminación hacia la mujer, como una necesidad justificada por el pasado, bien encaminada en el presente pero aún no consolidada frente a un futuro, en el que prime la libertad, la igualdad social y no sólo legal.

4.3.- Cuadro resumen

Este cuadro muestra en síntesis el itinerario y a su vez, la estructura general de la investigación.

LA MUJER COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA ELECCIÓN A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA	
¿Qué se estudia?	
El objeto de estudio es la elección a la maternidad subrogada en Colombia desde la mujer reconocida como sujeto de especial protección constitucional, en relación con los fines del Estado Social de Derecho y su alcance en el derecho de familia colombiano.	
HIPÓTESIS	
La maternidad subrogada en Colombia es compatible con la Constitución Política de 1991 siempre y cuando garantice los derechos de la mujer.	
¿Cuál es el problema? Pregunta de Investigación	¿Cuál es la hipótesis? Planteamiento general
¿La maternidad subrogada en Colombia como práctica de reproducción humana asistida, es compatible o no con la Constitución Política de 1991 y la autonomía de la mujer?	«La maternidad subrogada es compatible con la Constitución Política Colombiana de 1991 siempre y cuando garantice los derechos de la mujer, que bajo el principio constitucional de solidaridad se hace refractaria al animus lucrandi y constituye una institución jurídico familiar por medio del cual se determina la filiación jurídica entre quienes no la tienen por su naturaleza.»
¿Por qué se estudia? Necesidades	
1. Conocer su conformación 2. Evaluar su fundamentación 3. Corregir sus deficiencias	
OBJETIVO ¿Para qué? General (<i>hipótesis</i>)	METODOLOGÍA ¿Cómo se estudia? Objetivo General
Fundamentar teóricamente la elección de la maternidad subrogada, desde los derechos de la mujer como sujeto de especial protección constitucional, el modelo del Estado Social de Derecho y del sistema jurídico colombiano para proponer el régimen que la regularía.	Se plantea que a través de una hermenéutica reconstructiva (se trata de mostrar el proceso anterior, pero reconstruir hacia el futuro) establecer una metodología cualitativa con un Método: 1. Lógico histórico para el Capítulo I. 2. Lógico deductivo para el Capítulo II. 3. Lógico analógico para el Capítulo III.

Objetivos Específicos	Nivel de objetivos	Etapas-Método	Capítulos
1. Reconstruir el reconocimiento fragmentario de los derechos de la mujer en el Derecho colombiano. (Nivel de objetivo: determinar).	Determinar por el reconocimiento fragmentario de los derechos de la mujer, su papel en la familia y reposicionamiento en el Derecho; que ella constituye la parte más débil en la práctica de la maternidad subrogada.	<i>Etapas 1:</i> <i>Reconstrucción de información E.A</i> <i>(método lógico histórico)</i> <i>Línea de tiempo.</i>	Capítulo I: (E.A.- Problema) Construcción jurídica de la igualdad de la mujer en el derecho colombiano.
2. Revisar los fundamentos teóricos del derecho a la elección a la maternidad subrogada y la mujer como sujeto de especial protección constitucional (Nivel de objetivo: definir).	Definir la maternidad subrogada y su radio de acción dentro del sistema jurídico colombiano mediante un marco constitucional, conceptual y jurídico. Se propone con fines de solidaridad y refractaria al <i>animus lucrandi</i> .	<i>Etapas 2:</i> <i>Sistematización del M.T</i> <i>(método lógico deductivo-inductivo).</i>	Capítulo II: (MT) Fundamentos Constitucionales, Conceptuales y Jurídicos del derecho a la maternidad subrogada en el derecho colombiano.
3. Demostrar el alcance de la elección a la maternidad subrogada y su regulación dentro del derecho de familia colombiano (Nivel de objetivo: sustentar).	Sustentar mediante un régimen jurídico personal, que la maternidad subrogada con fines solidarios es una institución jurídica familiar que permite establecer previsiones específicas par garantizar los derechos fundamentales de quienes intervienen en ella.	<i>Etapas 3:</i> Demostración hipótesis <i>(método lógico analógico)</i> Conclusiones.	Capítulo III: (Aplicación del MT al problema) La maternidad subrogada por solidaridad familiar en el derecho de familia colombiano.

¿Qué resultados se esperan?

Construir la fundamentación teórica de la elección a la maternidad subrogada por solidaridad familiar dentro del marco del sujeto de especial protección constitucional que se le otorga a la mujer en el Estado Social de Derecho Colombiano:

1. Caracterizar la práctica de la maternidad subrogada en Colombia dentro de las relaciones jurídico familiares.
2. Fundamentación teórica de la maternidad subrogada con fines solidarios y un acto solemne a través de una convención.
3. Consolidar desde el modelo del Estado Social de Derecho Colombiano las bases de una propuesta de regulación para la práctica de la maternidad subrogada por solidaridad familiar.

ESTRUCTURA GENERAL DE LA TESIS



EL ESTATUTO JURÍDICO



Imagen creada con DALL-E de OpenAi: mujer, maternidad, subrogada, Colombia, protección legal, diversidad de género.

CAPÍTULO I

ESTATUS JURÍDICO DE LA MUJER EN EL DERECHO COLOMBIANO

«Los individuos no son los que producen el derecho como artefacto cultural, sino que, muy al contrario, es el derecho como proceso comunicativo el que produce, mediante sus operaciones jurídicas, los actores humanos como artefactos semánticos.»

(Bourdieu y Teubner 2000)

Introducción

En la introducción general de este trabajo de investigación, se plantea que el problema jurídico de la elección de la maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano, tiene como antecedente el proceso de transformación que ha tenido el reconocimiento de la autonomía de la mujer en el Derecho; una autonomía que aunque limitada, la reposiciona como sujeto de especial protección constitucional, y por tanto, se presume que esa práctica dentro de las técnicas de reproducción humana asistida dista de los principios y fines del Estado Social de Derecho cuando se ejerce con fines lucrativos.

Es por ello que el objetivo de este primer capítulo es determinar el planteamiento de dicho problema que pretende reconstruir la fundamentación teórica de los derechos de la mujer fortalecidos fragmentariamente en Colombia, partiendo de una lectura abstracta que evidencie que el Derecho ha tenido una dinámica particular; en la medida que el mismo, se ha configurado como fundamento en la construcción del Estado nacional independiente, y al mismo tiempo, como garante de instancias de jerarquización y diferenciación propias del régimen colonial, configurando de ese modo un modelo legislativo relacionado con prácticas de dominación y desarrollos demos-liberales.

Esta dinámica desarrolla la metodología del trabajo, para lo cual no será percibida solamente desde una concepción purista del Derecho, sino que será examinada a partir de los esfuerzos y dominios que plantea la particularidad de la contextualización social del Derecho en la sociedad colombiana, concretándose en tres temas que compone la estructura del presente capítulo, así:

El primer tema tiene dos puntos básicos que desarrollan esa hermenéutica reconstructiva que se viene planteando desde la introducción general de este trabajo; el primero de ellos, toma como punto de partida el reconocer que la apropiación y la práctica del Derecho en la realidad colombiana, ha consolidado ciertos sujetos dominados bajo categorías diferenciales, mostrando a la mujer como parte de esta construcción diferencial la que históricamente se ha validado a través de la legislación; para ello, el concepto jurídico de mujer plantea un vínculo inmediato con el concepto de familia, de tal forma que, la condición diferencial de la mujer frente al hombre se profundiza con la significación jurídica de familia y tanto derechos como obligaciones, que el hombre ha configurado para salvaguardar y reforzar su posición social dominante, circunscribe a la mujer al cerrado mundo familiar y al mismo tiempo instaurándose como la cabeza de dicha instancia.

Como segunda medida, se postula la existencia de un dominio histórico en términos sociales, pero que ha sido avalado por la legislación colombiana a través de los siglos XIX y XX, visible dentro de las instancias constitucional, civil y penal, entre otras, como una simple muestra de un ejercicio complejo de marginación y exclusión social que, como se dijo, parte y se sostiene en gran medida en la concepción jurídica de la familia y en sus fundamentos culturales.

En este sentido, se entiende que el Derecho no es una forma abstracta o separada de la sociedad, sino que es una forma concreta y que de allí se definen sujetos jurídicos y se refuerzan prácticas sociales; en otras palabras, una reconstrucción del positivismo. (Hart 1995).

En el segundo temario, se plantea la construcción jurídica de la igualdad de la mujer como disciplina pluridimensional o dogmática jurídica desde los movimientos y nuevas corrientes *ius* teóricas que permiten hacer una lectura de la mujer en la que se intenta subsanar la condición de marginalidad auspiciada por la legislación, pero ya no arraigada en el Derecho, sino en la sociedad y que se proyecta como igualdad sustantiva dentro del marco de la Constitución de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.¹⁷

Para el tercer tema, se descende desde la construcción jurídica de la igualdad de la mujer, que es el objeto de estudio que se viene analizando, a la cuestión en concreto que trata de los asuntos que aún quedan por resolver con respecto a su autonomía en las decisiones que tienen que ver con su propio cuerpo; pero que, en aras de delimitar

¹⁷ Desde la teoría del discurso racional como fundamentación jurídica, se proyecta la argumentación del concepto jurídico de mujer. (Alexy 2007)

la investigación, se centrará en el déficit de protección que genera la ausencia de una normativa que regule la práctica de la maternidad subrogada.

Todo esto conlleva posteriormente a la construcción de un segundo capítulo en el que se fundamenta constitucional y legalmente la práctica de la maternidad subrogada para que con un tercer capítulo se proponga la forma en que deba regularse y no dependa del libre arbitrio de las personas que acuden a este tipo de reproducción humana asistida sin respaldo ni seguridad jurídica alguna, evitando que se constituya un escenario de vulneración y amenaza de derechos fundamentales tanto para la mujer como para quienes intervienen en ella.

1.- Construcción jurídica de la igualdad de la mujer en el Siglo XIX y XX

Este primer tema tiene por objeto mostrar mediante un enfoque genealógico, la condición diferencial de la mujer frente al hombre, la que se profundiza con la significación jurídica de «familia», centrado en un juego de dominio histórico y avalado por la legislación colombiana a través de una condición de marginalidad propia del siglo XIX, hacia lo que implicó la igualdad formal que trajo consigo las reformas legales enmarcadas en el siglo XX.

Para reconocer la dominación historia del hombre sobre la mujer, como una etapa de marginalidad, se vislumbrará en tres aspectos: el primero de ellos es una reflexión sobre el traslado de normas en nuestro contexto y los efectos que conlleva dicha apropiación de normas en la relación jurídica de la mujer en la familia y el Derecho. El segundo, desde el sistema constitucional, civil y penal propios del siglo XIX como blindaje del aspecto anterior. Y, por último, un contexto sobre la marginalidad de la mujer en el Derecho y su intento de reconocerle una igualdad formal comprendida desde las principales reformas constitucionales, civiles y penales del siglo XX. De esta forma, se conectará con el siguiente y segundo tema que describe ya una igualdad sustantiva o el cambio que se vivió con la aún vigente Constitución de 1991.

Se advierte que la intensión de plantear la posibilidad de una autonomía de la mujer frente a la condición del hombre, proyecta de entrada una dificultad histórica y a la vez una imposibilidad jurídica, ya que el Derecho, el Estado y la sociedad, encierran en sus márgenes la posibilidad misma de autonomía de la mujer o del hombre, quienes, en su condición dentro de una sociedad, son partícipes de estar dentro de relaciones de Derecho y deber. (MacKinnon 1995)¹⁸

Aunque no se trata de una autonomía de la mujer como una autonomía sin límites o por fuera de la sociedad y la estatalidad, sino desde la estatalidad, desde el Derecho y desde la relación de la mujer con otros sujetos sociales, por lo que, se presupone la autonomía dentro de un claro panorama de derecho y de deber, autonomía que históricamente en el caso colombiano ha sido bastante restringida por el mismo Derecho.

¹⁸ Anteponiendo este último fin de una autonomía sin márgenes y sin reglas a los cuales algunos discursos feministas se adhieren y se reflejan en el transcurso del trabajo.

Ahora bien, legislar dentro de esa visión de sociedad, o retomar legislación de otros ámbitos sociales, hace parte de esta dialéctica de la marginalización, de la diferenciación, de la inequidad, porque simplemente derogar una ley, como se mostrará a continuación, no soluciona lo que la ley ha ayudado a construir socialmente.

Además, de igualar valor esencial en el Derecho moderno, está la pretensión de resarcir el estado de la mujer dentro de su ámbito privado «la familia» y en términos generales «la sociedad», es entonces donde tendrá protagonismo la autoridad constitucional puesto que «si los derechos fundamentales valen algo y deben conservar su fuerza en el estado contemporáneo, ello ha de traducirse en una prioridad absoluta frente a cualquier interés colectivo y han de quedar al margen de las pasajeras decisiones de la mayoría» (Prieto 1990, 113).

1.1.- Antecedentes generales de la subordinación femenina

La igualdad jurídica de la mujer en la legislación colombiana, se sustenta bajo una desigualdad histórica que fue profusamente desplegada en el ordenamiento legal, por lo cual su superación no queda plenamente satisfecha en el hecho de plantear positiva o teóricamente dicha igualdad jurídica entre el hombre y la mujer; así, «las consideraciones acerca de la inferioridad de la mujer y de su sometimiento a la voluntad del varón, tienen una larga historia; a este aspecto basta recordar que en los albores del Estado liberal, las revoluciones americana y francesa produjeron declaraciones de derechos humanos, pese a lo cual el nuevo orden se abstuvo de reconocer los derechos de participación política de las mujeres, quienes también fueron excluidas de otras esferas reservadas a los hombres» (Gaviria 2002, 87).

1.1.1.- Del traslado de normas en el Derecho

Esta reflexión trata del traslado de normas como método investigativo dentro de la metodología adoptada para hacer una lectura de la condición de marginalidad de la mujer en su relación con la familia y con el Derecho; puesto que, no es desconocido que la configuración del ordenamiento jurídico colombiano obedece a la idea de importación e incorporación de normas extranjeras como una de las principales fuentes de su Derecho.

Dicha compilación de referentes externos legales que se acoplan y se insertan en prácticas cotidianas nacionales, plantea un problema de contextualización de la legislación con la sociedad donde se inserta, además de aplicabilidad y hasta de ordenamiento de la sociedad donde comienza a residir normas prestadas o tomadas de otro contexto social y de otra realidad, tal como lo es el caso de la herencia francesa del Código Civil.

Un análisis histórico social frente al traslado de leyes, códigos o instituciones jurídicas que se trasladan de un ordenamiento a otro, permiten reconocer ciertas particularidades contextuales que matizan la idea de que la legislación colombiana es la adaptación de una legislación foránea.¹⁹

¹⁹ En Colombia el Derecho se ha colocado como Derecho trasladado procedente del contexto europeo, tal como quedo mencionado en la introducción general del presente trabajo.

Para el caso colombiano, en lo que tiene que ver con el objeto de estudio de esta investigación, la autonomía de la mujer históricamente ha sido bastante restringida por el mismo modo en que se ha colocado el Derecho, sus efectos y dominios proyectan en su contexto una apropiación y práctica que en su realidad, consolida ciertos sujetos dominados bajo categorías diferenciales, y la mujer frente al hombre hace parte de esa construcción diferencial que históricamente se ha validado a través de la legislación colombiana.²⁰

Este reclamo es válido, sobre todo bajo el reconocimiento histórico de una subjetividad dominada por esa otra subjetividad que se denomina varón, y esta dominación jurídica se fundamenta no sólo en una genealogía de la discriminación, sino en los progresos que plantea la igualdad, ya que, a simple vista, la percepción del Derecho colombiano es puro y transmitido por seres abstractos que han imposibilitado esta comprensión del Derecho dentro de su evolución o dinámica social.²¹

Si de marginalidad se trata, no se puede desconocer o dejar aun lado lo que de una u otra manera ha hecho abrir el debate sobre el traslado, repetición o apropiación de normas y códigos como los de la sociedad francesa del siglo XIX a una realidad social totalmente diversa como la colombiana, y de esto da cuenta distintos planteamientos en torno a los continuos traslados de normas y códigos de tipo europeo a los códigos y leyes en Colombia, ya sea desde Francia o Alemania; como por ejemplo, el Código elaborado por Andrés Bello que hasta las últimas reformas se convierten en un proceso de reformulación de nuevos conceptos e interpretaciones del mismo Derecho. (López 2004)

Entiéndase además, dicho trasladado sobre la originalidad de normas, leyes y códigos como formas de pensar que residen en una lengua y se trasladan a otra sin mayor reparo, y el Derecho retomado del contexto francés o alemán, hace parte de un

²⁰ Esto en concordancia a que «los individuos no son los que producen el derecho como artefacto cultural, sino muy al contrario, es el derecho como proceso conmutativo el que produce, mediante sus operaciones jurídicas, los actores humanos como artefactos semánticos» (Bourdieu y Teubner 2000, 30)

²¹ Poco se ha planteado sobre el sentido de dominación histórica de un sujeto sobre otro sujeto dentro de una relación de derecho, y esto se debe a la poca participación que se ha ejercido por los movimientos a quienes debería interesar, sin embargo leyendo a García Villegas, el tema de constitucionalismo aspiracional, valida más la percepción que se tiene frente a la reclamación propuesta: «El constitucionalismo aspiracional tiene una dimensión constitutiva importante, ya que crea, ayuda a crear o fortalece la identidad del sujeto político. Esto es especialmente claro cuando se trata de los llamados nuevos movimientos sociales, que reivindican reconocimiento de género, opiniones o culturas. La corte constitucional contribuye a forjar la identidad política de estos actores y por esa misma vía forja su propia identidad.» (...) puede incidir de manera favorable en la realidad social y política cuando es capaz de inculcar en la mente de los miembros de los movimientos sociales y de las personas, en general, un espíritu anticonformista, que se funda en la afirmación autorizada de que la injusticia existe y debe ser remediada. La dimensión dominadora del derecho aumenta con la falta de uso contra hegemónico por parte de los grupos y movimientos sociales. Dicho, en otros términos, mientras los movimientos sociales más se apropien de derecho y mas incorporen la estrategia jurídica dentro de sus estrategias globales de lucha, menos riesgo existe de que el derecho aspiracional se convierta en un instrumento de dominación y mas posibilidades hay de que opere como mecanismo entre otros, como de emancipación social.» (García Villegas, Uprimny y Rodríguez 2006, 226-227)

proceso histórico que ha implicado un continuo juego de transferencias significativas de las ciencias sociales, de la filosofía, y entre otros procesos históricos en que se pierde toda connotación de originalidad y ese sentido de fuente pura para lo cual fue creado en una legislación. (Derrida 1989)

Vengan de donde vengan los códigos o normas, repercute a esa formación decimonónica que encabezan los letrados y el poder de las elites nacionales que se desenvuelve ya sea en el ordenamiento jurídico u otro espacio de orden social, demostrándose así la poca preocupación por formalizar un tipo de Derecho de acuerdo a la realidad nacional o a la irregularidades nacionales: «hemos querido como el pueblo francés (nuestro modelo), hacer de las ideas de gobierno, no un método, sino un sistema; no una experiencia guiada por la noción de la justicia, sino una abstracción fundada únicamente en la lógica de los razonamientos. Esclavos de la lógica y de las teorías, de una especie de mecánica social, hemos querido hacer de la Republica un armazón con todas sus piezas arregladas a un plan preconcebido de movimiento; sin acordarnos que el engranaje político y social las piezas no han de funcionar como se quiere, sino como se puede.» (Samper 1992, 45).

Esta esencia de apropiación de normas y valores europeos implica colonización, y ya no en el sentido del siglo XVI a través de la espada y la cruz, sino por medio de la ley y los modos de regularse en la sociedad decimonónica (Castro y Restrepo 2008).

Además, de una apropiación con ciertos fines y esos fines que son de una elite en particular o de cierto poder criollo que se desenvuelve en el siglo XIX frente a las demás castas, razas o sujetos diferenciados, y ya no están dentro de los cánones o valores europeos. (Cadelo 2004).

Sin embargo, si se piensa el Derecho como una apropiación de valores, de formas de dominio, de poderes que se instalan en la realidad o que son instalados históricamente, se enfocaría a los efectos de esa apropiación como las implicaciones sociales y las deformaciones jurídicas que se puede plantear ese tipo de hecho, se puede denominar como un hecho social, ya que este traslado va a residir en el mismo centro de la sociedad. (Durkheim 2001).

Por tanto, la ley no puede ser un compendio de normas que cumplan un valor lógico o teleológico, en el sentido medievalista donde se inserta el Derecho romano, sino que debe corresponder a una forma en si mismo social, que implica a la sociedad, a los individuos, no sólo dentro del carácter restrictivo sino de posibilidad como sujeto en sociedad. (García Jaramillo 2008).

El estar en sociedad implica la ley o el Derecho y por lo tanto esa condición abstracta, oscura de la legislación o de la indefinición jurídica que se muestra en el siglo XIX con respecto al término de ciudadano, no plantea un simple traslado de concepciones jurídicas, sino implicaciones de efectos sobre el componente social y que se tiene como la población a diferenciar que no llena los requisitos para poder colocarse en igualdad de derechos dentro de dicha concepción jurídica (ciudadano) y su traslado implicó una forma más de diferenciar y de dominación en el siglo XIX, más que un modo de inclusión solidaria con los demás estratos sociales.

En el territorio colombiano el sentido histórico del Derecho y su aplicación, muestra en esencia los efectos de este tipo de dominación no simplemente desde el modo en que se interpretó o se colocó dentro de una normatividad, sino en la práctica o en su sentido ontológico del Derecho; puesto que, como se verá más adelante, la Constitución Política de 1886 es un claro ejemplo de estas nociones, no sólo de Derecho, sino de valores europeos que se querían imprimir en la sociedad colombiana.

Pero toda esta marginalidad cambia con la Constitución de 1991 y nace un nuevo ideal de tipo de sociedad y unos nuevos referentes del Derecho, su práctica plantea un desordenamiento de aquellos principios en que se había sostenido el orden social a través de dos siglos, además los efectos de ese mismo Derecho, desprende una nueva relación de incorporación de una legislación en un conjunto social en alarde de que «la cultura constitucional de un país se manifiesta en su constitución.» (Cruz 2006, 31)

Dentro de esos cambios esta el juez, que entra a ser parte de este juego de poder donde se ven involucrados diversos intereses políticos y económicos. Podría afirmarse que el juez incursiona en ese plano social y político a través de su sentencia y la doctrina del precedente se consolida. Esta nueva dinámica desborda los mismos centros de poder que se habían construido como las premisas o la fuente del Derecho. También sucede así cuando se busca hacer encajar las interpretaciones jurídicas con lo que se denomina la realidad, sobre todo nociones jurídicas que se tratan de mantener en el tiempo y prefiguran una tradición de intereses particulares ya sea de instituciones como la Iglesia o de una parte de la sociedad.²²

Con la jurisprudencia se altera la brecha entre legislación y contexto o sociedad, así como la permanencia de intereses tradicionales fundantes de la marginación histórica de ciertos sujetos. Más que una nueva noción de Derecho, lo que se plantea es, una mezcla efectiva entre los textos positivos y Derecho jurisprudencial; «por esta razón, en muchos casos de derecho constitucional colombiano contemporáneo del derecho aplicable vigente es extraído de precedentes judiciales anteriores. Dichos precedentes constituyen la norma controlante del caso y la hermenéutica jurídica se abre ahora, no sólo a la interpretación del derecho legislativo, sino cada vez con mayor ahínco, a la hermenéutica del derecho jurisprudencial.» (López 2004, 89)

Dentro de este orden de ideas, la exégesis jurídica ya no va a estar solamente fundamentada en los mismos códigos y en su reforma, sino en las sentencias y en el precedente de estas. Por ello, los sujetos hombre, mujer, niño, familia van a desprenderse

²² Al respecto se ha expuesto que «la consolidación de la línea jurisprudencial a favor de la tesis del valor ampliado del precedente ha generado una nueva e interesante dinámica en el derecho constitucional colombiano: mientras que para el tradicionalismo de fuentes todas las normas controlantes de un caso debían ser halladas en el texto constitucional o mediante técnicas de expansión o interpretación de dicho texto (analogía y métodos de interpretación), cada vez más las discusiones constitucionales parecen girar en torno a las subreglas que va definiendo la Corte Constitucional en sus pronunciamientos, ahora con más frecuencia denominamos precedentes. Así el sistema de fuentes se abre hacia una mezcla efectiva entre textos positivos y derecho jurisprudencial, sin que sea fácilmente discernible cuál de las dos fuentes del sistema se dominante» (López, 2004, p. 89)

notoriamente de las premisas ortodoxas de algunos sectores sociales o instituciones que desean encuadrarlos en algún tipo de moral y se revierten como sujetos jurídicos en la premisa constitucional de 1991. Aquellos sujetos jurídicamente desposeídos o diferenciados se reordenan a partir de la premisa máxima de la igualdad constitucional, donde la misma jurisprudencia adquiere una nueva dinámica para el contexto colombiano.

1.1.2.- *Mujer, familia y Derecho*

Para reconocer la diferenciación auspiciada en la legislación, se debe examinar la vinculación jurídica y social que tiene la mujer bajo la categoría familia, lo que muestra claramente un problema de dominio conceptual; un sujeto bajo una categoría donde el hombre históricamente ha sido el ser de Derecho, en lo que se considera la unidad familiar.²³

Dicha noción «familia», determina o imposibilita a la mujer en esa dimensión de correspondencia, como lo plantea la Constitución de 1843, dentro del tratamiento a la ciudadanía granadina que reconoce a la mujer de forma diferencial, aunque no por ello igualitaria; en su artículo 5º, indicaba que eran igualmente granadinos por naturalización: «las mujeres libres no granadinas, desde que se hayan casado o se casaren con granadino».

Evidentemente, la subordinación femenina dentro del seno familiar, está implícita en la legislación constitucional, como elemento tradicional del orden social. Esto muestra que la condición de familia ha sometido la condición jurídica de mujer, y la vinculación de familia a la acepción del hombre ha sido un recurso histórico a partir del cual la mujer ha sido marginada de su condición de sujeto dentro del plano de derechos y deberes.

Si la relación de derechos y deberes en el desenvolvimiento del plano privado, priva a unos de los dos sujetos partícipes de su condición frente a la ley, se están colocando dos tipos de ordenamiento; uno, el orden familiar, que tiene al hombre como aquel sujeto articulador y generador de esa identidad que se denomina familia y a la mujer como un complemento del hombre en el vínculo familiar; y dos, aquella noción de igualdad que se retace de los principios demo-liberales puesto que: «No basta con conocer los intereses básicos de una mujer, para conocer los intereses básicos del grupo de las mujeres; se reconoce en definitiva, la necesidad de vincular mas estrechamente a las minorías con la justicia» (Gargarella 2012, 203).

Es como se había mencionado antes, si se coloca la familia dentro de un ámbito jurídico, inmediatamente existe una correspondencia entre Estado y familia, y la estatalidad misma esta ahí para salvaguardar el derecho, toda vez que, la familia no es una significación jurídica por fuera del Estado.

²³ Frente a esta problemática, Kant (citado por Bobbio) plantea cuatro categorías de ese estar en sociedad y la correspondencia entre derecho y deber; la cuarta de ellas, es la relación que se le adjudica al hombre, el sujeto que tiene derechos y deberes, como juego complementario (Bobbio 2002).

En este orden de ideas, la familia es reconocida como institución en el ordenamiento jurídico colombiano, lo que ha sido una concepción privilegiada ya que rememora el núcleo mismo de la sociedad y que se adecua a la misma potestad jurídica que se le da al hombre para que dirija ese núcleo fundamental de la sociedad.

Es así que, la familia como condición jurídica también puede corresponder a una situación legal de marginación e inequidad, si se mira desde el punto de vista de la mujer; la familia en términos jurídicos, significa una condición diferencial en el caso de la mujer, por cuanto es una condición jurídica a favor del hombre. (López 2004)

Ahora bien, si se parte de la idea que «la familia no es una institucional natural, sino que es un producto evidentemente cultural»²⁴, es válido repensar sobre una discusión más amplia y es cuando se coloca a la familia dentro de un ámbito jurídico, lo que hace que inmediatamente exista una correspondencia entre «Estado y Familia» y es lo que desde el origen de cualquier ámbito jurídico subyace en los principios de ordenamiento estatal. (Umaña Luna 1995).

Retomando la postura de Díez-Picazo, que ve en la cultura una construcción, es válido plantearse que el Estado construye percepciones sobre el orden y visiones de ordenamiento que se colocan en la ley, la cual es inseparable en las sociedades modernas.

Así las cosas, la familia como condición jurídica construida, no es claramente una correspondencia, sino un acto de imposición: el tipo de Derecho no ha sido sino el Derecho que coloca al hombre como el sujeto de la familia, el sujeto de la autoridad, por lo cual no se puede ver este tipo de Derecho simplemente como un acto ético, esto coloca a la familia en un ámbito de dominio y poder, más de Derecho o regulación de aquellos vínculos naturalmente constituidos; esta forma de dominio de un sujeto sobre otro, entra a regular condiciones que ya, a través de la colonia, se habían institucionalizado, como el dominio del hombre sobre la mujer (García Sarmiento 1992).

El carácter de sociedad patriarcal, es revalidada en las nuevas formas de Derecho a partir de la independencia, lo cual coloca al Derecho, no como una entidad igualitaria, sino diferencial que construye o mantiene las diferencias que se originan en el seno de la sociedad como la diferencia del hombre frente a la mujer (De Sousa, y otros 2001)²⁵

²⁴ La familia, como lo plantea Díez Picazo, no es un fenómeno natural sino un fenómeno cultural y por lo tanto, esa apreciación jurídica «familia» que encierra una construcción cultural, también conlleva un aspecto más importante y es la construcción jurídica, que a lo largo de este trabajo se intenta describir en el planteamiento de ciertos momentos históricos con respecto al problema de la autonomía y límites de la mujer en su condición dentro del vínculo que significa la familia. (Díez-Picazo, 1984)

²⁵ De por sí que: «(...) lo mismo se puede decir del espacio de la familia, donde el derecho estatal (derecho de familia y de menores) se combina y se confronta con un orden jurídico doméstico, originario de las relaciones sociales patriarcales dominantes en el seno de la familia. El hecho de que los derechos humanos se confinaron al derecho estatal limitó su impacto democratizado, pues los dejó convivir con otros derechos no estatales, como el derecho de la producción en la fábrica o el derecho patriarcal en la familia, sin afectar sus naturalezas despóticas y antidemocráticas. En otras palabras, el individuo titular de los derechos humanos fue siempre el ciudadano en el espacio público, antes que en el espacio familiar o en el espacio de la producción a pesar de que la mayor parte de su vida la pasará en estos últimos ámbitos. Sin embargo, hoy se torna claro que

Lo anterior, da paso al siguiente tema, en el que se podrá ver dos distinciones: en primer lugar, un ordenamiento jurídico que se desprende del siglo XIX que coloca la esencia de la familia y la sociedad, al hombre en su calidad de representante; y en segundo lugar a la mujer que es sometida a la potestad masculina, creando un vínculo jurídico en condiciones disímiles que se han mantenido hasta el día de hoy en Colombia.

No sin antes mencionar que, en algún momento del proceso legislativo, sobre todo en el siglo XIX, se consolidó dentro de esa concepción familia a un tipo de sujeto que tiene deberes pero pocos derechos o sus derechos están ligados a su relación de dependencia del hombre. Esta dependencia admitida por la ley, colocaría a la mujer en esa doble dimensión kantiana de esclavo y hombre, no se podría determinar como un esclavo porque aún es un sujeto con derechos restringidos, pero no puede colocarse como hombre por que sus derechos dependen de ese sujeto jurídico determinante de la condición de familia «el hombre».

Sin embargo, el Derecho de los siglos XIX y XX, idealiza esa concepción de familia, tanto que se olvida que la misma noción plantea una relación que no sólo se ciñe a una entidad social particular, sino que, se extiende a todo el ámbito social. La familia es más que una noción jurídica, y este tipo de relación social articulada a la ley y al orden social, plantea una práctica y un juego de dominio o una lucha continua por el poder donde la legislación ha colocado al hombre como sujeto que lleva la ventaja. (Foucault 2000)

Bajo esta dinámica, la concepción idealista de la entidad familiar no ha hecho más que olvidar aquellos derechos que le corresponde al sujeto dominado «mujer», lo que a continuación se esbozara sin perder de vista que, frente a los postulados de la autonomía de la mujer, ella hace parte de una construcción diferencial que históricamente se ha validado a través de la legislación colombiana y donde la norma impera como fuente de derecho. (Kelsen 2007).

También lo es, que la condición diferencial de la mujer frente al hombre se profundiza con la significación jurídica de «familia» la cual plantea un modelo de ordenarse en lo que se denomina el ámbito privado, donde la acepción jurídica hombre o varón ha sido privilegiada frente a la condición o la significación femenina que pasa a un segundo lugar en términos de autoridad; además que encierra una construcción cultural y jurídica, toda vez que, no es un fenómeno natural, sino cultural. (Diez-Picazo 1984).

Sin embargo, ya sea que se plantee como un problema cultural, irremediable, o natural a la condición de sociedad patriarcal, es claro que ninguna bosqueja un modo de remediar ese carácter institucional de marginar a la mujer, o de limitar su autonomía a la autonomía masculina, puesto que, con la derogación de leyes de carácter inequitativo durante varios siglos en el ordenamiento jurídico colombiano,

la expansión de la ciudadanía y la profundización de la democracia tienen que involucrar esos espacios» (De Sousa, et al., 2001, p.178)

se muestra que la ley, que en algún momento se define como el ámbito de lo justo, ha sido históricamente parcial o poco justa y que la ha discriminado.

Y peor aún, es que dicha discriminación no termina con la derogación, la cual ha sido simplemente colocar la ley en términos del Derecho, pero no de un Derecho imparcial o por lo menos igualitario ya que lo que se está rigiendo en la ley, es la posibilidad de que la mujer como sujeto real, no este bajo la tutela jurídica del hombre.

La familia como institución estatal muestra claramente, que la sociedad colombiana y el derecho de esta sociedad a través de dos siglos, se sumerge en una actitud conservadora donde el Estado se recluye en un modelo de Estado patriarcal y autoritario, donde se ha colocado la autonomía como una autonomía no en el sentido moderno «de iguales», sino una autonomía limitada o demasiado limitada dentro una condición de estatalidad patriarcal; además reproduciendo en el ámbito privado (la familia) la visión y el modelo de una sociedad estatal claramente cerrada, donde el hombre es por excelencia el ser que Dios bendijo en su creación; del mismo modo los hacedores del Derecho y de los valores sociales, se toman el derecho y el deber de colocar a la mujer dentro del ámbito privado como un elemento destinado a la voluntad del hombre, ya sea el padre o el esposo. (De Sousa, y otros 2001)

1.2.- La desigualdad de la mujer en el Derecho del siglo XIX

Una lectura de la mujer desde los sistemas constitucional, civil y penal del Derecho colombiano del siglo XIX, permite reconocer que en Colombia tenían plena validez normas de origen español, ya fuesen aquellas reconocidas y directamente aplicables en los territorios que en la Colonia se denominaban Las Indias o aquella de aplicación en territorio propiamente español.

Esto permite reconocer el lugar jurídico de la mujer y su papel dentro de la sociedad que bajo una línea normativa reflejaba la preocupación por el mantenimiento del orden social y del posicionamiento privilegiado del hombre, como una consecuente subordinación: «La posición de subordinación de la mujer colombiana no es gratuita, es el resultado de la historia jurídico política y de modelos sociales heredados de las diferentes civilizaciones antiguas y fortalecidas en el tiempo, por mitos y elementos culturales privados, contribuidores en profundizar la brecha entre el poder y la subordinación.» (Gómez 2002, 23)

Por ende, la mujer como característica esencial de progresiva superación reproducida dentro de las cartas constitucionales colombianas del siglo XIX, obedece a una lectura crítica de la coyuntura histórica que se plasma como la independencia de Colombia, en la que debe reconocerse la importancia del establecimiento republicano dentro de sus dimensiones de continuidad y mantenimiento que caracterizaba las competencias jurídicas de la normatividad del régimen de la Colonia.²⁶

²⁶ Dicha continuidad se corresponde con la permanencia de estructuras sociales, económicas y culturales que pretendían asegurar el mantenimiento de la tradición como pilar del orden social, esbozado, sin embargo, a la luz de un sistema ideológico revolucionario que propició la implementación de una escena pública como instancia participativa de sectores sociales usualmente

Sin embargo, no puede por esto pensarse que la mujer aceptaba pasivamente ese lugar social impuesto desde la visión masculina pues a pesar de las instancias sociales y legales que pretendían constituir un esquema de sumisión y la contundencia del aparato cultural que las sostenía, no son pocos los trabajos investigativos que empiezan a arrojar luces sobre esta conflictiva imposición, así como sobre las formas de resistencia ejercida por las mujeres. Temas estos que permiten repensar cualquier pretensión unívoca de concepción de la familia de la época y de la inercia de la mujer como agente configurador del orden. (Villegas 2006)

Un claro ejemplo lo constituyen los estudios sobre lo que se podría nombrar como conflictividad familiar y el especial celo que los legisladores, tanto durante la colonia como dentro de los primeros años de la república, tuvieron para el manejo de estos incidentes que han trascendido a nivel ya no de discriminación, sino de criminalidad. (Patiño 1995)

1.2.1.- Constitucional

Una ambigua relación entre transformación política y continuidad de estructuras del orden social, marcó de forma particular el desarrollo normativo durante todo el siglo XIX que, entre otros asuntos, esta el manejo del tema sobre la regulación de la instancia familiar y en especial del lugar de la mujer en la sociedad. Tal desarrollo puede reconocerse atendiendo a un análisis de los cuerpos constitucionales, del cual es posible rescatar el lugar asignado para la mujer dentro de un modelo político y social, particularmente ligado con la tradición y la jerarquización colonial.

Con la Carta de 1821 puede entenderse el silencio constitucional ante cualquier tipo de definición de la instancia familiar, en la medida que se estimó su pretensión de relegar la normalización sobre tal figura a la Iglesia, ejerciendo así, el control y regulación sobre la familia, y de este modo, asegurar la continuidad de la estructura tradicional de la sociedad, lo que, como se viene afirmando, limitaba igualmente la inclusión de la mujer.

Con el ordenamiento constitucional de 1830 se empieza a prever la instancia familiar como uno de los atributos propios del ciudadano, y así, refuerza el entendimiento de la familia y la mujer como dependientes de una cabeza masculina; inclusive la relación entre los miembros de la familia toma relevancia política por el vínculo de consanguinidad, que es objeto de una regulación constitucional más directa por ser reconocido como fundamento para el otorgamiento de la nacionalidad. En otras palabras, recae en el ámbito de regulación de la Constitución, la relación de tipo familiar entre padres e hijos, toda vez que, esta relación se consagra como fuente de la nacionalidad colombiana.

Ya en la Constitución de 1832, el mero reconocimiento del papel de la mujer frente al orden político dentro del vínculo familiar, a partir del otorgamiento de la naciona-

marginados del mando político. Este sistema ideológico novedoso resultó articulado en la forma de un nuevo lenguaje democrático que, en síntesis, plantea la ambigüedad del periodo y la problemática del trasplante normativo.

lidad por naturalización es relevante, en tanto que, el requisito de ser hijo «de padre y madre granadino» se establece como atributo inmodificable que debía tener aquella persona nacida fuera del territorio de la Nueva Granada para obtener la declaratoria de nacionalidad como neogranadino.

En líneas similares a la expuestas anteriormente, la constitución de 1843, dentro del tratamiento a la ciudadanía granadina se reconoce a la mujer de forma diferencial, aunque no por ello igualitaria. Así, en el artículo 5º indicaba que eran igualmente granadinos por naturalización: «las mujeres libres no granadina, desde que se hayan casado o se casaren con granadino». Evidentemente, la subordinación femenina dentro del seno familiar está implícita dentro de la regulación constitucional, como elemento tradicional del orden social.

Tal idea se refuerza al contemplar que «son ciudadanos, los granadinos varones» y más adelante en el artículo 152, señala que «para obtener cualquier empleo con autoridad o justificación política o judicial en la Nueva Granda, se requiere ser granadino en ejercicio de los derechos de ciudadano», es decir, ser varón. Por lo que se destaca ese sectarismo de un orden rígidamente excluyente que impide a la mujer la participación política, bien como electora o como sujeto elegible.

Ya con la Constitución de 1886, la centralización política que se reconoce como consecuencia del proyecto político de la regeneración, tiene consecuencias importantes dentro de la definición del orden social, y por ende, frente a la regulación del papel de la mujer en la familia y la sociedad; tales como: el reconocimiento de nacionalidad a quien nacido en tierra extranjera, fuese hijo de padre o madre naturales de Colombia, y la relevancia de la definición y protección de la familia desde la dimensión constitucional frente al manejo de las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

1.2.2.- Civil

Ahora bien, para entender el carácter disperso y caótico de la legislación civil del país, debe tenerse en cuenta la dimensión de continuidad que puede reconocerse frente al orden social tradicional a partir de la vigencia republicana de normas de origen español seguida de las disposiciones y prerrogativas de tipo federal que imperaron en Colombia en la segunda mitad del siglo XIX, y que facultaron a los distintos Estados para proferir sus órganos normativos, tal cual es el código de Napoleón, una ley como norma general y abstracta, en la relación del positivismo y estado de derecho legislativo, «lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador» (Zagrebel'sky 1995, 33)

Esta característica de la legislación civil que le es propia de este siglo y que antecede al inicio de un segundo periodo reconocido por la doctrina especializada como inaugurado a partir de 1873, instituyó un único Código Civil como regulador de las relaciones de tipo privado, esto es, las mercantiles y las familiares básicamente entre los individuos. (Valencia Zea y Ortiz 1997)

De los principales lineamientos que son esencia del texto original del Código Civil Colombiano, respecto de la institución familiar y en especial del lugar social o papel de la mujer colombiana, se pueden reconocer espacios de discriminación legal y de intentos de igualdad formal. (Atienza 2005)

En el caso de la mujer como aparición a un problema social, cuya solución total o parcial se piensa puede ser la adopción de una medida legislativa, vale la pena resaltar algunos de los lineamientos de discriminación legal:

El matrimonio, en el que se entiende al varón como el agente receptor de esas disposiciones legales, y al tiempo, se configura a la familia como un accesorio o un bien que le pertenece y del cual puede disponer, puesto que siempre prevalecía la voluntad del padre o marido; por ejemplo: «la mujer casada sigue el domicilio del marido» (artículo 87); y la mujer menor de edad, requería autorización del padre para poder contraer matrimonio (artículo 117).

El ejercicio de la patria potestad, corrección y elección de la profesión u oficio de los hijos era potestad únicamente y en cabeza del padre (artículos 250, 262, 263, 264, 268).

Con respecto al divorcio y la separación de cuerpos, también se desplegaban una serie de medidas claramente discriminatorias que confirmaban la dependencia femenina frente a la figura masculina, por ejemplo: las causales de divorcio que contemplaban el adulterio de la mujer y el amancebamiento del marido (artículo 154), además de la pérdida de todo derecho de gananciales, si fue la mujer la que dio lugar al divorcio (artículo 163).

Difícil resulta pasar por alto el tema del «depósito» de la mujer, una vez separada, en la casa de sus padres, como ejemplo claro del esquema de dominación masculino que pretende ser solventado, incluso ante la terminación del vínculo marital, sometiendo a la mujer al retorno al seno de su hogar o, en otras palabras, al manto de control de su padre (artículo 157).

Otra dimensión del tratamiento discriminatorio entre hombres y mujeres se reconoce dentro de las regulaciones concernientes al tema de las segundas nupcias, situación ante la cual, se establecía un periodo de prohibición frente a la mujer que estuviese en estado de embarazo, situación conforme al mantenimiento del honor masculino y de su concepción patriarcal del vínculo marital, y por ende de la relación familiar (artículos 173 y 174).

Otro de los principales lineamientos del texto original del Código en los que se desplegaba la discriminación legal civil frente a la mujer, era la figura de la potestad patrimonial definida como «el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer», lo que facultaba al marido a obligar a la mujer a vivir con él (artículo 178).

También suma, a la disposición del hombre sobre la mujer, el control que este ejerció sobre la voluntad del manejo de los bienes de la mujer (artículo 180, 181, 182).

Igualmente, se contemplaba la necesaria autorización del marido ante aquellas mujeres que, saliéndose del modelo del orden, ejercían públicamente una profesión o industria cualquiera. Curiosamente el legislador estima la posibilidad de ejercicio de cualquier actividad económica por parte de la mujer, pero inmediatamente después consagra los modelos ideales a los cuales esas actividades deberían ajustarse a su papel (como la de directora de colegio, maestra de escuela, actriz, posadera, nodriza).

Ahora bien, esta presunción no se torna en fundamental en tanto no constituye una valoración legal de iniciativas femeninas, sino que, por el contrario, está enfocada en mantener el orden y salvaguardarlo del peligro que significaría la proliferación de aquellas iniciativas. En ese sentido, la presunción de autorización del marido se torna esencial en la medida en que advierte al público que esas mujeres, industriosas y profesionales, actúan indiscutiblemente bajo la potestad de su marido y en ese sentido no quebrantan el orden o al menos no con la peligrosidad que significaría actuar por fuera del papel tradicional dispuesto para la mujer y hacerlo además sin autorización del titular de la potestad marital.

Así no más, resulta bastante clara la subordinación de la mujer bajo el dominio del hombre, que, auspiciada por los legisladores civiles, adquiere mayor relevancia con la legislación penal y que a continuación se indica.

1.2.3.- Penal

Sí como se ha expuesto hasta el momento y se tiene en cuenta que la pretensión de los constructores del orden republicano pueda entenderse dispuesta sobre la búsqueda del mantenimiento del orden tradicional como fundamento de la sociedad, es posible entender la relevancia del sistema de control social fundado en el ordenamiento penal como uno de los dispositivos más importantes dentro de dicha búsqueda.

En ese orden de ideas, vale reconocer que el control punitivo sobre la mujer estaba definido a partir de las mismas concepciones que guiaban los sistemas jurídicos constitucional y civil, y que se aunaban hacia la consolidación de un esquema de exclusión y dominación sobre la mujer como fundamento del orden social.

Acogiendo la postura doctrinaria consistente en señalar que, la ley 19 de 1890 se constituye en una reproducción del Código Penal adoptado para el Estado de Cundinamarca en 1858, el cual a su vez era una reproducción de los preceptos del Código Penal de 1837 (primer código penal colombiano) y recoge los parámetros fundamentales del tratamiento punitivo decimonónico que, en lo respectivo a la mujer, permite esbozar una serie de características que corroboran el lineamiento general del orden social y su reforzamiento jurídico. (Bernarte 2004)

De lo anterior, un claro ejemplo de desigualdad jurídica es el manejo dado al adulterio, tema que se expondrá más adelante desde la legislación civil del siglo XX, como elemento diferenciador ante las causales de divorcio, pero que en el ámbito penal corrobora la dominación masculina sobre la mujer, en tanto que era esta la única

llamada a constituirse en sujeto activo de la conducta punible del adulterio y por ende la única castigable por tal hecho.²⁷

Claramente la protección del sistema penal estaba dirigida hacia la defensa de la honra del marido injuriado por el adulterio. Desde esta perspectiva, difícil es explicar el por qué no podía ser digna de una defensa similar la honra de la mujer en un caso semejante. Esta idea de la protección de la honra masculina se complementa cuando se examina la pena impuesta al «cómplice» del delito de adulterio y se vislumbra la medida del destierro como una garantía más para la defensa de la honra del marido afectado.²⁸

Frente a este mismo delito, la norma contemplaba ciertas causales de inculpabilidad para la mujer adúltera las cuales reafirman el trato desigual de la ley, básicamente en lo referido al numeral tercero que expone que no será penado el adulterio cuando el hombre tenga manceba que habite en la misma casa de la mujer, no siendo esto desde luego, una protección a la honra de la esposa, sino una simple justificación para un acto adúltero de su parte.²⁹

Pero, aún más grave resulta esta diferenciación penal que tiene a la mujer como sujeto activo del delito de adulterio, cuando se relaciona con el homicidio y más directamente con las causales de inculpabilidad establecidas frente a este, inculpabilidad referida como se señalaba en el numeral 9 del artículo 591.³⁰

Un tratamiento igualmente desigual estaba estipulado para el delito de amancebamiento público, caso en el cual ya no era la honra del marido el bien jurídico tutelado, sino la moral pública. La diferenciación ya no consistía en la discriminación de género ante el sujeto activo de la conducta, sino la diferencia en la aplicación de la pena, siendo esta más gravosa para la mujer (arresto) y más laxa para el hombre (confinamiento en lugar alejado); además, si el amancebado era «hombre casado y no

²⁷ La tipificación de este delito se estipulaba en los siguientes términos: «Art 712. La mujer casada que cometa adulterio sufrirá una reclusión por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase de cuatro años. Si el marido muere sin haber solicitado la libertad de la mujer, y faltare más de un año para cumplirse el término de la reclusión, permanecerá en ella un año, después de la muerte de aquel. Si faltare menos de un año, permanecerá en la reclusión hasta que acabe de cumplir su condena».

²⁸ Señalaba el artículo correspondiente: «Art. 713. El cómplice en el adulterio sufrirá arresto por el tiempo de la reclusión de la mujer. Después de cumplir esta pena, será desterrado a diez miríametros, por lo menos, del lugar en que se cometió el delito, o del de la residencia de la mujer, por el tiempo que viva el marido, si éste lo pidiere; pudiendo en cualquier tiempo levantarse el destierro a solicitud del mismo.»

²⁹ El texto completo del artículo en mención contemplaba: «Art 714. La mujer queda libre de la pena de adulterio en los casos siguientes: 1.- Si el marido ha consentido el trato ilícito de la mujer con el adúltero. 2.- Si voluntaria y arbitrariamente ha separado de su lado y habitación a la mujer contra la voluntad de ésta, y la ha abandonado del mismo modo. 3.- Si tiene manceba dentro de la misma casa en que habite con su mujer, y 4.- Por condonación que el marido haga de la injuria.»

³⁰ La norma indicaba: «Art 591. El homicidio es inculpaible absolutamente cuando se comete en cualquiera de los siguientes casos: 9° en el de cometer el homicidio en la persona de su mujer legítima, o. de una descendiente del homicida, que viva a su lado honradamente, a quien sorprenda en un acto carnal con un hombre que no sea su marido; o el que cometa con la persona del hombre que encuentre yaciendo con una de las referidas; y lo mismo se hará en el caso de que los sorprenda, no en el acto camal, pero sí en otro deshonesto, aproximado o preparatorio de aquél, de modo que no pueda dudar del trato ilícito que entre ellos existe»

estuviere legítimamente separado de su mujer, sufrirá una reclusión por seis meses a un año», mientras que, «si fuere mujer casada, que no estuviere legítimamente separada de su marido, sufrirá igual tiempo de reclusión, a reserva de la pena que hubiere de aplicársele si el marido la acusare como adúltera»³¹

También resulta importante señalar como dentro del tratamiento al delito de amancebamiento, además del tratamiento desigual, vejatorio para la mujer, subyace la preocupación por la institución matrimonial como otro de los bienes a proteger. Es así como se expresaba en el artículo 452 que «si los amancebados se casaren entre sí, antes de que termine el juicio, cesará por ese hecho todo procedimiento contra ellos». Sobra repetir que, a la luz del análisis de la legislación civil, la instancia matrimonial se configuraba en otro dispositivo del sometimiento de la mujer.³²

Se va perfilando de este modo, una característica fundamental del tratamiento jurídico de la mujer, la cual es el control sobre su disposición sexual como elemento afín al matrimonio. Como se está señalando, lo que en principio se esboza como tutelaje jurídico-penal sobre la mujer, termina dirigido hacia la protección del uso exclusivo en términos sexuales que el marido tiene sobre esta. La defensa de la institución matrimonial y, por ende, del marido, también es evidente en la tipificación del delito de seducción, caso en el cual el sujeto pasivo era únicamente la mujer casada.³³

En un sentido similar, el título referido a los raptos, fuerzas y violencias contra las personas establecía una agravación punitiva cuando estos delitos se cometieran a una mujer casada: según el artículo 682 establecía que «si fuere casada la mujer contra quien se cometa la fuerza, (...) sufrirá el reo dos años más de presidio y destierro a diez miriámetros por lo menos mientras viva el marido»; así mismo el 689 señalaba que «el que para abusar de una mujer casada la arrebatase a su marido, consintiéndolo ella, sufrirá una reclusión de dos a seis años, sin perjuicio de que ambos sufran además la pena de adulterio, si el marido los acusare». Por su parte, se contemplaba la atenuación

³¹ Señalaba el artículo correspondiente al amancebamiento: «Art 451. Las personas de diferente sexo que, sin ser casadas, hicieren vida como tales, en una misma casa, de una manera pública y escandalosa, sufrirán, el hombre, la pena de confinamiento por uno a tres años en lugar que diste por lo menos nueve miriámetros de su domicilio, y que sea distinto de aquel en que su cómplice deba sufrir su condena y del en que tenga su domicilio, vecindad o residencia, y la mujer pena de arresto por cuatro meses a un año, y concluida no podrá ir al lugar en que el hombre esté sufriendo su condena mientras no acabe de cumplirla.»

³² Otro ejemplo de la dominación masculina dentro del matrimonio, se evidencia dentro del tratamiento legal al delito de violación de la correspondencia, caso en el cual, el marido resultaba eximido de culpa si extraía o abría las cartas dirigidas a «su mujer propia durante el matrimonio», según lo estipulado en el artículo 382 del aquí tan citado Código Penal de 1890.

³³ Los textos normativos son: «Art 715. El que abuse deshonestamente de una mujer casada o desposada, haciéndola creer, por medio de algún engaño o ficción bastante para ello, que es su marido o su esposo legítimo, sufrirá la pena de seis a ocho años de presidio, y después la de destierro a diez miriámetros, por lo menos, del lugar en que cometió el delito, por el tiempo en que viva en él la mujer.» Y el: «Art 716. El que abuse del mismo modo de una mujer casada contra la voluntad de esta, privándola previamente para ello del uso de su razón con licores fuertes u otras confecciones o medios que produzcan el mismo efecto, o dándole narcóticos, o aprovechándose de la ocasión en que ella esté sin sentido por un accidente físico u otra enfermedad u ocurrencia, sufrirá las penas señaladas en el artículo anterior.»

de la pena cuando estos delitos fuesen cometidos a una mujer soltera y posteriormente se perfeccionará un matrimonio entre víctima y victimario.

Tal vez sea la tipificación del delito de estupro un caso excepcional en el cual aparezca una preocupación evidente por proteger directamente la honra de la mujer. Sin embargo, esto es debatible si se piensa en que el incumplimiento de la promesa de matrimonio afectaba también al padre de la deshonrada. Esto se evidencia cuando el legislador contempló la multa como parte de la pena para el que cometería dicho delito.³⁴

Un argumento más para sustentar la idea de la protección del orden tradicional por sobre la preocupación efectiva por la mujer se desprende del artículo 739 que señalaba que «los reos de violación o rapto de mujer serán también condenados por vía de indemnización: 1.- A dotar a la ofendida si fuere soltera o viuda; 2.- A reconocer el hijo como natural, si los padres fueren personas libres; 3.- En todo caso a mantener la prole». Esto seguramente no era muy consecuente con la honra o las aspiraciones de la afectada, quien resultaba en cierto modo castigada con la filiación o cercanía que se imponía a su agresor.

La idea antes expuesta del control sobre la actividad y disposición sexual de la mujer, también se refuerza al estimar las causales de atenuación de la pena cuando la ofendida de un ultraje público contra el pudor era «una mujer pública conocida como tal», según los términos del artículo 688, o en caso que, ante la seducción o el estupro, «si la mujer fuere ramera, sufrirá el reo de cuatro meses a un año de reclusión», esto es, una pena menor, según el 717 del mismo Código Penal. En otras palabras, el legislador era menos drástico ante la protección de la disposición sexual de mujeres que se salían del esquema tradicional del control, por lo menos, del control sobre su sexualidad.

También sobresale una preocupación por la sexualidad femenina al analizar el tratamiento a los delitos de «alcahuetería» y «corrupción», hoy proxenetismo. En estos casos, el legislador de la época sólo contempla a la mujer, no como sujeto activo para la aplicación de la pena, sino por el contrario, prácticamente como objeto corruptible o utilizable por parte del corruptor o alcahueta.³⁵

Por último, resulta fundamental hacer referencia al delito de aborto, como otra de las instancias principales del control sobre la mujer. En este caso, el artículo 638

³⁴ El cual se tipificaba: «Art 724. El hombre que habiendo contraído esponsales con una mujer y abusado deshonestamente de la desposada se niega después a contraer matrimonio con ella, o procura eludir la palabra de casamiento, o voluntariamente ejecuta un acto que haga imposible el matrimonio conforme a la ley, será castigado, a petición de la ofendida, de su padre o madre o guardador, con la pena de reclusión por uno a cuatro años, pagará los perjuicios que haya causado a la mujer, y una multa de doscientos a mil pesos a favor de la misma.»

³⁵ Estipulaba el Código lo siguiente: «Art. 424. Toda persona que recibiere en su casa mujeres para que allí abusen de su cuerpo, será condenada a prisión por uno a dos años. Art 425. En la misma pena incurrirán los padres o madres de familia que, en su propia casa, permitan o toleren que sus hijas reciban hombres para que abusen de sus cuerpos, sin perjuicio de la pena en que incurran por contribuir a la corrupción de ellas.»; «Art. 427. Son también alcahuetes y sufrirán la pena impuesta en el artículo 424 los que se ocupen en solicitar mujeres para que otros abusen de sus cuerpos, aunque sean prostitutas o corrompidas, y los que para este acto proporcionen, a sabiendas, casa u otro auxilio.»

contemplaba una pena de tres a seis años de presidio para quien ocasionaba un aborto sin el consentimiento de la mujer gestante. En principio, tal penalización puede leerse como una medida especialmente dirigida a la protección, más que del que está por nacer, que de la mujer como madre.³⁶

Sin embargo, no en vano el llamamiento a la Iglesia y a la «pureza de intenciones» se torna en elemento importante dentro del delito de aborto, pues parece ser esa misma moralidad la que conlleva a la penalización del aborto causado por la madre o con consentimiento de esta, caso en el cual, la pena es menor a la anteriormente mencionada para el aborto sin consentimiento de la madre.

Resulta contradictorio que, si se trata de proteger el bien jurídico de la vida del que está por nacer se establezca tal diferenciación punitiva en razón al causante del hecho y en la misma línea, si se trata de proteger la autonomía de la mujer, resultaría entonces injustificada la mera penalización del aborto. Pero, si se piensa en la defensa de un tipo de orden en el cual el rol masculino domina y define al femenino, se podría ubicar una cierta moral como elemento esencial de dicho orden y dominación. Así, una atenuación especial se contemplaba en el Código para con las mujeres «honradas» y «de buena fama» que pretendieran «encubrir su fragilidad» con un aborto.³⁷

Habría que pensar si la honradez, buena fama y fragilidad femenina no son otra cosa que atributos morales que el orden masculino ha definido para construir una figura femenina acorde a sus intereses y necesidades y así mismo, en qué medida este orden social decimonónico se ha desplegado dentro del sistema jurídico de ese y este tiempo.

1.3.- Igualdad formal de la mujer en el siglo XX

La Igualdad formal de la mujer, que se da a parir de las principales reformas del sistema constitucional civil y penal del siglo XX, se materializa sobre el estudio que se viene abordando mediante la norma o la ley hacia el reconocimiento de la dominación historia del hombre sobre la mujer y es el punto en el que se centraliza dicha dominación en el campo legal, para ello se realizará en tres puntos: desde las reformas

³⁶ En el mismo sentido, se bosquejaba una protección a la mujer cuando se establece la no penalización del aborto con fines médicos, así: «Art 640. Si el que administra, facilita o proporciona, a sabiendas, los medios para el aborto, fuera el que ejerce la medicina o cirugía, o boticario, comadrón o partera, sufrirá, respectivamente, las penas señaladas en los artículos anteriores, con un aumento de seis meses a un año. No se incurrirá en pena alguna cuando se procure o efectúe el aborto como un medio absolutamente necesario para salvar la vida de una mujer, ni cuando en conformidad con los sanos principios de la ciencia médica, sea indispensable el parto prematuro artificial.»—No por eso debe creerse que la ley aconseja el empleo de esos medios, que generalmente son condenados por la Iglesia. Únicamente se limita a eximir de pena al que con rectitud y pureza de intenciones se cree autorizado para ocurrir a dichos medios.

³⁷ Puntualmente, contemplaba la norma: «Art 642. Pero su fuere mujer honrada y de buena fama anterior y resultare, a juicio de los jueces, que el único móvil de la acción fue el de encubrir su fragilidad, se le impondrá solamente la pena de tres a seis meses de prisión si el aborto no se verifica; y de cinco a diez meses, si se verifica.»

constitucionales propias del siglo XX que parte de la centenaria constitución de 1886, siguiendo la legislación civil y por último la ley penal contemporánea.³⁸

1.3.1.- *En lo constitucional*

Es importante recordar dos momentos claves para el estudio del orden constitucional, el primero de ellos referente a las constituciones pertenecientes del siglo XIX antes mencionadas; el segundo, el cambio que trajo consigo la constitución de 1991 a finales del siglo XX. Sin embargo, hay que resaltar que, de las constituciones del siglo XIX, fue la constitución de 1886 la puerta para el cambio actual.

A pesar de la larga vigencia que tuvo la Constitución de 1886 no quiere decir que el orden constitucional estuvo por ello carente de reformas de las cuales unas son mayormente relevantes que otras y que enmarcaron el tenue proceso de transformación en relación al tema de la familia y de la mujer. Tal vez, el punto más importante de este proceso de cambio, se encuentran entorno a las reformas de 1936 con las que se profundizó un cambio evidente e influyente en la cultura política del orden constitucional de esa época con una serie de medidas que, para algunos, puede referirse como radicales.

En cuanto a la calidad de ciudadano, que seguía siendo una prerrogativa de exclusividad masculina, mediante el Acto Legislativo número 1º de agosto 5 de 1936 en el artículo 8º se atenuó la diferenciación social que existía frente al tema de la ciudadanía en la medida en que se proponía que: «la mujer colombiana mayor de edad puede desempeñar empleos, aunque ellos lleven anexa autoridad o jurisdicción, en las mismas condiciones que para desempeñarlos exija la ley a los ciudadanos».

De esta forma, el orden constitucional intenta articularse a una naciente transformación social que pretende una reinterpretación del papel femenino dentro de la sociedad y por supuesto al interior del entramado familiar que a su vez se relaciona con un nuevo entendimiento del concepto de familia, esencialmente de esa familia tradicional desarrollada a partir de la referencialidad y subordinación ante el centro de la figura paterna dominante.

Por su parte, las garantías tradicionales que se dirigían hacia la defensa de esos derechos individuales, pero de individuos básicamente contemplados como ciudadanos, esto es, varones, trabajadores, propietarios, se amplían frente al reconocimiento constitucional de garantías y derechos cuyos depositarios sean otros grupos poblacionales. Si bien, esto no se entiende formalmente a partir del vínculo familiar o como com-

³⁸ Este análisis normativo obedece al pensamiento de que: «Una norma jurídica es un pedazo de vida humana objetivada. Sea cual fuere su origen concreto (consuetudinario, legislativo, reglamentario, judicial, etc.), una norma jurídica encarna un tipo de acción humana que, después de haber sido vivida o pensada por el sujeto o los sujetos que la produjeron, deja un rastro o queda en el recuerdo como un plan, que se convierte en pauta normativa apoyada por el poder jurídico, es decir, por el Estado. Lo que importa subrayar aquí es que la norma jurídica es vida humana objetivada, porque siendo así resultará claro que, para comprenderla cabalmente, deberemos analizarla desde el punto de vista de la índole y de la estructura de la vida humana» (Recanséns 1980, 135)

ponentes del mismo, sí al menos como representantes de una sociedad más compleja que aquella que era pensada bajo el matiz hegemónico masculino.

En tal sentido puede mencionarse el artículo 14 del Acto Legislativo que, referido a la infancia, contempla a partir de la garantía de la libertad de enseñanza inspeccionada y vigilada por el Estado, un proyecto nominalmente reconocido bajo el título de «finés sociales de la cultura» articulado con el esquema de obligatoriedad y gratuidad al menos en su etapa primaria.

De igual forma, en el artículo 16 del mismo Acto, se reconoce como una función del Estado la asistencia pública como una garantía encaminada a la protección y al otorgamiento de medios de subsistencia para aquellas personas que estuviesen incapacitadas físicamente para trabajar, siendo este un derecho que, aunque no de forma exclusiva, puede entenderse como directamente relacionado con la protección y ayuda frente a la tercera edad.

Resulta importante igualmente examinar las reformas desarrolladas hacia mediados de siglo XX. En este sentido, el Acto Legislativo número 1 de febrero 16 de 1945 en su artículo 2 modificador del artículo 13 de la Constitución, establece que la condición o calidad de ciudadanía, será para los colombianos y ya no únicamente para los varones. Sin embargo, esto no configura una instancia de desarrollo para la integración política de la mujer, toda vez que, en el articulado subsiguiente modificador del artículo 14 de la carta de 1886, reserva el sufragio y la capacidad para ser elegido popularmente únicamente a los varones.³⁹

Las reformas constitucionales de 1936 y 1945 pueden ubicarse dentro del contexto histórico conocido como República Liberal y las que no son ajenas a la tradición democrática colombiana que se desarrolla dentro de las proyecciones de establecer garantías y derechos subjetivos, pero carece del desarrollo objetivo de medidas tendientes a la materialización de dichos derechos, cuando no conjuga la práctica política de articular normas jurídicas que resultaron contradictorias.⁴⁰

No fue sino hasta 1954 a partir del Acto Legislativo número 3 de agosto 27 de ese año, por medio del cual, se suprimieron las medidas que restringían el sufragio

³⁹ De la Constitución de 1886 se indicaba que era: «conservadora desde el punto de vista de la época: era centralista; con un presidente fuerte, jefe de un ejército nacional, consagraba derechos restringidos y protegía el confesionalismo, bajo la influencia ideológica de un filósofo conservador, Miguel Antonio Caro, de aquí resultó la guerra de los mil días 1899-1902.» (Duhamel y Cepeda 1997, 261)

⁴⁰ Al decir articulación de normas se refiere que: «Tras haber derrotado a un conservatismo débil y dividido que había resultado incapaz de lidiar con la crisis de la modernización, la primera administración liberal presidida por Enrique Olaya Herrera hizo algunos ajustes en la legislación laboral y recibió el respaldo incierto del partido derrotado. En 1934 el partido gobernante era suficientemente fuerte para gobernar por sí sólo, esta vez bajo la dirección de uno de los más brillantes e influyentes estadistas colombianos: Alfonso López Pumarejo, quien presidió dos administraciones, de 1934 a 1938 y de 1942 a 1945. Durante su primer mandato, condujo la llamada revolución en Marcha, un audaz experimento de reformismo jurídico muy vecino al *New Deal* norteamericano que concluyó con las enmiendas constitucionales de 1936 y 1945.» (Valencia Villa 1987, 155)

a los ciudadanos varones y consecuentemente se otorgó a la mujer el derecho activo y pasivo del sufragio. Tal perspectiva fue reafirmada con la expedición del Decreto Legislativo de 1957 que sometía a plebiscito un texto modificatorio de la Constitución cuyo primer artículo rezaba: «Las mujeres tendrán los mismos derechos políticos de los varones». (Duhamel y Cepeda 1997, 256)

Por supuesto, mucho faltaba y quizás falta aún para lograr un equilibrio social dentro de los derechos y prerrogativas de hombres y mujeres, principalmente a partir del mantenimiento de un esquema tradicional del orden sustentado por una interpretación discriminatoria de los principios morales y por el lento desarrollo de mecanismos que permitan implementar los preceptos normativos del orden jurídico, sin olvidar que «la adopción de normas constitucionales o de tratados internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales genera obligaciones concretas al Estado» (Abramovich y Curtis 2002, 19).

1.3.2.- En la legislación civil

Uno de los cambios más sustanciales que se evidenció a partir de algunas de las principales reformas en la legislación civil frente al reconocimiento de la facultad de autonomía y libertad de decisión de la mujer, fueron las de la ley 28 de 1932 la cual modificó el régimen patrimonial del matrimonio, con respecto a la libre administración y disposición de los bienes por parte de los cónyuges, así como su responsabilidad frente a las deudas contraídas por cada uno de ellos.

Frente al margen de discriminación social para la madre que no estuviese casada, concerniente a la legitimidad de sus hijos que se estipulada en la ley 46 de 1936 y aunque con varios años de retraso, los legisladores colombianos expusieron la llamada ley de paternidad responsable ley 75 de 1968, disponiendo medidas proteccionistas tanto para con el hijo nacido fuera del matrimonio como para la madre.

Con respecto al ejercicio de la patria potestad, en virtud del Decreto 2820 de 1974, corresponde a los padres conjuntamente, lo que significó también una gran apertura de reconocimiento de la autonomía de la mujer en la familia.

Frente al divorcio como otro espacio de discriminación que se venía sosteniendo, su reforma es mucho más contundente dentro de la nivelación entre hombres y mujeres, al contemplar la ley 1 de 1976 que ya no será causal de divorcio el adulterio femenino y el amancebamiento masculino. Con posterioridad y a partir de la ley 25 de 1992 se constituyó un avance frente al reconocimiento de la facultad de autonomía y libertad de decisión de la mujer, al contemplar el mutuo acuerdo como otra causal más de divorcio.⁴¹

⁴¹ Éstas y otras reformas que no se mencionan aquí hacen que el concepto de familia se transforme y se conjeture más en la actualidad por cuanto en: «La estructura familiar, ya bastante limitada en funciones de reproducción, sufre una nueva transformación radical, pues como corolario de las múltiples autonomías que deben interpelar al sujeto, pierde las características de estabilidad y de permanencia y libera, cada vez de manera más precoz, a sus miembros de lazos sentimentales que suponía la filiación y el parentesco, para arrojarlos al libre juego de las subjetividades múltiples» (Moncayo 2004, 131)

Como puede verse ciertamente la legislación colombiana ha dirigido su quehacer dentro de la intención por superar el tradicional marco de discriminación del cual la mujer ha sido víctima y sustentado en un entendimiento excluyente del ordenamiento que en términos fácticos aún no se entiende como plenamente superado y que se solventó en el silencio cómplice de las normas. Esto argumentado con una breve revisión tal cual se ha intentado hacer en las páginas precedentes y en ese contexto de antecedentes tanto constitucionales como civiles y penales que enmarcaron las características del contexto legal colombiano previo a la promulgación de la Constitución Política de 1991.

Parece plenamente válida entonces la afirmación que se expone desde la teoría de la justicia como equidad en la que se reconoce la necesidad de replantear la igualdad entre el hombre y la mujer como sustento de la justicia en las siguientes palabras que se cita a manera de conclusión: «(...) para instaurar la igualdad entre hombres y mujeres en el reparto del trabajo en la sociedad, en la preservación de su cultura y en la reproducción de sí misma a lo largo del tiempo, se necesitan cláusulas especiales en el derecho familiar (y sin duda en más sitios), de tal forma que la carga de dar a luz, de criar y educar a los hijos, no recaiga más únicamente en las mujeres, pues ello socavaría su equitativa igualdad de oportunidades.» (Rawls 2002, 34).

El problema de la igualdad atañe a la necesidad de reconfigurar un orden social pensado desde una lógica excluyente y dominante masculina que desplegada en un marco de legalidad es proclive al mantenimiento de unos intereses particulares y que a través del transcurso histórico ha generado una casi infranqueable barrera ya no para la estipulación formal de un estatus de igualdad entre el hombre y la mujer, sino que se empeña en imposibilitar la implementación de medios reales para superar la discriminación de género. Siendo este el espacio y la necesidad a suplir desde una concepción renovada del Derecho como forma de intervención social y articulada a partir de una nueva dinámica constitucional inaugurada en 1991, pero que aun está iniciando un camino verosímil para su desarrollo.

1.3.3.- En la ley penal contemporánea

Mediante la ley 95 de 1936 se aprueba un nuevo Código Penal que tiene vigencia desde 1938 hasta 1980, fecha en el cual adquiere vigencia el decreto 100 de ese año como nuevo Código Penal. A su vez, este último es derogado por la ley 599 de 2000, siendo esta la correspondiente a la actual legislación penal de Colombia. En reconocimiento de esta transformación, es preciso examinar el desarrollo que en estos códigos puede referirse sobre la definición socio jurídico del papel de la mujer a partir de las características ya reseñadas para el siglo XIX.

Uno de los elementos más evidentes de la discriminación femenina estaba referido a la eximente de culpabilidad del homicida que cometía su delito sobre «su mujer legítima» o sobre su descendiente que fuesen sorprendidas en el ejercicio de un acto

carnal u otro «deshonesto, aproximado o preparativo de aquél». Tal inculpabilidad se constituía en un dispositivo que reafirmaba jurídicamente el dominio social que el hombre (padre o esposo) ejercía sobre la mujer (esposa o hija). Este dominio tiene como uno de sus ingredientes más relevantes el control de la sexualidad femenina, inserto en la presentación moralizante del honor masculino.

Ante esta situación, la norma de 1938 contemplaba ya no una inculpabilidad, sino una causal de atenuación, es decir, reducía la permisibilidad del victimario al contemplar algún castigo para él. Así mismo, parecía trascender la discriminación de género al postular que la víctima del homicidio podría ser «el cónyuge» y ya no «su mujer legítima»⁴².

Como se puede observar, inmediatamente después del llamamiento a «el cónyuge» como sujeto pasivo del delito se refiere a «la hija o la hermana» como víctimas potenciales del delito, quienes deben ser además «de vida honesta». Podría pensarse que en términos factuales o porcentuales tendría mayor verosimilitud la idea del marido que asesina a su esposa o la del padre a su hija o incluso el hermano a su hermana y sería difícil imaginar, por ejemplo, a la madre que mate a su hijo por encontrarlo en un acto carnal o menos aún, que lo haga la hermana sobre su hermano.

Muy seguramente, el legislador de la época estaba contemplando una acción de cierta forma común o al menos potencial y en atención a ello su referencia tácita al hombre como sujeto activo del delito. Sin embargo, no puede perderse de vista que, el contemplar esa situación como una causal de atenuación de la pena, constituye una postura a todas luces discriminatoria que refuerza el papel dominante del hombre sobre la mujer.

A todo esto, si de lo que se trataba, era de contemplar la figura contemporánea de la «ira e intenso dolor», esto reafirma la idea planteada de la total falta de justificación frente a la discriminación o trato desigual a causa del género. Sólo para confirmar esta intención tácita del legislador de contemplar al hombre como potencial beneficiario de la causal de atenuación, en las causas de exclusión estipuladas frente a este mismo evento se menciona expresamente al padre, el marido o el hermano.⁴³

Si hiciera falta sumar otro elemento para sustentar el carácter discriminatorio de esta medida, podría citarse su desaparición de los posteriores códigos de 1980 y 2000. Lo mismo ocurre en relación a los «delitos contra la libertad y el honor sexual», según la nominación del Código del 1938. En estos tipos penales tal como se postulaba para el siglo XIX, más que una protección para con la mujer, parece querer configurarse un esquema de control sobre su sexualidad o la «usurpación» de esta como si se tratase de un bien o propiedad del hombre (sea el marido o el padre).

⁴² Contemplaba el artículo correspondiente: «Art 382. Cuando el homicidio o las lesiones se cometan por cónyuge, padre o madre, hermano o hermana contra el cónyuge, la hija o la hermana, de vida honesta, a quienes sorprenda en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto, se impondrán las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, disminuidas de la mitad a las tres cuartas partes.»

⁴³ Dicha norma que lo confirma es: «Art 383. Las atenuantes previstas en el artículo anterior no se aplicarán cuando se trate de cónyuges separados o divorciados o cuando el padre, el marido o el hermano hubieren abandonado el hogar.»

Así, los delitos de violencia carnal y de estupro contemplaban una agravación punitiva cuando eran cometidos sobre «mujer virgen o de irreprochable honestidad», en este último modelo encajaban las mujeres casadas o las que aun vivían en casa de su padre y eran ellos precisamente quienes podían dar fe de su honestidad. Del mismo modo, contemplaban estos delitos una atenuación punitiva «si la víctima de los delitos allí previstos, fuere una meretriz o mujer pública» (artículo 321).

En ese caso, el pretendido control sobre la sexualidad ya se había perdido y eso parecía hacer menos grave el delito. Además, el artículo 322 contemplaba la inculpabilidad ya referida en el siglo XIX consistente en el matrimonio como eximente de la pena, al estimar que «el responsable de los delitos violencia carnal y estupro quedará exento de pena si contrajere matrimonio con la mujer ofendida». Este mismo eximente estaba consagrado en el artículo 354 en relación al rapto⁴⁴.

Como se colige de la lectura de la norma, era necesario que el elemento intencional del tipo apareciera como fundamento del delito, es decir, que no es la simple materialidad del rapto la que constituye la falta, sino que es la intención de la satisfacción sexual la que complementa el delito, de allí la duda sobre el bien jurídico tutelado. Además, llama la atención el uso del verbo «sustraer» para referirse a la mujer, pues es el mismo verbo utilizado en ese momento para referirse al delito del hurto, en relación a la sustracción de un bien u objeto.

El enfoque hacía el control de la sexualidad parece encontrar desarrollo en la penalización de las relaciones homosexuales bajo el tipo de «abusos deshonestos» contemplado en el Código de 1938 y en lo referente al delito de proxenetismo, al estimar que, si bien se habla en el artículo 327 de «persona honesta» para hacer referencia al sujeto pasivo del delito, más adelante se contempla una agravación de la pena para «el padre, el marido, el hermano o el hijo (...) que con fines lucrativos patrocinen o toleren la prostitución de la hija, esposa, hermana o madre» (artículo 331).

Esto por supuesto no conlleva ni a una desprotección para la mujer ni situación provechosa para el hombre, pero sí da cuenta de una situación social de marcada discriminación. Lo mismo puede afirmarse en relación al delito de «trata de mujeres y de menores» consagrado en el artículo 311 del Código de 1980, así: «El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de mujer o un menor de edad de uno u otro sexo, para que ejerza la prostitución, incurrirá en prisión de dos a seis años y multa de diez mil a cien mil pesos».

También podemos reseñar, además del control social (masculino) sobre la sexualidad de la mujer, una clara intención de control sobre su disposición como madre, esto

⁴⁴ En la misma línea, el mencionado delito de rapto estaba contenido dentro de la sección concerniente a los delitos contra la familia, y contemplaba: «Art 349. El que mediante violencia física o moral o de maniobras engañosas de cualquier género, arrebate, sustraiga o retenga una mujer, con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual o de casarse con ella, estará sujeto a las siguientes penas: de seis meses a dos años de prisión, si la mujer fuere mayor de edad; de seis meses a tres años de prisión, si fuere mayor de dieciocho y menor de veintiún años; de uno a cuatro años de prisión, si fuere mayor de catorce y menor de dieciocho, o si estuviere ligada por matrimonio válido.»

es, su maternidad a partir de la tipificación del aborto y sobre este asunto se podrían retomar las dos características principales del tratamiento normativo, anteriormente esbozadas.

Por un lado, la distinción punitiva para el aborto causado con o sin consentimiento de la madre, siendo siempre mayor la pena para el segundo caso así: para el legislador de 1938 «la mujer que en cualquier forma causare su aborto o permitiere que otra persona se lo cause, incurrirá en prisión de uno a cuatro años», misma sanción que tendría ese «otro» que lo cause; por su parte, se consagraba que «el que causare el aborto de una mujer sin su consentimiento, incurrirá en prisión de uno a seis años ...».

En 1980 las penas ascendieron de uno a tres años para el aborto consentido y de tres a diez para el carente de consentimiento. Actualmente el Código de 2000 contempla la misma pena para el primer caso y una variable de cuatro a diez años para el segundo. Esta diferenciación punitiva había sido referida anteriormente como una ambigüedad, en tanto enmarca la duda sobre el bien jurídico tutelado que es el de la vida del que está por nacer, caso en el cual no habría razón para diferenciar la pena o si se protege la autonomía y el derecho a decidir sobre la maternidad por parte de la mujer, supuesto que contradice la tipificación misma del aborto. Este asunto se retomará más adelante desde la perspectiva de la ponderación jurisprudencial.

Una segunda característica de la criminalización del aborto está referida a las causales de atenuación o incluso los eximentes de responsabilidad que históricamente ha contemplado el sistema penal. En su momento se hizo referencia a la eximente de responsabilidad sustentado en la «absoluta necesidad médica» para salvar la vida de la mujer, contemplado en el Código de 1890. Extrañamente el Código de 1938 no recoge esta postura, por el contrario, se torna más drástico frente a la práctica del aborto por parte de un profesional o facultativo, señalando que para el «médico, cirujano, farmaceuta o partera, la pena se aumentará hasta en la tercera parte, y se impondrá además la suspensión del ejercicio de la respectiva profesión por dos meses a seis años» (artículo 388).

Sin embargo, cuando «... el aborto se haya causado para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana» evento en el cual «la sanción puede disminuirse de la mitad a las dos terceras partes, o concederse el perdón judicial» (artículo 389). En este caso sí se auspicia una atenuación e incluso eximente total, no es para proteger la vida de la mujer, sino que al diferenciar ese «honor propio» al de la madre, mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, está refiriendo por residuo al honor de un hombre; es decir, superponiendo el honor del hombre tanto a la autonomía de la mujer (porque nada se dice sobre la necesidad de que concurra su consentimiento), como a la vida del que está por nacer (sin entrar aún en el debate de si es o no sujeto de derechos).

Para la legislación de 1980 solamente se consagraba una pena diferencial en atención a ciertas «circunstancias específicas» que algo más cercanas a la estimación de los derechos de la mujer, contemplaban que «la mujer embarazada como resultado de acceso camal violento abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare

su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año» (artículo 345).

En el artículo 124 del Código de 2000 se reafirma esa idea a partir de una atenuación punitiva de las tres cuartas partes para «cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas». Además, se retorna la eximente plena de responsabilidad «cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación», caso en el que «el funcionario judicial podrá prescindir de la pena», siempre y cuando «ella no resulte necesaria». Más adelante se examinará el desarrollo jurisprudencial de este tema.

Para cerrar este apartado sobre los dispositivos jurídico penales frente a la mujer, es fundamental reconocer la importancia de la tipificación de los delitos de «inseminación artificial no consentida» (artículo 280 del Decreto 100 de 1980) y su desarrollo como «inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas» (artículo 187 de la Ley 599 de 2000).

A todas luces, estos tipos penales, cada uno en su momento, constituyen una medida clara a favor del reconocimiento de la autonomía de la mujer y más aún, frente a la necesidad de que sean tomadas medidas especiales de protección para salvaguardar o resarcir a la mujer como sujeto de discriminación y dominio masculino, tanto en la perspectiva legislativa como socialmente.

2.- Igualdad sustantiva de la mujer a partir de la Constitución Política de 1991

Para la segunda mitad del siglo XX una década antes de su finalización, se proyecta a nivel global una nueva noción de Estado, producto de otros contextos sociales denominado como Estado de Bienestar que, con respecto al objeto de estudio, reposiciona a la mujer de cara hacia un nuevo Derecho y que en el caso colombiano se da a partir de la Constitución Política de 1991.

Es por ello que la Constitución colombiana de 1991 establece que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, por lo cual se propone un cambio en la función Estatal frente a los derechos civiles de los sujetos que lo componen y lo que plantea un nuevo modo de ordenar la sociedad y las relaciones sociales.

Bajo esta nueva consideración, la función misma del Estado entra a operar para proteger derechos civiles especialmente de aquellos que han sido mayormente vulnerados como lo es el caso de la mujer y su papel en la familia que ha sido lo bastante diciente y singular; por ello la necesidad de reconfigurar esa legislación que ha conso-

⁴⁵ La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece en su preámbulo que «la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural del país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que

La organización de esa familia como se ha mostrado soslayadamente tanto en la legislación del siglo XIX como del XX, obedece al tipo de Estado, si es autoritario debe responder a un modo de orden de tipo autoritario en cabeza del varón; pero con una nueva noción de Estado de carácter incluyente, se deshace esa concepción recluida en un modelo autoritario, de hecho, se relativiza esta misma autoridad y la misma noción de familia cambia con la nueva noción de Estado Social de Derecho.⁴⁶

Por tanto, ya no se persigue como una obligación del Estado proteger el modelo impuesto de familia, sino que se concede como un derecho, un derecho de los sujetos que participan en la misma comunidad; por lo cual, la familia puede estar compuesta indiferentemente e independientemente de si su cabeza es el hombre o la mujer, ya que la implicación con el Estado es de reconocimiento de derechos que están bajo el concepto jurídico de familia y en estos términos se reconoce la trascendencia de la construcción jurídica de la igualdad de géneros.

Dentro de estos nuevos fines del Derecho, el Estado colombiano en la constitución de 1991 se plantea lo que la Corte Constitucional ha propuesto como igualdad sustantiva, noción que no podría surgir en un modelo de Estado de tipo autoritario, donde la condición de familia se plateara de acuerdo a ciertos preceptos morales, religiosos o dentro de una legislación que no reconociera la diferencia de manera positiva, sino que siguiera preceptos de carácter eclesiástico para postular los deberes y los derechos de los sujetos que componen la familia y la sociedad.⁴⁷

entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad». Contempla además que los Estados Partes se comprometen a «seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer» (Art. 2); con claras obligaciones positivas que de allí se derivan; por lo cual «tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas políticas, sociales, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones al hombre» (Art. 3).

⁴⁶ Toda vez que: «Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; en una estricta dimensión individual (estado liberal de derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho)» (Pérez 2004, 20)

⁴⁷ Al respecto señala la Corte Constitucional: «Tradicionalmente en nuestra sociedad, como en la mayoría de las sociedades actuales, el «paradigma de lo humano» se ha construido alrededor del varón. Es a él a quien se le atribuyen características socialmente valoradas como la racionalidad, la fuerza, el coraje, por oposición a la mujer a quien se caracteriza como irracional, débil, sumisa. Tal dicotomía en la construcción del género o, en otras palabras, los diferentes roles y estereotipos que culturalmente se han asignado al hombre y a la mujer, no han hecho nada distinto que generar una enorme brecha entre los sexos que, a su vez, ha dado lugar a la discriminación de esta última en los más variados campos. En especial, este trato diferente ha relegado a la mujer al espacio de lo privado, al de la fiel esposa, aquella que debe guardar sumisión frente al marido, «quien debe liberar al ciudadano de las preocupaciones y tareas del ámbito privado (el de naturaleza) para que éste pueda dedicarse al ámbito de lo público (el de la cultura)» Sentencia C-082 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)

Con la Constitución Política de 1991 ya no es implícito vincular la mujer a la familia ni prorrogar algún tipo de limitación de carácter jurídico a alguno de los contrayentes del vínculo familiar.⁴⁸

El vínculo familiar, es mas una opción dentro de las dinámicas del sujeto, que una imposición de carácter estatal. Además, con la perspectiva del control por parte de la Corte Constitucional creada en 1991, se ha estimulado la prudencia del legislador de excepción, puesto que «La corte constitucional ha sido, como se debe, más sensible en la defensa de los derechos, mientras que, en los cien años de control constitucional, la corte suprema de justicia había dado pruebas de una perspectiva más bien formalista» (Duhamel y Cepeda 1997, 277).⁴⁹

Así las cosas, la reconfiguración del orden jurídico social que se proyecta desde una nueva forma de admitir, interpretar y aplicar el Derecho, no se satisface con la intervención de carácter declarativa del Estado de corte liberal que promulga derechos de contenido abstracto, sino que se complementa y perfecciona con el influjo del Estado Social de Derecho y que debe ya intervenir activamente en términos de socavar los dispositivos que históricamente han constituido la dominación del hombre sobre la mujer, reproducida en las normas jurídicas y de allí la relevancia de su revaloración.

De esto da cuenta el examen que se ha venido presentado como proceso histórico, dentro del cual se ha desarrollado los derechos de la mujer básicamente a partir de la idea del reconocimiento de su igualdad, lo que permite distinguir claramente un esquema de definición hegemónica de su posición social y que se puede resumir así:

⁴⁸ Como se viene mencionando, el control masculino generó una definición social de la mujer, definición que compagina con las necesidades y los ideales del hombre: «no existe algo así como una mujer como tal, sino sólo encarnaciones ambulantes de las necesidades proyectadas de los hombres» (Mackinnon 2006, 181).

⁴⁹ Al respecto la Corte Constitucional señala: «Desde su temprana jurisprudencia la Corte Constitucional ha defendido los criterios materiales para establecer el carácter fundamental de un derecho. Así en la sentencia T-002 de 1991 sostuvo: «Los criterios principales para determinar los derechos constitucionales fundamentales son dos: la persona humana y el reconocimiento expreso. El primero contiene una base material y el segundo una formal (...) El primer y más importante criterio para determinar los derechos constitucionales fundamentales por parte del Juez de Tutela consiste en establecer si se trata, o no, de un derecho esencial de la persona humana. El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana. No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo comunidad, la razón última de la nueva Carta Política. Los derechos constitucionales fundamentales no deben ser analizados aisladamente, sino a través de todo el sistema de derechos que tiene como sujeto a la persona. Es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo (artículos 14 y 16 de la Constitución), que adquieren sentido los derechos, garantías y los deberes, la organización y funcionamiento de las ramas y poderes públicos. Los valores y principios materiales de la dignidad, la personalidad jurídica y su libre desarrollo, así como los criterios de la esencialidad, la inherencia y la inalienabilidad, son atributos propios de la persona, reconocidos en la Constitución (...) El Preámbulo de la Carta contiene los valores de la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz; y en el cuerpo de la Constitución figuran además la moral social, la riqueza natural y el pluralismo expresado en la diversidad política, étnica y cultural.» Tomado del salvamento de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto de la sentencia C-650 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

primero, puede decirse que esta definición parte del encerramiento de la mujer dentro de su instancia familiar que a su vez, está definida como la principal institución patriarcal, esto es, como la arena en la cual surge la dominación masculina, haciendo que la concepción que se tiene de la familia parta del reconocimiento del padre como su cabeza visible; segundo, como se ha visto, la familia no es un lugar de reivindicación de los derechos de la mujer, sino la primera instancia de su marginación; tercero, las relaciones familiares son relaciones de poder y en ellas, según los autores ya expuestos, el deseo del hombre sobre la mujer pasa a ser el motor de estas relaciones de dominación. Así, prácticas como la esclavitud sexual o la violencia doméstica permiten advertir las particularidades de un control masculino, ejercido desde y gracias a la instancia familiar.

Una nueva función del Estado, plantea la indefinición del concepto familia que ya no puede tener un carácter natural como aún se afirma en la Constitución de 1991, sino simplemente un carácter jurídico; por lo cual la mujer recobra su denominación como sujeto jurídico así sea en otra subjetividad jurídica llamada familia; pero el problema de la legislación ya no se centra, como lo hemos visto a partir de la Constitución del 1991 en acabar la marginalidad de la mujer en la ley dentro del carácter jurídico familia, ni en la igualdad del hombre y la mujer de nuevo en el vínculo familiar, sino en remediar el problema social que esto ha implicado para la mujer.

Es para esta sociedad donde se debe pensar el Derecho y la argumentación de igualdad sustantiva; una sociedad donde el saber o la especialización hacen parte de los nuevos referentes de vida, ya no la bondad y las concepciones teleológicas, sino la inmediatez, el apuro diario, la marginalidad urbana, la falta de empleo, las responsabilidades de los hijos en cabeza de la mujer, o la violencia misma en que se ve incluida la mujer en el actual contexto conflictivo (Atienza 1996).⁵⁰

Tarea difícil, porque ello depende de propiciar el reposicionamiento del poder judicial, reto que trae consigo corrientes *ius* teóricas como el nuevo Derecho, en el que el juez es llamado a actuar no como un simple operador jurídico, sino como agente activo frente al manejo de la problemática social, la cual no logra ser certeramente percibido desde la abstracción normativa, por lo que su perspectiva sobre las transformaciones jurídicas y sociales no son el resultado de las modificaciones del Derecho positivo, sino por el contrario, que es esencial que el poder judicial asuma una instancia de intervención social que propicie la consecución armónica de los fines del Estado de Derecho (López 2000).⁵¹

⁵⁰ Ya interpretar la mujer desde un nuevo Estado, se debe tener en cuenta que: «El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y por tanto una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza» (Atienza, 1996). Al respecto también puede verse esta apreciación en sentencia T-025 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

⁵¹ Vale la pena resaltar el lugar que representa las sentencias judiciales dentro de las normas como fuente del Derecho: «Para antes de la constitución de 1991, en el seno mismo de la Asamblea

En Colombia esa misión es otorgada y meramente cumplida a partir de 1991 por la Corte Constitucional cumpliendo hasta nuestros días una tarea de socialización del Derecho, lo que para algunos es sin duda una superación del formalismo positivista de la normatividad, en aras de su adecuación dentro de un contexto muy problemático y caracterizado por la exclusión y marginalización de amplios sectores poblacionales en términos políticos, económicos y culturales.⁵²

Esta adecuación, que por supuesto no puede desprenderse de los fines del Estado Social de Derecho prohijado por el constituyente de 1991, no se sustenta únicamente con la imposición de nuevos cuerpos normativos, sino que requiere la intervención activa del Estado a partir de sus instancias judiciales, intervención que se adecua con la postura teórica del nuevo Derecho; «pero no es suficiente pues la distancia entre el texto constitucional y las realidades sociales continúa como para decir que Colombia es regida por una constitución.» (García Villegas, Uprimny y Rodríguez 2006, 221)

Estos elementos deben hacer parte de las nuevas visiones que se podrían reconocer como un nuevo Derecho en Colombia, con los que se observa, no solamente una nueva condición de la mujer, sino también del Estado, la sociedad y el hombre; se fragmenta la idea naturalista de la familia y constituye nuevas subjetividades dentro de las cuales la individualidad como el principio mismo de la ley plantea la disgregación y la dispersión de estructuras sociales que a través del tiempo se habían conformado.

En este panorama, la autonomía de la mujer es constituyente, aunque sea una autonomía limitada por el mismo Derecho o por la constitución de una estatalidad, es una puerta abierta a la subjetividad tanto del juez que juzga como a las subjetividades jurídicas que crea el Derecho, una nueva dimensión de comprensión tanto a partir de comprender el Estado y su función como la función misma del Derecho en sociedad (Schmitt 1996).

constituyente se libro una batalla. Hubo dos tendencias. La primera promovía una revalorización del papel del juez en una democracia, de su responsabilidad en asegurar la efectividad de un estado social de derecho y de la necesidad de hacer de la jurisprudencia del máximo interprete de la constitución un punto obligado de referencia. Esta tendencia logro varios resultados, de los cuales resalto dos: el primero fue la creación de una corte constitucional, lo cual reforzó los elementos de control concentrado de constitucionalidad que ya estaban presentes en nuestra tradición por introducción de la acción publica de inconstitucionalidad en 1910. El segundo fue el mecanismo de revisión de todos los fallos de tutela por parte de la corte constitucional lo cual, al margen de los debates entre las cortes, lleva a que esta institución tenga la ultima palabra en cada caso». (López, 2000, p. xi)

⁵² Además, como lo indica María Rodríguez citando a Gargarella: «puede corregir la crisis de representatividad de las minorías estables y mutantes, protegerlas frente al trato desigual injustificado que se deriva de la aprobación de una ley. Empero, pese a todas las demostradas bondades del mecanismo, el procedimiento de toma de decisión no nos garantiza que al final de la causa los jueces constitucionales se aparten de los argumentos de las mayorías y opten por avalar los reclamos de las minorías, comprometiéndose en la modificación del statu quo. Gargarella explica que la convicción de los jueces se identificara con los intereses de las minorías parece soportarse en la buena fe que algunos autores presuponen de ellos, en la consideración del carácter no mayoritario de justicia; y, por ultimo, en la confianza en que la razón y la doctrina del derecho influirán en forma persuasiva en su decisión. Sin embargo, Gargarella critica que estas tres posibilidades se unifiquen sobre el supuesto de la buena voluntad de los jueces, lo que le resulta insuficiente.» (Rodríguez 2005, 337)

Es en este panorama que las acciones positivas o afirmativas del Estado, desarrolladas por ejemplo por el poder judicial, materializan una medida o dispositivo de articulación de los fines de dicho Estado frente a un contexto tradicionalmente adverso para algunos sectores, en aras de conseguir la igualdad sustantiva de la mujer.

Así las cosas y para el caso concreto, a continuación se señala frente a la necesidad de reformular el posicionamiento jurídico de la mujer, la perspectiva de este nuevo Derecho que permite distinguir dos dimensiones del asunto que reflejadas dentro del tratamiento jurisprudencial de la Corte Constitucional desde 1992, constituyen el centro del análisis que a continuación se aborda: una dirigida hacia la necesidad de controvertir o eliminar del ordenamiento jurídico, aquellas medidas de carácter legal que directa o indirectamente comprendía una distinción injustificada y perjudicial para la mujer; y otra, enfocada en la urgencia y obligación del Estado para tomar medidas reales y efectivas que aún significando un tratamiento que privilegie a la mujer en tal sentido desigual o diferenciador para el hombre, contrarresten la exclusión y marginación social e histórica de la mujer, puesto que «la ley desde la perspectiva de un individuo que tendrá que aplicarla, interpretarla, cambiarla, ponerla entredicho», es lo que reposiciona al sujeto en el Derecho. (Kennedy 1999, 95).⁵³

2.1.- Reposicionamiento del poder judicial a favor de la mujer

El nuevo Derecho como un movimiento *iuris* teórico, asume una línea anti formalista contemporánea, para propiciar que el poder judicial admita una instancia de intervención social que propicie la consecución armónica de los fines del Estado de Derecho y actué no como un simple operador jurídico, sino como un agente activo frente al manejo de la problemática social que no logra ser certeramente percibida desde la abstracción normativa, por cuanto las transformaciones jurídicas y sociales no son el resultado de las modificaciones del derecho positivo.

Para el caso colombiano, es claro afirmar que ha sido la Corte Constitucional el ente que ha asumido con mayor verosimilitud la tarea de «socialización» del Derecho como una superación del formalismo positivista de la normatividad y adecuación dentro de un contexto muy problemático y caracterizado por la exclusión y marginalización de amplios sectores poblacionales matizados política, económica y culturalmente.

Sin embargo, esta adecuación que, por supuesto no puede desprenderse de los fines del Estado Social de Derecho prohiado por el constituyente de 1991, no se sustenta únicamente con la imposición de nuevos cuerpos normativos, sino que requiere la intervención activa del Estado a partir de sus instancias judiciales pero adecuadas con la postura teórica del nuevo Derecho.

Esta perspectiva del nuevo Derecho permite distinguir, por tanto, dos dimensiones reflejadas dentro del tratamiento jurisprudencial de la Corte Constitucional a partir

⁵³ Al hablar de dimensiones se está reconociendo implícitamente la unidad del objeto. No son entonces dos fases (diferenciadas temporalmente) o dos elementos (como partes que dividen al objeto), sino dos instancias de un mismo asunto o problema, la necesidad de reformular el posicionamiento jurídico frente a la mujer.

de la constitución de 1991 y constituyen el centro del análisis que se seguirá abordado en el transcurso del capítulo, así:

2.1.1.- Igualdad de género

La construcción jurídica de la igualdad de género como internación estatal prohijada por el nuevo Derecho es una dimensión que va dirigida hacia la necesidad de controvertir o eliminar del ordenamiento jurídico aquellas medidas de carácter legal que directa o indirectamente comprendía una distinción injustificada y perjudicial para la mujer.

Se ha expuesto en el tema precedente ejemplos elocuentes, simples y no únicos de las normas que regulaban el matrimonio, por medio de las cuales se incapacitaba a la mujer para el manejo y disposición de sus bienes o para el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, lo que será el punto de partida en el reconocimiento de la igualdad de género como principal escenario que permitiría reconocer esa instancia de intervención estatal prohijada por el nuevo derecho.

También se ha señalado copiosamente en la doctrina jurídica, que no es univoca ni generalmente aceptada una sola postulación conceptual que logre recoger plenamente el principio de la igualdad y menos que sea suficiente para dar cuenta de los distintos matices de su aplicabilidad.

En el caso colombiano con la Constitución Política de 1991, se estableció el reconocimiento de la igualdad legal como derecho adquirido de todas las personas desde su nacimiento y sin distinción alguna.⁵⁴

Así mismo, consagró una instancia de promoción y protección en cabeza del Estado que posibilite la materialización de este derecho fundamental, que se instituye como principio básico de la organización estatal y de la participación democrática; toda vez que «la Constitución funda, al igual que un texto sagrado, nuevas ideas, a cuya luz la comunidad puede reconocer sus más profundas aspiraciones y sus verdaderos intereses» (Habermas 1998, 331)

Es así como el reconocimiento de la igualdad se impone como fin esencial del Estado, en la medida que lo obliga a otorgar un trato no discriminatorio frente a ninguno de los coasociados, y a su vez, a proteger a aquellos que socialmente puedan verse afectados dentro del reconocimiento como iguales frente a otros.

Se trata de una tarea que se extiende desde el análisis de los conceptos fundamentales, como por ejemplo: inicia con el concepto de norma, de derecho subjetivo, de libertad y de igualdad; pasando luego por la construcción jurídica de la relación entre el supuesto de hecho y las restricciones de los derechos fundamentales y la del efecto en terceros; hasta llegar a la investigación de la estructura del sistema jurídico con la llamada irradiación de los derechos fundamentales, logrando así, con la ponderación la fundamentación sobre la base de derechos fundamentales. (Alexy 1993).

⁵⁴ Art. 13 «Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley (...)»

De esta forma pueden registrarse dos características del deber estatal frente al derecho a la igualdad; por un lado, una obligatoria «neutralidad estatal» que determina que las autoridades que ejercen el poder público se abstengan de obrar en forma parcializada o en aplicación de preferencias de ningún tipo; por el otro, se consagra un deber de protección estatal que compele a las autoridades, a la realización de acciones efectivas que contrarresten los distintos dispositivos sociales que han generado históricamente la desigualdad entre las personas. (Lamprea 1994, 76 y ss)

Esto último, tiene un carácter general, pero con un relevante protagonismo de la desigualdad por razones de sexo. Dentro de este panorama, la Corte Constitucional se ha valido dentro de sus pronunciamientos, de una concepción del principio de igualdad, fundamentada en el relativismo expuesto bajo la formula según la cual «hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual», esto es, que se debe determinar los sujetos involucrados dentro del concepto (¿igualdad entre quienes?) y los alcances del mismo (¿igualdad de qué?); y esto sucede en donde existe justicia constitucional y donde la Constitución es, no sólo la norma superior, sino además, una disposición directamente aplicable en todos los casos en los que la interpretación constitucional ocupa en el Derecho un papel que tenia en el pasado la interpretación del Derecho civil. (Uprimny 2001)

El parangón de la legitimidad existente frente al trato igualitario entre los iguales y el trato desigual entre los desiguales, que proyectan esas dos preguntas (¿igualdad entre quienes?) e (¿igualdad de qué?) y ubicado dentro del margen de la realidad, permite reconocer la pretensión por la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y al mismo tiempo, la necesidad de un trato desigual entre ambos como consecuencia del contexto social que ha marginado históricamente a la mujer, convirtiéndola en un otro desigual al hombre y por ello mismo, sujeto de un trato diferenciado.

En tal sentido la Corte sosiega ante la ley, la búsqueda de la igualdad de derechos entre hombre y mujer, examinando la exequibilidad que recae sobre las partes del ordenamiento jurídico que fueron en su momento instituidas en abierta violación al reconocimiento del principio de igualdad legal o de no discriminación en razón al sexo.⁵⁵

⁵⁵ Expresando que: «Con arreglo al principio de igualdad, desaparecen los motivos de discriminación o preferencia entre las personas. Basta la condición de ser humano para merecer del Estado y de sus autoridades el pleno reconocimiento de la dignidad personal y la misma atención e igual protección que la otorgada a los demás. El legislador está obligado a instituir normas objetivas de aplicación común a los destinatarios de las leyes, sin concebir criterios de distinción que representen concesiones inmerecidas a favor de algunos o trato peyorativo respecto de otros (...). Hombre y mujer gozan de los mismos derechos y prerrogativas y están obligados por sus deberes en igual forma a la luz de la Constitución, pues ninguno de los dos sexos puede ser calificado de débil o subalterno para el ejercicio de los primeros ni para el cumplimiento de los segundos, ni implica «per se» una posición de desventaja frente al otro. La pertenencia al sexo masculino o al femenino tampoco debe implicar, por sí misma, una razón para obtener beneficios de la ley o para hallarse ante sus normas en inferioridad de condiciones. De allí que sean inconstitucionales las disposiciones que plasman distinciones suportadas única y exclusivamente en ese factor.» C-588 de 1992 (MP. José Gregorio Hernández Galindo)

Así, es como entran a examinarse las disposiciones que auspiciaban la desigualdad de la mujer y son objeto entonces del correspondiente juicio de constitucionalidad asumido por la Corte Constitucional declarando la inconstitucionalidad de normas que se encontraban vigentes y configuraban un claro dispositivo de marginalización para con la mujer; de las cuales vale la pena resaltar la sentencia que frente al tema de la edad mínima para contraer matrimonio busca la efectiva igualdad entre hombres y mujeres dentro de la institución familiar, más aún protegiendo a la niñez femenina frente al adolescente masculino.⁵⁶

Lo mismo sucede con la sentencia sobre las estipulaciones concernientes a la consagración de la «incapacidad relativa» de la mujer casada que, sin entrar en detalle de su debate, es piedra angular en la fundamentación de la subordinación de la mujer e imposición de no deber, ni poder manejar sus bienes dentro de la sociedad conyugal, incluso fuera de esta.⁵⁷

A la luz de la Constitución de 1991 se ve la urgencia de la labor de la Corte Constitucional que mediante su jurisprudencia tiende al estudio de constitucionalidad de aquellas normas que históricamente han consolidado dentro del entramado social la marginación y subordinación de la mujer.

Fue fundamental corregir tales sometimientos como agente garantizador del ordenamiento constitucional y pronunciarse sobre las normas relativas a la constitución de la institución matrimonial con respecto: a la manifestación de la voluntad igualitaria de las partes, el manejo común de los bienes, el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos cónyuges y de las cargas de la obligación alimentaria, las causales de divorcio, con la necesidad de ser equitativas para el hombre y la mujer.⁵⁸

También el órgano supremo ha interferido en temas referidos a los derechos y deberes de los miembros de la pareja, con especial reparo hacia la prohibición del maltrato doméstico y la violencia intrafamiliar.⁵⁹

⁵⁶ El legislador contemplaba frente al tema de la edad mínima para contraer matrimonio, que la misma era de 12 años para las mujeres y de 14 para los hombres, la cual se declara inconstitucional y se deja la misma edad mínima de 14 años para ambos. C-507 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa)

⁵⁷ La incapacidad relativa que se establecía para la mujer casada en el manejo de su persona y mandataria de sus bienes establecía un trato discriminatorio sobre la mujer en materia de sus obligaciones y contratos al tratarla como una persona relativamente incapaz, puesto que, implicaba la sujeción al esposo (potestad marital) a quien se le otorgaba determinados efectos de sus actos frente a terceros cuando actuaba en calidad de mandataria (incapaz); dicha discriminación legal fue derogada tácitamente por la Ley 28 de 1932 y el Decreto ley 2820 de 1974, normas que propenden por la plena capacidad civil de la mujer casada. C-857 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández)

⁵⁸ Este cambio significativo se puede evidenciar en las sentencias C-112 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero), C-1413 de 2000 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), C-875 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) respectivamente.

⁵⁹ Cuando los derechos de la vida, integridad física y los de tener una familia, entre otros, son vulnerados por la conducta violenta y peligrosa del marido en contra de su mujer, la Corte Constitucional transitoriamente los protege mediante la acción de tutela, en aras de evitar un perjuicio irremediable; así lo contempló el supremo órgano constitucional en sentencia de Tutela T-382 de 1994 (MP. Hernando Herrera Vergara). Dicha protección constitucional sólo es posible

Por supuesto, no ha sido la instancia matrimonial el único escenario en el cual deben tomarse medidas tendientes a la regularización o actualización del ordenamiento vigente que es en tanto continuador del esquema tradicional de discriminación femenina.

Otros ámbitos, tales como el laboral o educativo permiten dar cuenta de la complejidad y consecuente trascendencia del asunto; por fortuna, el Constituyente de 1991 abordó el grave problema histórico de la discriminación femenina reconociendo la fortaleza de los dispositivos generadores de tal situación que estaban presentes en el ordenamiento legal, pero que no se limitan a él.

De esta forma, se planteó en la Constitución la obligación estatal de buscar y ejecutar las medidas necesarias para que, la vulneración de los derechos de la mujer fuese revertida o subsanada en términos reales, es decir, trascendiendo la simple formalidad de la declaración legal, o la eliminación jurídica por vía de inconstitucionalidad para posibilitar una transformación social que, efectivamente, significara una igualdad para la mujer; pero una igualdad sustancial, no simplemente formal. Siendo este el fundamento de las denominadas acciones positivas a favor de la mujer, sustentadas por supuesto desde la perspectiva del nuevo Derecho y las que a continuación, se mencionan en términos muy generales.

2.1.2.- Teoría de la acción afirmativa o positiva

Una dimensión enfocada en la urgencia y obligación del Estado para tomar medidas reales y efectivas, que aún significando un tratamiento que privilegie a la mujer en tal sentido desigual o diferenciador para el hombre y contrarresten la exclusión y marginación social e histórica de la mujer, es lo que se enmarca en la teoría de las acciones afirmativas o positivas.

Resulta esencialmente relevante la protección especial que trae consigo el mandato constitucional con respecto al contemplar en la carta los derechos fundamentales y señalar los aportes sociales determinantes frente a temas como el de la autonomía personal, la exclusión social o la discriminación de tipo sexual o de género, toda vez que «la constitución Política del 91 ha modificado, en ciertos casos, el equilibrio de poder social y político, entre otras al otorgar más poder a los débiles, los vulnerables, los marginados y los desorganizados, cuando éstos cuentan con un derecho constitucional que los protege». (Cepeda 2007, 62)

hasta la promulgación de la Ley 294 de 1996* que protege en forma inmediata los derechos fundamentales de los integrantes del núcleo familiar que pueden verse vulnerados con ocasión de la violencia intrafamiliar, desplazando así el mecanismo de acción de tutela, según lo indicado en sentencia de tutela T-460 de 1997 (MP. Antonio Barrera Carbonell) (*Norma básica de violencia intrafamiliar modificada parcialmente por la Ley 575 de 2000, Ley 1257 de 2008, DUR 1069 de 2015 y DUR 780 de 2016)

Este aspecto es desarrollado por los artículos 13, 40 y 43 de la norma superior que proscriben la discriminación por razones de sexo y que paralelamente estipula la obligación estatal de promover las condiciones que efectivicen esta igualdad.⁶⁰

La promoción estatal de medidas reales y efectivas para la superación de las condiciones de discriminación y marginalización de que trata el artículo 13 de la constitución de 1991, deben ser entendidas y desarrolladas como acciones afirmativas, las cuales, según la Corte están expresamente autorizadas por la Constitución, incluyendo las de discriminación inversa: «las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría sospechosa, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas misma personas o grupos en posiciones desfavorables»⁶¹

A partir de esta proyección constitucional como instancia especial de protección de la mujer, tanto la doctrina como la jurisprudencia han desarrollado la teoría de la acción positiva o afirmativa, que en esencia reconoce la necesidad de trascender el ámbito de establecimiento del estatus igualitario entre hombre y mujer para generar una ruptura del mismo.

Es positiva, en la medida que está encaminada a generar un resarcimiento o restitución de los derechos de que han sido tradicionalmente despojadas las mujeres a partir de prácticas de discriminación social que las han subvalorado y relegado hasta propiciar una situación clara de desventaja, no sólo en el ámbito familiar, sino en el amplio espectro social.⁶²

Según esta posición doctrinaria y jurisprudencial, la promoción estatal de medidas reales y efectivas para la superación de las condiciones de discriminación y marginalización de que trata el artículo 13 de la carta, deben ser entendidas y desarrolladas como «acciones afirmativas», por supuesto, es imprescindible registrar los requisitos que la jurisprudencia misma ha establecido para la validez de la implementación y desarrollo de estas medidas de discriminación positiva, en aras de la no degeneración abusiva de la figura constitucional, sino por el contrario, dentro de su armonización social y en cumplimiento de su teleología:

⁶⁰ Inciso final Art 40 «las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública». Art 43 «la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación durante el embarazo»

⁶¹ Sentencia C-371 de 2000 (MP. Carlos Gaviria Díaz)

⁶² La utilización del término de acción positiva o afirmativa frente a la idea de discriminación positiva o inversa, es en tanto porque la acción positiva pretende una finalidad igualatoria y no suscribe realmente el perjuicio que se supondría de la discriminación. Vale aclarar que algunos autores manejan indistintamente y como sinónimas las dos posturas terminológicas: «el trato desigual con finalidad Igualatoria, supone tratar a hombres y mujeres de forma diferente con la finalidad de conseguir que su situación en la práctica sea equivalente. Las medidas de acción positiva consisten en un trato desigual con finalidad igualatoria» (Dema 2000). Esto último se evidencia fundamentalmente en la jurisprudencia colombiana examinada en esta investigación.

«Aceptando que la Constitución autoriza las medidas de discriminación inversa, se debe dejar en claro que: 1) la validez de estas medidas depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias. 2) No toda medida de discriminación inversa es constitucional. En cada caso habrá de analizarse si la diferencia en el trato, que en virtud de ella se establece, es razonable y proporcionada. 3) Las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la «igualdad real y efectiva» pierden su razón de ser.»⁶³

En este orden de ideas, es claro que esta postura jurisprudencial reconoce lo ineludible del análisis contextual en aras de realizar la valoración adecuada de los alcances del derecho a la igualdad. Así, la protección a este derecho no puede subsumirse a proposiciones abstractas, sino que debe estar compelida a un esquema concreto que históricamente ha prefigurado la realidad social de la mujer constituyendo un marco de marginación, esquema dentro del cual debe operar el derecho⁶⁴.

Resulta entonces consecuente con este planteamiento el desarrollo normativo constitucional ya referido y desplegado en los artículos 40 y 43, que permiten reconocer distintas circunstancias para la materialización de esta instancia de acción positiva o protección especial de la mujer como elemento esencial para la validación de sus derechos vulnerados y el resarcimiento ante la precariedad tradicional frente al tratamiento de los mismos.

También es fundamental, el examen contextual específico que permite dar cuenta, dentro del caso concreto, de la vulnerabilidad de la mujer dentro de una situación particular, de este modo, estos casos concretos o situaciones modelo presentan una oportunidad inmejorable para un detallado análisis de la acción positiva o el trato especial ante la mujer como instancia de intervención jurídica del Estado en la sociedad, tal como puede plantearse desde el nuevo Derecho.

⁶³ Las acciones afirmativas según la Corte Constitucional «Designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación (...) Las acciones afirmativas, incluyendo las de discriminación inversa, están expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría sospechosa, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables.» Sentencia C-371 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)

⁶⁴ Dice la Corte al respecto que: «La igualdad que estatuye el precepto constitucional no implica que el trato dado por la ley a las personas deba ser idéntico, pues bien, se sabe que al Estado corresponde contrarrestar aquellas desigualdades surgidas de condiciones económicas, físicas o mentales, por cuya razón, ciertas personas se encuentran respecto de las demás en circunstancias de debilidad manifiesta. En desarrollo del concepto de igualdad real y efectiva, las autoridades públicas están obligadas a introducir en sus actos y decisiones, elementos que desde el punto de vista formal podrían parecer discriminatorios, pero que sustancialmente tienden a lograr un equilibrio necesario en la sociedad, por cuya virtud se superen en la medida de lo posible, las deficiencias que colocan a algunos de sus miembros en notoria posición de desventaja.» Sentencia C-588 de 1992 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

2.2.- Integración femenina en el mercado laboral.

Continuando con la transformación jurídica del estatus de la mujer, es ineludible resaltar la labor de la jurisprudencia constitucional con especial injerencia en el escenario laboral, para lo cual, se señalan dos pilares fundamentales como acciones positivas entorno a la integración femenina en el mercado laboral: la protección reforzada de la mujer embarazada y el derecho a la pensión de vejez.

2.2.1.- Maternidad

El campo laboral, es uno de los escenarios en donde el esquema tradicional de subordinación de la mujer se torna mas dramático y evidente a causa del estado de gravidez como una instancia de vulnerabilidad femenina y que potencia la premura de la protección especial del Estado Social de Derecho.

Su significado se torna apenas consecuente con la norma constitucional dirigida hacia la materialización de medidas garantes del derecho a la maternidad de la mujer y de paso cobija el derecho a la vida del *nasciturus*, al estar íntimamente arraigados tal y como se desprende del artículo 43 constitucional.

En este contexto en la demanda de inconstitucionalidad de la norma que consagraba la prohibición de despedir a cualquier mujer trabajadora por motivo de su estado de embarazo o de lactancia, manifiesta que se tal normativa configuraba una presunción que hacía que aquel despido efectuado durante el periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, fuese entendido como motivado por esa causa.⁶⁵

Sin embargo, el mentado ordinal 3° estipulaba una sanción indemnizatoria que habría la posibilidad para contravenir legalmente esa prohibición, al señalar que «La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y, además, al pago de las doce (12) semanas del descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado.»

La medida indemnizatoria planteada en la norma, lejos de constituir una circunstancia de especial protección para la mujer significaría una autorización para el patrono para proceder a un despido sin las autorizaciones y los procedimientos que la misma ley estipula, toda vez que, no se establece una prohibición absoluta o al menos, una persuasión lo suficientemente verosímil que impida o constriña al empleador a no despojar a la trabajadora de su derecho.

Esto, por supuesto comprende una violación al deber de protección especial a la mujer embarazada o en periodo de lactancia, consagrado en el artículo 43 constitucional, porque la simple indemnización de ningún modo compensa el perjuicio presente y futuro que se le puede causar a la mujer con la pérdida de su empleo. Desde luego,

⁶⁵ Sentencia de constitucionalidad en contra del ordinal 3° del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990 C-470 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero)

una indemnización tampoco es una protección especial en términos del Estado Social de Derecho.

En este orden de ideas, el cuestionamiento central asumido por la Corte dentro de la demanda de inconstitucionalidad se dirige al establecimiento de la suficiencia de la indemnización prevista por la norma demandada como mecanismo de protección especial para la mujer embarazada y consecuentemente para su hijo según los alcances de esa asistencia y protección especial ordenada constitucionalmente.

La cabal comprensión de esos alcances debe referirse entonces al reconocimiento de la particularidad de un contexto social que, como se ha venido señalando, ha compelido a la mujer dentro de las restricciones de un rol familiar y social que han ocasionado su marginalización y subordinación frente al hombre, perturbándose de esta forma no sólo la igualdad entre los sexos, sino la dignidad femenina y las posibilidades de su desenvolvimiento social y desarrollo económico autónomos.

Como agravante para tal situación, se ha sumado un condicionamiento frente a una circunstancia que es a la vez tan natural como especial de la mujer y es la materialización de su facultad procreadora dentro del estado de embarazo. Tal condición no ha servido para enaltecer a la mujer en su especial calidad, sino que, por el contrario, se ha constituido en un factor de aminoramiento de sus posibilidades y la ha colocado en una inferioridad aun mayor que la predicada para una mujer que no esté en embarazo.

Socialmente, se ha construido una concepción dentro de la cual la mujer embarazada es una carga problemática y su estado, un detrimento económico. Situación que se extiende al necesario periodo de lactancia que la denota como una persona en inactividad y así, una afectación a la productividad.

En el campo laboral, esta discriminación aumenta la tradicional marginación sufrida por la mujer, ya que no sólo se entiende afectada la productividad empresarial, sino que, haciendo una lectura errónea de los derechos que adquieren las mujeres en estado de embarazo, se estima esta condición como una carga extraordinaria para los patronos, quienes dentro de la racionalidad economicista, que parece guiar las relaciones sociales del mundo actual, encaran la maternidad de sus trabajadoras como una ecuación financiera dentro de la cual se pierde más con la asunción de sus obligaciones legales que con un despido, que aún siendo injusto, puede realizarse asumiendo una simple carga indemnizatoria, según señala la norma impugnada.

Esta práctica social no se puede contrarrestar en modo alguno con la simple declaración normativa de derechos genéricos para la mujer o para el *nasciturus*, menos aún, va a verse restringida por una indemnización que, en últimas, ni compensa a la mujer ni restringe al patrono frente a la posibilidad del despido injusto.

Siguiendo esta línea argumentativa la Corte encuentra que, en aras de hacer reales y efectivas las medidas estatales tomadas para subsanar la marginación tradicionalmente sufrida por la mujer, tal como se desprende del artículo 13 constitucional, es imperativo configurar un esquema especial que propicie la estabilidad laboral de

la mujer embarazada o en estado de lactancia, que podría entenderse a priori como quebrantamiento a la prohibición de establecer tratamientos legales diferenciados por razones de sexo, pero que, dentro del análisis de una situación social concreta, se justifica como medida de discriminación positiva en tanto que busca blindar a la mujer frente a una práctica común que la victimiza socialmente.

Por supuesto parece totalmente opuesta a esta teleología esa autorización para excluir del mundo laboral a la mujer por el hecho de su embarazo, con la única contraprestación de una indemnización que a todas luces es insuficiente.

Además, la discriminación positiva implícita dentro de los artículos 13 y 43 de la Carta, se complementa con el llamamiento constitucional del artículo 53 que, reconociendo la precaria configuración en Colombia de los derechos y garantías laborales, más aún tratándose de los de la mujer, hizo explícitos los principios mínimos fundamentales que deben guiar la legislación laboral en el país:

«Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)»⁶⁶

Según esta proyección constitucional «la especial protección laboral a la mujer embarazada, implica que los principios constitucionales del trabajo adquieran mayor fuerza en estos casos», y de esta forma, los principios como la estabilidad laboral o el derecho a la remuneración mínima vital y móvil, por sólo nombrar un par de ellos, adquieren una relevancia extraordinaria cuando se refieren a mujeres embarazadas.⁶⁷

⁶⁶ Subrayado fuera del texto original.

⁶⁷ Estima la Corte «Los principios constitucionales del artículo 53, que son normas directamente aplicables en todas las relaciones laborales, tal y como esta Corporación lo ha señalado en múltiples oportunidades, adquieren, si se quiere, todavía mayor fuerza normativa cuando se trata de una mujer embarazada, por cuanto ella debe ser protegida en forma especial por el ordenamiento. Existe pues, conforme se desprende del anterior análisis y de la jurisprudencia de esta Corte, un verdadero «fuero de maternidad», el cual comprende esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever en favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado de la mujer antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido, y una estabilidad laboral reforzada. Por ende, una regulación que podría ser declarada constitucional para otros trabajadores, en la medida en que no viola los principios constitucionales del trabajo (CP art 53), puede tornarse ilegítima si se pretende su aplicación a las mujeres embarazadas, por cuanto se podría estar desconociendo

En otras palabras, la protección especial hace que el trato legal de estos principios laborales sea diferente cuando se involucra una trabajadora embarazada o en lactancia, lo que es diferente cuando se refiere a cualquier otro trabajador. De no ser así, se estaría desconociendo la obligación de efectivización de las medidas para garantizar la igualdad.

La Corte postula el establecimiento de un ámbito de desigualdad o diferenciación positiva, en tanto se hace necesario un tratamiento especial para la mujer. Esta acción afirmativa se justifica en la medida en que se reconoce un contexto social hostil frente a la mujer y más aún, frente a la mujer embarazada o en periodo de lactancia, hostilidad que se traduce en una vulneración al principio de la estabilidad laboral.

Se concibe de esta forma un derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada, similar al de los trabajadores con fuero sindical, en tanto es imprescindible para garantizar el derecho a la asociación sindical o al de los minusválidos; toda vez que, sólo de esta forma podría compensarse su desventaja física y la vulneración de los derechos que a causa de ella se manifiesta.

La estabilidad laboral reforzada busca garantizar un derecho efectivo a trabajar. Este derecho no se agota en la simple retribución económica por la labor ejecutada, sino que enmarca ampliamente las posibilidades de desarrollo y proyección de los individuos, de ascenso y mejoramiento de sus condiciones de vida y en este sentido, está relacionado con su autonomía y dignidad humana.

De esta forma, la protección estatal no puede limitarse a blindar los ingresos básicos que solventen las necesidades primarias de las personas, sino que debe propender por una protección idónea del trabajo como derecho inalienable de todo ser humano.

Ahora bien, tampoco parece del todo acertado pensar, como en algún momento pareciera proponerlo la Corte, que la protección especial a la mujer embarazada se justifica en tanto es ella portadora de una vida y en ese sentido se están protegiendo básicamente los derechos a la vida y los del niño en general.

Tiene implícito este argumento una definición restrictiva y tradicional de una cierta funcionalidad de la mujer a partir de su papel de madre. Por supuesto que defender el derecho a la vida es fundamental y es un avance el reconocimiento de la primacía de los derechos del niño por sobre los de los demás individuos, sin embargo, los derechos de la mujer también deben trascender como se verá más adelante con el tema del aborto.

Así que la protección especial de la mujer puede pasar por allí, pero no debe agotarse en esa perspectiva ya que con ella se está dejando de lado a la mujer misma, se están supeditando sus prerrogativas a una de sus dimensiones, limitando sus derechos en tanto que es madre, pero olvidando a la mujer como sujeto de derechos.

En tal sentido, debe entenderse el derecho a la estabilidad laboral reforzada como una garantía de los derechos de la mujer toda vez que se ven en peligro por el adveni-

el deber especial de protección a la maternidad que las normas superiores ordenan.» Sentencia T-568 de 1996. (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz)

miento de la condición de madre. Así, no sólo trasciende este derecho a la retribución económica, sino que se extiende al reconocimiento de una trayectoria laboral, un nivel remuneratorio, unos beneficios salariales y prestaciones en torno a la antigüedad dentro del trabajo y en últimas un posicionamiento profesional y/o social.

La Corte explica que la estabilidad laboral reforzada, debe cobijar medidas eficaces frente a la protección de este derecho constitucional que, como ya se dijo, trasciende la simple remuneración económica. Por tanto, la consagración de una indemnización como un supuesto contrapeso a la decisión unilateral del patrono que quebrantaría los derechos de la mujer embarazada al despedirla, no genera la eficacia esperada como medida de protección ante la regularidad de esta práctica. Dicha indemnización confiere «eficacia jurídica» al despido lo que parece proteger al empleador ante eventuales reclamos futuros y no a la trabajadora embarazada o en lactancia que ha sido despedida, esto no logra generar el necesario reforzamiento frente a la estabilidad laboral.⁶⁸

Concluye por esto la Corte que «el ordinal acusado es de una constitucionalidad discutible, si se entiende que es una norma que autoriza el despido de una mujer embarazada, sin autorización previa del funcionario competente, pues el mecanismo indemnizatorio previsto no es idóneo para proteger efectivamente el derecho a trabajar de estas personas».⁶⁹ Así, la posible inconstitucionalidad de la norma no está directamente referida a su contenido intrínseco, a su literalidad, sino más bien a la insuficiencia que de ella se colige como medio eficaz para amparar el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante o lactante.

Sin embargo, es plenamente válido el cuestionamiento que aborda la Corte en torno a las consecuencias de un posible fallo de inconstitucionalidad de la norma impugnada, que tendría como consecuencia jurídica la extinción de esa indemnización, con lo cual, posiblemente, se mantendría o quizás aumentaría la vulneración sufrida por las mujeres embarazadas.

Tampoco podría la Corte tomar medidas de corrección que, por ejemplo, se enfocaran hacia la creación de una acción de reintegro como medio eficaz para proteger la estabilidad laboral; toda vez que, una medida de tal naturaleza sólo podría recaer en el legislador.

Teniendo en consideración lo problemático que resultarían tanto un fallo de inconstitucionalidad como el mantenimiento de la norma acusada por vía de sentencia de exequibilidad y la imposibilidad jurídica de proferir un mandato que se constituya en legislación, por carecer de competencia para ello, la Corte Constitucional ha

⁶⁸ Esa protección es efectiva cuando «una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, como ya se explicó en esta sentencia, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar.» *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

validado el principio de integración de los mandatos y fundamentos constitucionales que le permite vincular el contenido normativo de las normas existentes en la materia y armonizarlo a la luz de la regulación constitucional general para suplir algunas omisiones del legislador, sin crear normas nuevas, sino a partir de la articulación de las que están vigentes.⁷⁰

Desde esta perspectiva le es posible a la Corte concluir que «La Única decisión admisible en este caso es integrar en el ordenamiento legal los mandatos constitucionales sobre la igualdad (CP art 13) y la protección a la maternidad en el ámbito laboral (CP art 43 y 53), de suerte que debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato, y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización, sino que, además, el despido es ineficaz.»⁷¹

Esto significa que existe una suerte de omisión relativa del legislador puesto que el ordinal acusado no consagró una protección suficiente a la maternidad. Ahora bien, teniendo en cuenta que conforme a la sentencia C-543 de 1996 la Corte es competente para controlar estas omisiones relativas, es natural que la Corporación aplicando el principio de igualdad, subsane esa omisión tomando en cuenta la regulación de un supuesto análogo, a saber, la regla prevista por el artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo según la cual esos despidos carecen de toda eficacia.

La Corte señala en la parte resolutive de esta sentencia, que el ordinal acusado es exequible, pero en el entendido de que, debido al principio de igualdad y a la especial protección constitucional a la maternidad, carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto sin la corres-

⁷⁰ Se señala en este sentido que «por medio de esta sentencia, la Corte es respetuosa de la libertad de configuración del Legislador, pues simplemente, en función de la fuerza normativa de la propia Constitución, incorpora en el orden legal los propios mandatos constitucionales, con lo cual llena los aparentes vacíos legales. El juez en este caso en manera alguna está legislando pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la Constitución, como norma de normas que es, tiene una suprema fuerza, normativa (CP arto 4), por lo cual es perfectamente legítimo integrar los contenidos constitucionales dentro de la regulación legal. Así, en el presente caso, lo único que hace la Corte es completar, con base en los principios constitucionales, la propia legislación expedida por el Congreso, señalando que carece de toda eficacia jurídica un despido de una mujer embarazada, si el patrono no cumple los requisitos establecidos por el Legislador. La Corte no está entonces creando una nueva acción procesal, sino que simplemente está adaptando a la Carta la regulación expedida por el Congreso, para lo cual se fundamenta en los propios mecanismos de protección a la maternidad establecidos por el Legislador, quien obviamente no pierde su facultad para regular, de conformidad con la Carta, esta materia. En efecto, nótese que la sentencia, con fundamento en el principio de igualdad y en el derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada, simplemente amplía el marco de acción de la regla del ordinal segundo del artículo 241 del CST, según la cual ciertos despidos no producen efectos, a fin de proteger precisamente la maternidad. Esto significa que el reintegro es simplemente una consecuencia de la ineficacia del despido de la mujer embarazada, cuando el patrono no cumple las formalidades establecidas por la ley.» *Ibíd.*

⁷¹ *Ibíd.*

pondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato.

De esta forma la Corte asume válidamente su función jurídica y a la vez reposiciona su labor social reconociendo no sólo la trascendencia del problema que afecta el ejercicio laboral de la mujer embarazada antes y después del parto, sino generando soluciones efectivas legalmente y con operatividad y verisimilitud social.

En este mismo sentido, la Corte hace uso del principio de unidad normativa para ampliar los alcances de sus sentencias que en el ámbito de relaciones laborales privadas debe tener las mismas consecuencias dentro de las relaciones laborales en la esfera pública de la administración ya que es obvio que la protección constitucional que genera una estabilidad reforzada para la mujer en estado de embarazo o lactancia no es restrictiva a uno u otro de estos ámbitos, sino que contempla una protección de carácter general amplio, suficiente y eficaz.⁷²

Es destacable que la Corte advierta claramente la insuficiencia del mecanismo indemnizatorio como dispositivo eficaz para materializar la protección especial que contempla la Constitución en atención a que se entienda que está indemnización, primero, no reemplaza la indemnización regular a la que todo trabajador hombre o mujer tiene derecho ante la pérdida de su empleo, y segundo, difícilmente cumpliría con la función de socavar los graves y especiales perjuicios causados a la mujer social y laboralmente con el despojo de su empleo.

En otro extracto jurisprudencial similar al tema que se viene tratando, permite reconocer la magnitud del perjuicio ocasionado a la mujer gestante o en lactancia con el despojo de su empleo en el que expone la Corte:

«La relevancia del estado de gravidez representa la primera consecuencia de la constitucionalización del principio de protección a la maternidad, puesto que la pérdida del empleo y el retiro de la carrera en lo que concierne a la mujer embarazada significa, en la mayoría de los casos, la inmediata extinción de la fuente material de subsistencia y de los correlativos medios de cuidado y atención, los que cobijan además a la criatura. A lo anterior se agrega la relativa y, a veces, aguda disminución de las oportunidades de trabajo que impide a la mujer embarazada recabar ingresos o paliar el menoscabo económico en que se ve sumida con ocasión de la supresión de su cargo de carrera. Sin olvidar la angustia y desazón que un suceso de esta índole tiene sobre la mujer que se encuentra en tal estado, la maternidad de suyo conlleva en un momento dado la imposibilidad de aportar la fuerza de trabajo a cualquier menester

⁷² Al respecto pueden verse las sentencias C-401 de 1998 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa) y C-199 de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

productivo, lo que de llevarse a cabo puede inclusive repercutir negativamente sobre la salud de la madre y de su hijo.»⁷³

Es así como se puede resaltar la importante configuración de un esquema dentro del cual la protección especial a la maternidad no se agota dentro de la estabilidad laboral reforzada, toda vez que la impugnación por el pago oportuno del salario, al mínimo vital y móvil, a las licencias de maternidad, a las prestaciones sociales y a las cotizaciones a la salud, son cada vez más recurrentes, ante la vulneración del derecho a la salud de la mujer gestante a partir de ciertas normas que han sido objeto de estudio y decisión de la Corte Constitucional colombiana.

A manera de ejemplo, puede referirse a la prohibición frente al establecimiento de periodos de espera para la atención de las mujeres embarazadas referida únicamente al régimen subsidiado de salud, que comprendía implícitamente la posibilidad o permisibilidad para que esta carga se impusiera sobre las mujeres gestantes pertenecientes al llamado régimen contributivo. Esto desde luego colegía un quebrantamiento hacia el deber estatal de protección especial de la mujer embarazada antes y después del parto, en tanto perteneciente al grupo poblacional vinculado al sistema por el régimen contributivo.

En principio, el establecimiento de un trato diferencial a partir de la pertenencia al régimen subsidiado debe entenderse como medida de protección ante individuos especialmente vulnerables en tanto gozan de menores ingresos y menor capacidad de pago. Sin embargo, esta circunstancia no autoriza la configuración de un margen de vulneración a otros supuestos de protección estatal especial, como las mujeres embarazadas, menos aún cuando por aquella diferenciación pueda ponerse en peligro el derecho a la vida.⁷⁴

En este orden de ideas, la Corte reconoce la inexistencia de justificaciones válidas para sustentar el trato diferente a las mujeres embarazadas del régimen contributivo. Así, la declaratoria de inexequibilidad del fragmento demandado es apenas consecuente con el mantenimiento del esquema de protección especial a la mujer embarazada, el cual, como se ha propuesto, no puede entenderse agotado dentro del principio de

⁷³ Sentencia C-199 de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁷⁴ De este tema en concreto puede verse la sentencia C-1032 de 2006 (MP. Nelson Pinilla Pinilla), dentro de la cual se analiza la demanda instaurada en contra de apartes de los artículos 163 y 164 de la ley 100 de 1993. La norma demandada señalaba «Artículo 164. PREEXISTENCIAS. En el Sistema General de Seguridad en Salud, las Empresas Promotoras de Salud no podrán aplicar preexistencias a sus afiliados. El acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para personas que se afilien al Sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad socioeconómica. En el régimen subsidiado, no se podrán establecer períodos de espera para la atención del parto y los menores de un año. En este caso, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que atiendan tales intervenciones repetirán contra la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía, de acuerdo con el reglamento.» Subrayado fuera del texto

estabilidad reforzada, sino que debe ampliarse a distintas esferas del desarrollo de la mujer, siendo consecuente esto, con el examen de la vastedad del orden marginador. Sobre este mismo punto y en atención al tema debatido por la Corte:

«La protección y asistencia especial a la mujer «durante el embarazo y después del parto» (...) ha sido tradicionalmente asociada con la estabilidad laboral reforzada a que tienen derecho las mujeres que se encuentran en estas situaciones, sobre lo cual la Corte ha emitido abundante y reiterada jurisprudencia, especialmente de tutela. Sin embargo, la protección que brinda esta norma no puede entenderse agotada en ese ámbito, ya que tampoco resultaría posible dar cabal cumplimiento a este principio, si se considerara válido que a alguna mujer pudiera negársele la atención del parto, so pretexto de que no ha cotizado suficiente tiempo al sistema de seguridad social.»⁷⁵

Acompaña lo anterior, otro de esos ámbitos en los cuales la protección especial se hace necesaria, en tanto que es uno de los escenarios junto al laboral en el cual las mujeres embarazadas han sufrido con mayor rigor las prácticas marginadoras y discriminatorias, es el ámbito educativo. Tal situación ha sido manejada por la Corte con un criterio que ha permitido ir vinculando el derecho general a la educación como una instancia general de guarda a la igualdad de la mujer y las vulneraciones a este derecho, por motivo de embarazo, como un quebrantamiento a la protección especial con la cual deben contar.

En este sentido, la vulneración al derecho a la educación perpetrada usualmente por instituciones educativas que penalizan o excluyen a sus estudiantes por quedar embarazadas, es una afrenta amplia a las posibilidades de desarrollo autónomo e idóneo de la mujer. La Constitución colombiana enmarca la educación como un derecho de los individuos y como una obligación del Estado en la medida que comprende una garantía para la consecución del conocimiento y por ende la explotación y goce de sus capacidades como persona.

Por ello, la educación esta ligada con la igualdad ya que se encamina a potenciar las posibilidades y a homogenizar las oportunidades de todos al brindar las herramientas para el crecimiento espiritual e intelectual como fundamento material. Esta proyección es fundamental para la mujer, en atención a la vulneración histórica de sus derechos y los obstáculos para su igualdad. De modo que, limitar la educación femenina en razón a la condición natural de su embarazo, comprende la doble afectación del rompimiento a la igualdad de derechos y la reducción de oportunidades para la futura madre, que es quien más las necesita.

Numerosas acciones de tutela pueden referirse en relación a este tema, en la mayoría de ellas las instituciones educativas se escudan en sus manuales internos para considerar como una falta el embarazo de sus alumnas y así justificar la imposición de medidas

⁷⁵ Ibid.

de represión. Sobra mencionar la inconstitucionalidad de tales regulaciones violatorias del derecho a la maternidad, pues, como lo ha expuesto la Corte:

«Bajo ninguna circunstancia, el embarazo de una estudiante puede erigirse en criterio para limitar o restringir su derecho a la educación (C.P., artículo 67). A este respecto, la jurisprudencia ha señalado que los manuales de convivencia de las instituciones de educación no pueden, ni explícita ni implícitamente, tipificar como falta o causal de mala conducta, el embarazo de una estudiante. En efecto, la Corporación ha establecido que toda norma reglamentaria que se ocupe de regular la maternidad en el sentido antes indicado debe ser inaplicable por los jueces constitucionales, por ser contraria a la Carta Política.»⁷⁶

La protección que la Constitución depara a la maternidad, es de tal intensidad que ni siquiera aquellos centros educativos cuyo proyecto de educación se encuentre fundado en una determinada visión ética o religiosa del mundo, protegida por la libertad de conciencia (C.P., artículo 18), pueden utilizar tal visión para estigmatizar, apartar o discriminar a una estudiante en estado de embarazo de los beneficios derivados del derecho a la educación. En otras palabras, ante la tensión que puede existir entre la autonomía de los centros privados de educación y el derecho de la futura madre a no ser discriminada por razón de su embarazo, prima sin duda este último.⁷⁷

La importancia del derecho a la educación de la mujer gestante puede ser entonces un reflejo de esa dimensión ampliada de protección especial a la mujer en embarazo que, como se ha expuesto, trasciende el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada, que a su vez es un tema en desarrollo, hacia la distinción de ámbitos mas dispersos en donde se ha ejercido y se sigue ejerciendo la discriminación a la mujer en razón a su embarazo, ámbitos, entonces, sujetos a la intervención jurisprudencial.

2.2.2.- *Pensión de vejez*

El legislador al consagrar los requisitos para acceder a la pensión de vejez contempla una diferenciación en cuanto a la edad exigida para adquirir el disfrute de ese derecho, siendo siempre superior el numero de años contemplado para los hombres en relación al estipulado para las mujeres.

Esta diferencia consagrada en la norma despierta sospechas de inconstitucionalidad que según expone el demandante, consagra un favorecimiento a la mujer al exigir una edad menor a la del hombre advirtiendo el reconocimiento de una discriminación por razón del sexo y genera un trato desigual ante la ley que le es favorable a la mujer y

⁷⁶ Al respecto pueden verse las sentencias: T-292 de 1994 (MP. Fabio Morón Díaz); T-145 de 1996 (MP. Jorge Arango Mejía); T-393 de 1997 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); T-667 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero), entre otras.

⁷⁷ Al respecto pueden verse las sentencias T-145 de 1996 (MP. Jorge Arango Mejía); T-393 de 1997 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

discriminatorio frente al hombre además que implica un quebrantamiento al artículo 13 de la Constitución.⁷⁸

Por su parte la Corte se pronuncia sobre la inconstitucionalidad instaurada y reconoce ese trato diferencial, pero lo asume a partir del cuestionamiento sobre la justificación del «régimen jurídico más favorable a las mujeres»; en otras palabras, se pregunta si esa favorabilidad genera un posicionamiento superior en términos sociales de la mujer frente al hombre y en consecuencia una afectación real para este último.

En este contexto toma total relevancia el reconocimiento del lugar histórico y la marginación tradicional que jurídica y socialmente se le ha atribuido a la mujer, por tanto la búsqueda por solventar esta situación constituye el escenario por excelencia para la implementación de la idea de igualdad sustantiva, la cual trasciende a la igualdad formal por cuanto no se limita al establecimiento declarativo del trato idéntico por parte de la ley frente a todos sus receptores, idea amparada en la universalidad, generalidad y abstracción de la ley:

«La igualdad sustancial alude al compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho que se oponen al disfrute efectivo del derecho. Las causas que subyacen a situaciones de esta índole tienen que ver, entre otros aspectos, con la escasez, con necesidades no satisfechas del ser humano, con fenómenos históricos de segregación y marginación o con injusticias del pasado que se pretenden subsanar. La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos.»⁷⁹

De tal forma que la Corte parte de una constatación del carácter de marginalidad que ha sufrido la mujer y que es una situación que no se ha remediado y seguramente no es posible remediar con la simple creación normativa o el pronunciamiento de la ley. En otras palabras, la mujer puede ser asumida como un igual al hombre desde la configuración jurídica siendo ese el marco de igualdad formal o igualdad ante la ley, pero esto no significa que la mujer se vea automáticamente reposicionada o restituida en sus derechos y sobretodo en las oportunidades de acción dentro de un orden social profundamente excluyente.

En estos términos la Corte define de forma extensiva el concepto de la igualdad que no se subsume al reconocimiento de su «perfil negativo», es decir, a la prohibición del desarrollo de cualquier dimensión de trato discriminatorio o inequitativo por las razones que taxativamente se exponen en el artículo 13 o por cualquier otra razón. La

⁷⁸ Sentencia de constitucionalidad en contra de la Ley 100 de 1993 en lo que se refiere a la edad mínima exigida para acceder al derecho de jubilación C-410 de 1994 (MP. Carlos Gaviria Díaz)

⁷⁹ Ibíd.

igualdad debe tenerse también como un principio de acción para emprender el rompimiento de factores históricos de desigualdad o marginación, las cuales no solamente vulneran este principio constitucional, sino que limitan de forma general la dignidad del ser humano en todas sus dimensiones de desarrollo ya sea político, económico o cultural. En tal sentido, expone la Corte:

«Existe la decisión constitucional de remediar situaciones de inferioridad fincadas en estereotipos o prejuicios sociales de reconocida persistencia y que a la prohibición de discriminar se suma la voluntad de erradicar esas conductas o prácticas arraigadas, que han ubicado a personas o sectores de la población en posiciones desfavorables. Se impone, entonces, el compromiso de impedir el mantenimiento y la perpetuación de tales situaciones, por la vía de neutralizar las consecuencias de hecho que de ellas se derivan.»⁸⁰

Claramente el examen emprendido por el juez constitucional referido a la marginación y los prejuicios que recaen sobre la mujer da cuenta de una situación social o de hecho que no por diferir de una circunstancia legal o de derecho deja de ser real y principalmente contundente. Sólo esta premisa permite introducir la dimensión activa de la igualdad sustancial, esto es, la obligación estatal y el consecuente derecho ciudadano de que se tomen medidas efectivas en favor de los grupos discriminados.

La forma de disponer esta obligación marca el nivel de la efectividad de esas medidas, toda vez que no sólo se deben proponer como favorables, sino que deben serlo, es decir que no es una mera intención, sino que se busca garantizar sus consecuencias y así deben cumplir con el deber de protección especial como un resultado y no sólo proponérselo como premisa de acción. Desde esta perspectiva se configura el «perfil positivo» de la igualdad, que no se limita a las prohibiciones, sino que comprende un margen de acciones, siempre referidas a una situación concreta social.

Para la Corte el centro del debate está referido a la discriminación de la mujer en el campo laboral, pues una medida que esté referida a la mujer y que genere una instancia de diferenciación o discriminación positiva, en tanto resulte protectora para ésta, se puede tener como legalmente válida y ajustada al orden constitucional siempre y cuando se exponga la justificación válida de esta discriminación; justificación que sólo puede observarse en atención al contexto social y su carácter generador de marginalidad o exclusión frente a la mujer.

Acertadamente expone la Corte que no sólo es el ámbito familiar la escala por excelencia que ha configurado un espacio para la vulnerabilidad de la igualdad femenina, sino que también el ámbito del trabajo se constituye en una arena proclive a la marginación social y económica. Esta marginación, por supuesto, parte de una definición específica del papel de la mujer dentro de la familia, como subordinada a la autoridad del padre, primero, y del esposo, posteriormente.

⁸⁰ Ibíd.

Tal subordinación implicaba la restricción de cualquier clase de actividad económica por parte de la mujer, llegando incluso a limitar el manejo y disposición sobre sus propios bienes. Obviamente, este margen de control impedía u obstaculizaba el ingreso femenino al campo laboral y consecuentemente a la posibilidad de acceder a un trabajo asalariado, lo cual no implica la inactividad de la mujer, sino por el contrario, genera la falta de reconocimiento de unas labores restringidas a la esfera del hogar, pero jamás reconocidas como económicamente trascendentes y menos remunerables.

Esta situación no es solamente problemática en la medida en que genera una exclusión socioeconómica de la mujer, sino que es traumática por cuanto articula una concepción cultural vejatoria de la mujer como incapaz y en ese mismo sentido refuerza la dominación masculina, que más que una imposición, se construye como una necesidad absoluta.

El entendimiento de este ámbito de agravio cultural permite explicar, que a pesar de ser un hecho contundente el actual ingreso masivo de la mujer en las actividades económicas y más específicamente en las labores remuneradas, se mantiene un esquema de limitación que dificulta igualmente el mantenimiento de un cargo laboral y la promoción empresarial o el ascenso remunerativo dentro del mismo, esto en palabras de la Corte: «porque la organización laboral sigue asentada sobre bases masculinas, las normas y las experiencias de los hombres dominan el mundo del trabajo que se estructura conforme a un modelo en el que la presencia femenina se torna extraña.»⁸¹

La mujer puede entonces acceder al mundo laboral pero el campo de su actuación y sus posibilidades de desarrollo siguen estando limitadas por una concepción masculina del orden y en este sentido el mercado del trabajo refrenda una división de carácter social que relega a la mujer, en este caso, a las ocupaciones de carácter secundario y/o a la remuneración inequitativa.⁸²

Sin embargo, este limitado espacio de integración femenina en el mercado laboral está determinado también por la situación familiar de la mujer, la cual presenta un espectro de transformación mucho menos optimista. Esta afirmación parte del reconocimiento de la continuidad de prácticas familiares de tipo netamente patriarcal, a partir de las cuales ciertas labores del hogar son asumidas naturalmente y de forma exclusiva o casi exclusiva por las mujeres.

Este trabajo doméstico que se asume como de la esfera de responsabilidades exclusivas de las mujeres es precariamente reconocido como no remunerado. Se sitúa al

⁸¹ Ibíd.

⁸² Según datos recogidos por la Defensoría Delegada para los Derechos de la Niñez, la Mujer y el Anciano, y que son mencionados en la sentencia en mención «Tradicionalmente las mujeres se vinculan a esferas productivas de menor remuneración y valor social: servicios sociales y personales (38,4%), comercio, restaurantes, hoteles (27, 1%) Y la industria manufacturera; en lo atinente al salario, la Defensoría encuentra lamentables las diferencias entre unos y otras oscilando entre el 10 Y el 30%. En el sector público la diferencia salarial con el hombre es del 17% por el perfil ocupacional: ellas están en cargos administrativos y técnicos, ellos en los directivos a pesar de que éstas constituyen el 43% de los servidores públicos. En 1992, las mujeres ocupaban el 7% de los cargos de decisión en la rama ejecutiva y el 4% de la judicial.» Ibíd.

margen de la esfera económica del desarrollo a pesar de constituir un elemento esencial y primario del mismo, pues no solamente se trata de labores de ornato doméstico, sino que incluyen la producción y transformación de alimentos, la crianza de menores y el cuidado de enfermos.⁸³

Además, estas tareas de exclusiva ejecución femenina deben desarrollarse usualmente de forma paralela con el trabajo de reconocimiento público o el ejecutado por fuera del hogar, lo que implica una destinación intensiva en horarios no laborales que complejizan la actividad de la mujer, asignándole una especie de «doble jornada laboral» ya sea al alba o en horarios nocturnos, lo que por sí fuera poco, no admite el descanso dominical o feriado pues el cuidado de los niños o la alimentación de la familia no se pueden postergar. Así, el tiempo de descanso de la mujer se ve profunda y dramáticamente afectado lo que va en desmedro no sólo de su salud física, sino que significa un grave atentado contra su bienestar psíquico ya que las actividades de ocio y entretenimiento se limitan, incluso de forma aparentemente voluntaria, pues la misma mujer ha naturalizado como parte de sus actividades de descanso la dedicación al hogar.⁸⁴

Para la Corte, la evaluación de la diferencia que estaría frente a la jubilación, debe trascender los términos cuantitativos para entrar a estimar los aspectos cualitativos. En otras palabras, nada se gana con asumir la veracidad de aquellos estudios científicos que «demuestran» una mayor potencialidad de longevidad de las mujeres frente a los hombres; puesto que debe reevaluarse esta premisa en términos de contextualizar la calidad de vida de las mujeres, en consideración a sus posibilidades y los límites para su autónomo desarrollo. Para esta evaluación, debe considerarse esta doble «funcionalidad» social de la mujer. Según se señala:

«La realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas; el monopolio del trabajo doméstico, asumido con exclusividad y sin el apoyo indispensable; la escasa valoración social y el desconocimiento de las labores del ama de casa que no son consideradas trabajo, la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga y el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, son elementos de juicio que explican por qué los papeles que la tradición ha asignado a cada uno de los sexos se erigen

⁸³ Para la Corte, «el trabajo doméstico cumple un papel decisivo en el funcionamiento del sistema económico, en el proceso de socialización y en el mantenimiento y reproducción de la fuerza de trabajo; a pesar de esto, y como resultado de la nula valoración de este tipo de labores, los planificadores ignoran esta faceta del trabajo femenino que según algunos cálculos equivale a una cifra que oscila entre la quinta y la tercera parte del producto nacional bruto (...)». *Ibíd.*

⁸⁴ En sentencia C-184 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinoza), la Corte señaló sobre este mismo punto que: «las medidas de protección que puede tomar el legislador y la administración en desarrollo del mandato constitucional (artículo 43, C.P.), abarcan las diferentes esferas de la vida de las mujeres cabeza de familia, así como los diferentes ámbitos de desarrollo personal. Por ejemplo, la doble jornada laboral a la que buena parte de ellas están sometidas por tener que dedicarse en sus ratos libres al trabajo doméstico, les impide ocupar dichas horas en actividades que les permitan adquirir conocimientos, desarrollarse profesionalmente, aprender oficios, hacer deporte, recrearse, o simplemente disfrutar del ocio.»

en el obstáculo de mayor peso que las mujeres encuentran en el camino hacia la igualdad sustancial y ayudan a comprender que a más de las diferencias biológicas inmutables entre los miembros de uno y otro sexo, en especial la relativa a la maternidad que es un proceso natural, existen otras de índole social que configuran discriminaciones basadas en el sexo; en conclusión, mujeres y hombres conforman grupos cuya condición es distinta, pues es un hecho incontrovertible que nuestra sociedad deslinda con claridad los papeles y funciones que cumplen unas y otros.»⁸⁵

Siguiendo estos argumentos, la conclusión no puede ser otra que el reconocimiento de una situación social de hecho que coloca a hombres y a mujeres en una posición diferenciada, por lo cual, el desequilibrio que genera la norma con la estipulación de requisitos de edad divergentes no puede ser un rompimiento a la igualdad, pues esta no ha existido; por el contrario, el trato diferencial se configura como una acción positiva en tanto comprende un esquema de protección especial para la mujer que se justifica en atención a la situación de desventaja social que el orden tradicional ha contemplado para ella, de tal modo que una edad menor para acceder al derecho a la pensión de jubilación es consecuente con un nivel de sacrificio mayor para la mujer.

Esta valoración de las características que particularizan el tipo de orden social es una instancia fundamental para la aplicación de la norma, tal como se propone desde el nuevo Derecho. La igualdad entonces, no puede ser una fría abstracción pensada y aplicada a una realidad idealizada, sino que debe ser una medida operativa como principio de la integración social. Dicha operatividad sólo es posible en la medida que se consideren los fenómenos sociales y su proyección en los ordenamientos legales, y no se siga pensando en estos últimos como entes *supra* humanos y perfectos.

Resulta claro que la situación de subordinación laboral y exclusión social que ha sido sometida la mujer, es constitutiva de un evidente desequilibrio y en este sentido la medida compensatoria promulgada en la ley, más que consecuente y ajustada a los preceptos del Estado Social de Derecho en su función de intervención activa, es garantista dentro del entramado social.⁸⁶

De tal suerte que un examen de la discriminación de la mujer en el campo laboral, en el ámbito familiar y en general toda exclusión socioeconómica advierte que «a la mujer siempre la ha rodeado su pobreza, pobreza en todo el sentido de la palabra, desde

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ Se puede consultar a este respecto la sentencia T-772 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en la cual la Corte explicó que «las políticas públicas, programas o medidas diseñadas y ejecutadas por las autoridades de un Estado Social de Derecho, han de partir de una evaluación razonable y cuidadosa de la realidad sobre la cual dichas autoridades efectuarán su intervención, y formularse de manera tal que atiendan a los resultados fácticos derivados de la evaluación en cuestión, no a un estado de cosas ideal o desactualizado, en forma tal que no se afecte indebidamente el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas.»

que nace y crece, es relegada frente a la inclemencia de oportunidades para salir del esquema en el que la misma sociedad la corroe.» (Lemaitre 2009, 198).⁸⁷

Ella puede acceder al mundo laboral pero el campo de su actuación y posibilidades de desarrollo siguen estando limitadas por una concepción masculina del orden, además del mercado del trabajo refrenda una división de carácter social que relega a la mujer a ocupaciones de carácter secundario o a remuneración inequitativa o a tareas de exclusiva ejecución femenina, entre otros, «el hombre y la mujer son diferentes, independientemente que ambos sean seres humanos, compartan esa humanidad, es una humanidad distinta en todo contexto y eso se refleja en su comportamiento en la sociedad y por ende en su reconocimiento, más que los derechos, que los unos tienen más que los otros.» (West 2000, 92).

2.3.- Mujer cabeza de familia y participación en los órganos del poder público

Otro grupo de acciones afirmativas o positivas que fundamentan la constricción jurídica de la igualdad sustantiva de la mujer, son las referentes hacia la protección de la mujer en su condición de cabeza de familia y su participación en los niveles decisorios de las ramas y órganos del poder público.

2.3.1.- *Apoyo a la mujer cabeza de familia*

En desarrollo del inciso final del artículo 43 de la Constitución Política de 1991 el Estado adquiere la obligación expresa de brindar un apoyo especial a la mujer cabeza de familia y de esta forma, el legislador mediante la ley 82 de 1993 impulsó tal obligación estatal y definió claramente el sujeto jurídico correspondiente a la categoría de mujer cabeza de familia.⁸⁸

En atención a la expresión mujer cabeza de familia la Corte Constitucional desarrolla algunos elementos importantes que apuntan al reconocimiento de los alcances de la obligación estatal de protección. Lo primero es que de ella debe colegirse que toda mujer que no tiene un vínculo marital vigente debe entenderse como no casada y en ese sentido soltera. Lo segundo y fundamental es la generación de un reconocimiento amplio frente a una realidad afrontada por muchas mujeres que por circunstancias atribuibles al sistema social y algunas muy peculiares del contexto colombiano, se ven

⁸⁷ Esta igualdad sustancial se respalda por la jurisprudencia constitucional, gracias a que «La corte Constitucional lideró la transformación del derecho constitucional para incluir aspectos concretos de justicia material que la Corte Suprema jamás habría considerado de su competencia. (...) La Corte, influenciada por la Corte Suprema estadounidense, adoptó *tests* cada vez más complejos para eliminar las normas y acciones que fueran discriminatorias en intención o efecto, y adoptó la metodología del equilibrio o ponderación de derechos para fallar a favor de las mujeres y de otras minorías.» (Lemaitre, 2009, p. 151)

⁸⁸ Señala el artículo 2º de la mencionada ley: «Para los efectos de la presente ley, entiéndase por «Mujer Cabeza de Familia» quien, siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces u incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.» Se subraya la parte demandada.

enfrentadas a la difícil tarea de asumir de forma exclusiva obligaciones que natural y socialmente deberían compartirse.⁸⁹

De tal modo, que el fundamento de la circunstancia del encabezamiento familiar está en la asunción exclusiva de las responsabilidades y obligaciones tanto económicas como sociales para asegurar la manutención y crianza de los hijos. Esta circunstancia merece un especial cuidado y atención por parte del Estado, en tanto la mayoría de las veces debe ser asumida por la mujer que debe solventar esta difícil situación dentro de un esquema social que por su condición sexual le plantea otros obstáculos.

Este argumento lo confirma la Corte al realizar un breve repaso sobre algunos de los temas objeto de desarrollo de la ley 82 de 1993, resumibles a temas de ingreso de las madres cabeza de familia al sistema de seguridad social, al desarrollo de programas de capacitación para estas y estipulación de ciertas medidas tendientes a la generación de programas especiales que complementen la obligación estatal de protección generando beneficios que tengan repercusión dentro del sector privado.

La justificación para la creación de un esquema de protección especial de la madre cabeza de familia no sólo está referida a una situación de marginación histórica de la mujer que ha limitado, en términos generales su desarrollo y su potencial de acción, sino que también encuentra un fundamento particular dentro de la marginación cultural que se ha encargado de configurar una visión estereotipada de la mujer en tanto a su «ser» y a su «deber ser».

Esta visión está profundamente ligada a la relegación de la mujer a partir de un concepto restringido y patriarcal de la familia, gracias a la cual, la mujer ha sido asignada a un rol específico que ha limitado otras opciones para su desenvolvimiento social y le ha significado la asunción de una carga familiar que es mayormente grave y más ceñida al núcleo de sus responsabilidades exclusivas y concebidas.

La mujer entonces ha sido socialmente constituida como una incapaz o una inferior, pero a la vez como la titular exclusiva de ciertas responsabilidades que no debe asumir de forma única en tanto le generan una carga que: primero, no debería asumir exclusivamente por cuanto esto es compatible con la irresponsabilidad masculina; segundo, que es justificada a su vez por el mismo modelo de estereotipos que le otorga el papel protagónico del desarrollo social, esto es, básicamente por fuera del hogar o en «el mundo real»; y tercero, es una carga que debe superar dentro de un esquema social que se fundamenta en la superioridad del hombre y la consecuente segregación de la mujer.

Puntualmente la Asamblea General Constituyente articuló este contexto general dentro de las particularidades de la historia colombiana, cuando precisamente en el debate correspondiente a la protección especial por parte del Estado hacia la mujer cabeza de familia, se señalaba que: «(...) diversos motivos, como la violencia—que ha dejado un sinnúmero de mujeres viudas—el abandono del hogar por parte del

⁸⁹ Sentencia C-034 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

hombre y la displicencia de éste con respecto a la natalidad, han obligado a la mujer a incorporarse a los roles de producción adquiriendo la responsabilidad de ser la base de sustentación económica de su hogar, sin haber llegado jamás a desprenderse de los patrones culturales que la confinan al espacio doméstico y al cuidado de los hijos.»⁹⁰

Dentro de este particular contexto, resultaría absolutamente paradójico considerar que las medidas especiales ordenadas al Estado frente al apoyo especial que debe brindar a la madre cabeza de familia estén subsumidas dentro del entendimiento de posibilitarle a la mujer el cabal desarrollo de su papel de madre. No, porque no se crea que esa es su obligación, sino porque limitarse a esto, es reproducir en todo caso ese orden de estereotipos que limita a la mujer dentro de una concepción unívocamente masculina de sus posibilidades y además exonera al hombre de las mismas, en atención a un estereotipo de irresponsabilidad construido por y para él; también desconoce el esquema de marginación a la mujer que limita y dificulta esta injusta tarea de «manejo del hogar».

Como bien señala la Corte con el apoyo diferencial a la madre cabeza de familia se parte de «reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia» y se busca «crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia.»⁹¹

En una línea de interpretación análoga la Corte resolvió la demanda de inconstitucionalidad promovida en contra de las medidas a favor de la madre cabeza de familia, al considerar los accionantes que estas son discriminatorias frente a los hombres que se encuentren en esta misma situación. Frente a lo cual la Corte tiene en cuenta que: primero, es obvio que la situación del hombre no será igual que la de la mujer por más de que uno u otro estén asumiendo de manera exclusiva el direccionamiento del hogar y el cuidado y manutención de los menores o incapacitados hijos; segundo, estos factores del orden externo, no pueden ocultar una desigualdad implícita, pero no por ello natural, sino construida, que ha configurado un esquema de dominación del hombre y segregación de la mujer; tercero, las circunstancias particulares de mujeres y hombres no pueden tenerse como iguales y es la premisa que autorizó al constituyente para generar la ya mencionada obligación en cabeza del Estado y crear un esquema de cuidado y apoyo especial y diferencial para la mujer especialmente cuando es madre cabeza de familia. De tal modo considera que:

«el legislador por mandato de la Constitución, es competente para consagrar ciertos beneficios a favor de la mujer cabeza de familia, sin que ello signifique vulneración del derecho a la igualdad, siempre y cuando las medidas adoptadas sean razonables y proporcionadas y pretendan justamente, respetar los principios, valores y derechos protegidos por la Carta. (...) Ha sido la propia

⁹⁰ Ibíd.

⁹¹ Ibíd.

Constitución quien, en busca de la igualdad real y efectiva, ha consagrado el apoyo especial del Estado a la mujer cabeza de familia y en desarrollo de ese apoyo, el programa de renovación de la administración pública, pretende que no sean retiradas del servicio las madres cabeza de familia sin alternativa económica. Significa entonces lo anterior, que la regla general será la permanencia en el empleo de la mujer cabeza de familia como una consecuencia de la obligación estatal que consagra el artículo 43 de la Carta, sin que esto pueda considerarse como una violación al derecho a la igualdad, pues tal como lo explicó esta Corte en un reciente pronunciamiento, hombres y mujeres deben ser tratados de igual manera, es decir sin discriminación, pero habida cuenta de que la mujer ha sido por tradición objeto de discriminación sexual, es titular de medidas legislativas específicas contempladas únicamente a favor de ella y no de los hombres.»⁹²

Sin que esto configure una contradicción a lo anteriormente expuesto, resulta preciso anotar antes de concluir que, en atención a la protección de los derechos del niño la jurisprudencia constitucional ha hecho extensivos a los «padres cabeza de familia» muchos de los derechos inicialmente estipulados para las madres en dicha condición, tal como sucede en la sentencia en mención que resuelve declarar exequible la expresión demandada «las madres», pero condicionando su exequibilidad en el entendido de que «la protección especial contenida en la norma pueda extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.»

De esta forma, la Corte reconoce que la protección especial dada a las madres cabeza de familia es consecuente con una realidad social que afecta mayoritariamente a las mujeres, siendo ese el fundamento de su configuración y es enfática al argumentar que la extensión a los padres se da en tanto al ser constitutiva de una medida de protección para con los menores y no por significar un quebrantamiento a la igualdad de derechos de los hombres.

Y esto es precisamente debido a la protección que se le otorga a la madre cabeza de familia que se configura como una acción positiva en favor de la mujer, lo que implica de por sí una diferenciación frente al hombre, pero justificada en atención al contexto de desigualdades y obstáculos específicos que afrontan las mujeres por tal calidad.⁹³

⁹² Mediante la Sentencia C-1039 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) se resuelve demanda de inconstitucionalidad instaurada en contra de la Ley 790 de 2002 que relaciona medidas para la renovación de la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional. Esta norma establece una protección especial para que no puedan ser retiradas de sus cargos en la administración pública, en aras de esta renovación estructural, «las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.»

⁹³ En tal sentido, en sentencia C-184 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinoza) la Corte expresamente contempla que: «Constitucionalmente no es admisible que un hombre cabeza de familia solicite que se le extienda una medida adoptada por el legislador en apoyo a la mujer cabeza de

2.3.2.- Participación en las ramas y órganos de poder público

Otra de las sentencias que integra esta parte de las acciones afirmativas y que vale la pena mencionar, es la C-371 de 2000, en la que la corte decide la declaratoria de exequibilidad de la mayor parte del articulado de la ley demandada, tendiente a reglamentar los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución, específicamente frente a la pretensión de establecer una cuota mínima de participación porcentual de mujeres dentro de los cargos públicos de mayor notabilidad o de cierto nivel decisorio.

La norma demandada establece la cuota de participación del treinta por ciento como mínimo del porcentaje de mujeres que deben ocupar los distintos cargos del nivel decisorio de la administración pública. Así mismo, se estipula la obligatoriedad de incluir al menos a una mujer dentro de las ternas que se presenten para los cargos que sean asignados por ese sistema. Por último, se consagra que para los cargos a asignar a través del sistema de listas, estas deben estar conformadas por un número porcentualmente equivalente de hombres y mujeres.

Ahora, para la Corte no fue tarea fácil resolver el caso de tal manera que se pudiera establecer unidad y coherencia ante las diferentes intervenciones constitucionalistas; sin embargo, en su discurso indicó que ésta participación no es sólo un fundamento de la organización estatal colombiana, sino que es un derecho y dentro del Estado Social de Derecho una obligación para el Estado el cual debe propiciarla de forma efectiva y no simplemente enunciarla retóricamente. (Alexy 1995).

Este deber, comprende la remoción de todos los obstáculos que limitan la efectiva participación y se complementa con el llamamiento constitucional a promover «las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva» y a generar «medidas a favor de grupos discriminados y marginados». Estas medidas, por supuesto van a significar el quebrantamiento del sistema tradicional de privilegios, o en otras palabras, un trato desigual para quienes han sido social y culturalmente configurados como desiguales, siendo éstas desigualdades de hecho, lo que sólo se compensaran o remediaran a través de acciones positivas y del compromiso estatal por su superación, puesto que «cuando un caso no puede subsumirse en una norma clara, el juez debe ejercer su discreción para decidir sobre el mismo, estableciendo lo que resulta ser un nuevo precedente legislativo» (Dworkin 1997, 83).

3.- Autonomía de la mujer en decisiones sobre su propio cuerpo

Se pudiese decir que a pesar de todo el proceso que ha implicado la construcción jurídica de la igualdad de la mujer, el nuevo Derecho aún tiene asuntos pendientes por cumplir en su misión, ya no sólo de reposicionar a la mujer, sino de mantener su

familia, con base en una supuesta vulneración al principio de igualdad, cuando precisamente el artículo 43 de la Carta Política, tiene por finalidad servir de sustento constitucional al Legislador y al Estado en general para que adopte medidas a favor de ese grupo sin tener que extenderlo a otros, en especial su punto de comparación inmediato, el de los hombres en las mismas circunstancias.»

autonomía ante el estatus jurídico que la ha calificado como sujeto de derechos y de especial protección.

Se presume un déficit de protección de la mujer frente al derecho a decidir sobre su propio cuerpo que se debate en temas clásicos del derecho constitucional, tales como el aborto, el trabajo sexual y la maternidad subrogada, en los que se cuestiona ¿hasta dónde la mujer es dueña de su cuerpo? ¿hasta donde la mujer tiene autonomía a decidir sobre asuntos que tienen que ver con su propio cuerpo? ¿sus decisiones son tomadas en plena libertad?

Lo primero que hay que señalar, es que tanto el aborto como el trabajo sexual cuentan ambos con una regulación y desarrollo jurisprudencial bastante amplia, de lo que carece la maternidad subrogada. Por tanto, la normatividad vigente y la jurisprudencia constitucional de estos dos temas servirán de base para fundamentar en los capítulos siguientes la forma en que se debe regular la maternidad subrogada en aras de seguir manteniendo el estatus jurídico de la mujer colombiana.

3.1.- Aborto y principales decisiones constitucionales paradigmáticas

El aborto es un clásico del derecho constitucional, en el que se debate como conflicto presumible la confrontación que se presenta entre los derechos que se le vienen reconociendo fragmentariamente a la mujer con respecto a los derechos que también le asisten al *nasciturus*. Para su estudio, se cuenta con dos momentos claves que se determinan a través de la vigencia de la ley penal que regía en el momento de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y lo que significó el cambio en la doctrina jurisprudencial.

3.1.1.- En vigencia del Decreto 100 de 1980

La línea jurisprudencial que mantuvo la Corte Constitucional colombiana bajo el entonces vigente Código Penal (Decreto 100 de 1980), evidenciaba un cambio evolutivo frente a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer con respecto al aborto, que constituye uno de los temas clásicos del derecho constitucional.

El centro de análisis será a través de la Sentencia C-133 de 1994 en la que se demanda la inconstitucionalidad del artículo 343 que penalizaba el aborto, tanto para la mujer que lo causare o permitiere, como a quien lo realizare. El accionante arguye que tal penalización prefigura una violación frente a la libertad de conciencia y de cultos, al libre desarrollo a la personalidad, a la diversidad étnica y cultural, y en últimas, una violación al deber estatal de proteger la vida de las personas, haciendo referencia a la madre, puesto que para ese entonces la calidad de persona no se podía aplicar al no nacido.

Sin embargo, las intervenciones de la Defensoría del Pueblo, del Ministerio de Justicia y de la Procuraduría General de la Nación contravienen la postura del demandante, por un lado, se argumenta que el gameto o célula inicial del proceso de gestación ya debe ser entendido como vida humana y en ese sentido debe recibir la protección pública; por otro lado, sostiene que la penalización del aborto está directamente instituida para proteger la vida e integridad de la mujer ya que según este argumento, la

forma riesgosa en que se han ejecutado normalmente las prácticas abortivas han sido en alto grado causantes de la mortalidad femenina.⁹⁴

Una lectura muy particular de esa protección a la mujer parece limitarla o justificarla en tanto se sujeta al papel que tradicionalmente se le ha asignado y desde una visión absolutamente masculina del orden y de la mujer misma, la Corte acoge esta perspectiva declarando la exequibilidad de la norma acusada, cobijando su decisión desde propuestas científicas que le permiten sostener que la vida inicia desde el momento de la concepción y es desde ese instante que debe ser protegida.

Paralelamente usa conceptos como «vida latente» o «proceso de la vida» para reafirmar esa extensión de la vida humana a momentos previos al nacimiento. En ese orden de ideas, le es posible a la Corte sostener que la concepción, como punto de partida de ese proceso de la vida humana, genera no sólo una nueva vida, sino una persona, un sujeto de derechos el cual es, por supuesto distinto de la madre y en ese sentido no podría ella tener la facultad jurídica para decidir sobre un bien tan importante como la vida de ese otro que es (no que será) su hijo.

Ante el conflicto presumible por la confrontación de los derechos del *nasciturus* y de la mujer, la Corte expresa que el derecho de autonomía de la mujer o el de la libre decisión sobre la opción de la maternidad no están siendo vulnerados por cuanto estos derechos son ejercidos cabalmente por la mujer dentro del libre ejercicio de su sexualidad, a partir por ejemplo del uso de medios anticonceptivos. Sin embargo, una vez lograda la concepción, estos derechos de la mujer deben ceder frente al trascendental derecho a la vida del que está por nacer⁹⁵.

Tal postura, entraña una falta de aplicación del principio de ponderación que es el que llevaría a la Corte a pronunciarse de fondo sobre el conflicto de intereses entre los derechos de la madre y el feto, la evidente solución del conflicto a partir de la represión, representa un pobrísimo reconocimiento del trascendental papel que la jurisdicción constitucional debe desempeñar dentro de la sociedad, estableciendo los

⁹⁴ Señalaba en su momento el representante del Ministerio de Justicia que «(...) el artículo 43 de la Carta cuando manifiesta: «(...) durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado...», implica que esta protección es integral, porque si la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, obviamente se debe proteger uno de sus componentes esenciales, ya que la mujer como gestora de vida, cumple una función vital y social para el género humano: la reproducción de la raza humana. Si no se protege la expectativa de vida del género humano, sería propiciar otra causa de autodestrucción del ser humano, sin el cual no tiene sentido ni la Constitución ni las leyes.» C-133 de 1994 (MP. Antonio Barrera Carbonell)

⁹⁵ La mujer debe ceder sus derechos «en atención a que la gestación genera un ser existencialmente distinto de la madre, cuya conservación y desarrollo, no puede quedar sometido a la libre decisión de la embarazada, y cuya vida está garantizada por el Estado, la disposición constitucional en virtud de la cual «la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos», debe ser entendida en el sentido de que la pareja puede ejercer este derecho sólo hasta antes del momento de la concepción; por consiguiente, dicha norma no le da derecho para provocar la interrupción del proceso de la gestación, pues la inviolabilidad del derecho a la vida, esto es, a la existencia humana, que reclama la tutela jurídica del Estado, asiste al ser humano durante todo el proceso biológico que se inicia con la concepción y concluye con el nacimiento» *Ibíd.*

parámetros generales que rijan la armonía social y más aún, brindando la protección real y efectiva que se desprende del Estado Social de Derecho. (Cepeda 2007)

Además, da por hecho que la solución del conflicto se da a partir de la represión que lleve implícito el tratamiento criminal del asunto, al expresar que «no es su misión, sino tarea del legislador, diseñar la política criminal, a través de la expedición de reglas que contribuyan a la solución de dichos conflictos.» En la actualidad ese silencio no sólo jurisprudencial, sino legislativo, trasciende no tanto por la confrontación ideológica o religiosa que tiene implícita, sino porque, además, afecta gravemente a la mujer en todos los escenarios sin discriminar condiciones incluso sociales.⁹⁶

La irresponsabilidad política es elocuente, como lo es también la solución tradicional para tratar los temas de mayor impacto social: el ocultamiento y la exclusión frente al debate y así, la generación de medidas y políticas que, más que unidad, causan dispersión y conflicto.

Por su inocultable relevancia frente al tema, de la función social del Estado y a la intervención de la Corte Constitucional como garante real de los derechos ciudadanos, vale la pena rescatar el argumento del salvamento de voto que se expuso dentro de esta sentencia.⁹⁷

- El salvamento parte de una diferenciación entre el derecho fundamental a la vida y el deber estatal de protección a la vida, así, es lógico que sólo pueda ser titular del derecho fundamental a la vida una persona nacida, pues sólo con esta calidad se podrá gozar de las prerrogativas constitutivas de la vida en sí.
- Eso no pretende significar una instancia de desprotección frente a las expectativas de vida que, por supuesto deben ser resguardadas; «sin embargo, dicha protección no debe necesariamente discernirse mediante el expediente de atribuir derechos fundamentales a quien no ostenta titularidad jurídica para su goce y ejercicio», pues esto permite restringir los derechos fundamentales que entren en contraposición con los de un supuesto nuevo sujeto de derechos, en este caso, los de la mujer embarazada.
- La ambigüedad semántica de atribuir el concepto persona al no nacido genera consecuencias jurídicas extrañas al orden establecido. Así mismo, es bastante claro

⁹⁶ Resulta muy dicente frente a este punto de atribución de responsabilidades una cita extraída de la sentencia que reproduce uno de los pronunciamientos generados durante el debate de la Constituyente y que da cuenta del tratamiento del tema dentro de la clase dirigencial. En sesión plenaria de 10 de junio de 1991, el delegado Jaime Benítez manifestó lo siguiente: «(...) los derechos de la mujer que presentamos a su consideración, no incluyen a pesar de las equivocadísimas voces, reclamos que nos hacen en los últimos días, no incluyen señores el Derecho al Aborto; es más el escándalo que se ha pretendido adelantar acerca de este tema porque los Constituyentes de la Subcomisión Primera, por mayoría, y de la Comisión Quinta por mayoría hemos resuelto no presentar para su consideración el tema, por cuanto lo consideramos inconveniente para mantener el mejor clima, la mejor armonía entre nuestra Sociedad, entre nuestros partidos, con nuestra religión católica y pretendemos que el tema sea discutido, analizado a fondo por quien corresponde que es por el Órgano Legislativo y en sus propias reuniones.» *Ibíd.*

⁹⁷ Salvaron su voto los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero.

que la protección jurídica consagrada en el artículo 43 «tiene como destinataria inmediata a la embarazada y no al fruto de la concepción». No puede la Corte atribuir un destinatario por extensión de esta protección expresa en la Carta Política, mucho menos cuando al hacerla limita directamente a quien en principio se busca proteger.

- Finalizan los magistrados indicando, que, si bien es cierto, existe el deber estatal de proteger la vida humana, éste no puede descansar en la adopción de medidas que desproporcionadamente limiten los derechos fundamentales, ya que «la vida en un Estado social de derecho es más que el hecho físico de existir. Las personas tienen el derecho a vivir dignamente.» De tal forma que la vida no puede entenderse como la prolongación vacía y trivial de la existencia, sino que debe entablar una estrecha relación con los atributos que comprenden su significación.
- Terminan proponiendo los autores del salvamento que se adopten decisiones reflexivamente en atención a la importancia del asunto y en tal sentido, se abre la puerta no sólo al reconocimiento de la pluralidad que, según la Constitución de 1991 sustenta la nación colombiana, en aras de la cual, no puede decidirse sobre un asunto social priorizando una cierta concepción de «santidad de la vida humana», sino que debe efectuarse una concienzuda y sincera evaluación social que permita reconocer un contexto específico dentro del cual la simple represión no ha permitido un tratamiento adecuado al tema problemático del aborto.

Problemático en tanto constituye una vulneración de los derechos de la mujer, bien por su ocultamiento, bien por el relajamiento estatal ante su regulación, pero no problemático por ser una afrenta a cierta moral religiosa. El análisis reflexivo y socialmente consciente aclamado por el salvamento de voto permite, por ejemplo, ver y concluir que «La penalización absoluta del aborto criminaliza conductas no exigibles de una persona, entre ellas el continuar un embarazo que es producto de una violación, o teniendo que afrontar dificultades económicas extremas o pese al conocimiento de graves malformaciones físicas o mentales del futuro hijo. En estas condiciones, es difícil entender o aceptar el hecho de que la mujer que aborta sea considerada una delincuente. (...) Por lo tanto, no es compatible con la Constitución la exigencia hecha a la mujer de dar a luz a un hijo en condiciones afectivas, sociales o económicas manifiestamente hostiles, las cuales, de antemano, condenan a ambos – madre e hijo– a una vida de infelicidad, inconciliable con el principio de la dignidad humana.»

En otro pronunciamiento la Corte se refiere al aborto o al abandono de «hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida», puesto que, según los demandantes estos tipos penales cobijaban penas atenuadas o menores que resultaban demasiado benévolas, contravenían el deber de protección a la vida y podrían constituir un nivel de permisibilidad frente al crimen. Frente a este caso insistió la Corte que la vida es inviolable y su protección un principio constitucional que no establece excepciones respecto de su amparo «El Estado —con independencia

de la forma en que lo haga— está obligado a prevenir, reprimir y sancionar los comportamientos que impliquen ataque a la vida de la persona», además señala:

«Aún considerada la ofensa inferida a la mujer por el delincuente —de cuya sanción deberá ocuparse el Estado—, nadie puede alegar un derecho a cometer un crimen. A ninguna persona es lícito hacer justicia por su propia mano, menos todavía si, como en estos casos ocurre, pretende dirigir su acto retaliatorio contra un ser totalmente ajeno al agravio causado. El ser engendrado a partir del acto violento no es sino otra víctima —la más indefensa e inocente— del violador o de quien manipuló sin autorización de la mujer la inseminación artificial. Si se acude al sano equilibrio que emana de la verdadera justicia, se ha de concluir en que, sin dejar de entender la reacción de la madre ante el hecho punible perpetrado en persona suya, resulta jurídicamente inaceptable que el fruto de la concepción, también un ser humano, pague el delito con su vida cuando no ha sido el agresor, es decir, que expíe la culpa de un tercero y pierda, por decisión unilateral de su progenitora, la oportunidad de vivir. Se confunde el acto de la violación o de la inseminación abusiva con el de la maternidad. Mientras el primero ocasiona daños muy graves que se proyectan en la vida futura de la víctima, a veces de modo irreparable, y lesiona de veras la dignidad femenina, el segundo, en cuanto representa la transmisión de la vida a un ser humano, dignifica y enaltece a la madre. Nadie podrá tildar de indigna a la mujer que, no obstante haber sido violada y hallarse encinta como consecuencia de la violación, decide dar a luz. No reside la dignidad de la mujer en reconocerle un derecho que naturalmente no tiene. Pero, aun admitiendo, en gracia de discusión, que la prohibición legal del aborto en los eventos descritos implicara agravio a la dignidad de la mujer, este derecho no podría jamás entenderse como prevalente sobre el de la vida del que está por nacer.»⁹⁸

⁹⁸ En Sentencia C-013 de 1997 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) la Corte se pronuncia de los artículos del Decreto 100 de 1980 objeto de las demandas que se acumularon, lo que contemplaban: Artículo 328. «Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de uno a tres años.» Artículo 345. «Circunstancias específicas. La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año. En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias.» Artículo 347. «Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que dentro de los ocho días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de seis meses a tres años.» Artículo 348. «Abandono seguido de lesión o muerte. Si del hecho descrito en los artículos anteriores se sigue para el abandonado alguna lesión personal, la pena respectiva se aumentará hasta en una cuarta parte. Si sobreviniere la muerte, el aumento será de una tercera parte a la mitad.»

El pronunciamiento es concordantemente con las demandas al considerar que las atenuaciones punitivas de la norma son «excesivamente benignas»; sin embargo, advierte que esto no es fundamento para declarar su inconstitucionalidad, pues mientras no se violen con ello preceptos constitucionales, es potestad legislativa crear y definir tipos penales y clasificarlos «todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado».

Este aspecto es precisamente el que parece haber olvidado la Corte en su sentencia, o es leído de forma muy particular en tanto se afianza en la naturalización de la calidad de madre como una dignificación de la mujer.

Nuevamente salvan su voto los tres magistrados que lo hicieron en la sentencia de 1994 y por su relevancia, vale la pena hacer un análisis profundo de los elementos que los llevaron a la toma reiterada de su decisión:

- Inicialmente, se encuentra el reconocimiento de un prejuicio por parte de la mayoría decisoria, que subsume la evaluación imparcial y objetiva de la problemática social dentro de los dogmas de una creencia religiosa. Dicho prejuicio se reconoce en expresiones como «bastante benigna», refiriéndose a la norma demandada, «repudiable ataque contra la vida humana» frente al aborto en general o reseñando la maternidad, independientemente de la causa, como circunstancia que «enaltece y dignifica» a la mujer.
- Textualmente el aborto en todas las formas, es referido como un «acto intrínsecamente inmoral», el embrión como una «víctima inocente» y la atenuación punitiva como un equivalente a «darle a la mujer el derecho de asesinar a un ser humano». Señala entonces el salvamento de voto que: «La Corte no puede fundamentar un fallo de constitucionalidad en una creencia o en un credo religioso, por más adherentes que dicha creencia o credo pueda tener en el país. Su función única es la de confrontar, de manera objetiva e imparcial, la norma legal con la Constitución Política y velar por el efectivo respeto a los derechos fundamentales, entre los que se encuentran las libertades de conciencia y de cultos. Olvidar el respeto al principio del pluralismo político, religioso, cultural e ideológico, y convertir una sentencia en un acto de profesión de una determinada fe religiosa, no es exactamente lo que jurídica y democráticamente cabe esperar de la Corte Constitucional.»
- El segundo elemento de discusión es la asimilación automática del inicio de la vida a partir de la concepción, lo cual es científicamente cuestionable y jurídicamente debatible por cuanto implicaría la adquisición de la calidad de persona o sujeto de derechos desde el momento mismo de la concepción. Esta asimilación automática imposibilita la confrontación imparcial de los derechos de la mujer que siempre se prevén relegados ante los supuestos derechos a la vida del nasciturus. No significa esto una negación al derecho de protección, lo que se pretende es posibilitar una ponderación equitativa entre derechos que no estén apriorísticamente jerarquizados: «No escapa a los magistrados que salvan el voto, la curiosa e inexplicable

forma cómo se deduce de un dato del mundo real una exigencia normativa. Podría sostenerse que la vida humana se inicia con el acto de la concepción, extremo que de todas maneras es objeto de debate científico. Sin embargo, de ahí no puede deducirse que dicho organismo sea persona para el derecho, lo cual, a su vez, no significa que, como organismo vivo, deje de ser objeto de protección jurídica. En el plano constitucional, el concepto de persona se construye como el referente de los derechos, de modo que, al aludir a la persona, éstos se proyectan automáticamente. El concepto de persona, en su campo semántico, comprende los derechos que a ella se imputan. Cuando la Corte en un aparente enunciado del ser, al responder a la pregunta por el comienzo de la vida, la vincula con el inicio de la personalidad jurídica, no hace cosa distinta que presuponer una norma inexistente, cual es, la de que la personalidad jurídica debe configurarse en el momento mismo de la concepción. Sin mediación alguna, la Corte deriva el complejo de derechos, de un hecho natural: la concepción. Inclusive va más allá y relativiza en términos absolutos el derecho, al fundar el nacimiento de la personalidad jurídica en la exigencia de la moral cristiana, frente a la cual la Constitución pluralista y el sistema jurídico, perdería todo poder de decisión. La Corte al incurrir en la falacia de deducir una proposición normativa—personalidad jurídica de una simple constatación fáctica—la existencia de un organismo vivo—, desliza un pre-juicio que por sí sólo ya es suficiente para definir el sentido del fallo.»

Esto, finalmente, conlleva a la Corte a incurrir en un tercer error, cual es, abstenerse de analizar las circunstancias específicas y los derechos particulares vulnerados a la mujer. Atribuir acriticamente el papel de madre como circunstancia natural para toda mujer, es limitar su autonomía y autodeterminación desde una concepción estereotipada que, además, da pie al grave desconocimiento de las circunstancias especiales de violencia como causa de la maternidad, y en ese sentido, del posible aborto. Se dice al respecto que:

«La Corte no sólo intenta sustituir a la víctima principal del aborto, sino que abunda en la retórica de signo sexista y patriarcal, de asignar a la mujer violada el destino manifiesto y sublime de madre, lo cual no hace más que revivir un mito para compensar de manera trágica la irremisible pérdida de un destino existencial, sobre el que la ley, con posterioridad al violador, pretende hacer sentir todo el peso de la coacción pública. Incluso, respecto de la represión penal, se queja la sentencia de su benignidad. Si a los ojos de la Corte, la mujer violada no es la víctima, sino acaso la beneficiaria final de una misión hermosa y trascendental —dar a luz el fruto de la violación e inseminación criminales—, ¿cómo podía esperarse que la sentencia se ocupara de la dignidad de la mujer y de hacer escuchar su voz en un asunto que como ninguno otro determina su destino? Tal vez el silencio incomprensible de la Corte sobre los derechos de la verdadera víctima de la agresión sexual y de su dignidad, que llega hasta convertir en goce estético y moral, lo que es afrenta

y destrucción de la personalidad, es el factor que con mayor fuerza denuncia la falta absoluta de debido proceso que dejó de darse a la mujer en la sentencia de la Corte, en el sentido de que su posición no fue objeto de consideración y, por el contrario, todo lo que se argumenta—que el embrión es persona y que es la víctima etc.—sólo persigue anular y ocultar sus derechos y su dignidad. La ironía desafortunada o el estrabismo peligroso que se trasluce en la imposición final de la medalla de la dignidad a la mujer violada, como trágico premio de consolación por continuar atada a un destino criminalmente impuesto desde afuera de su ser y cohonestado por el Estado, traduce un pre-juicio que, lamentablemente, definió el sentido de la sentencia.»

La perspectiva prohijada por los suscriptores del salvamento de voto, abogaba por la declaratoria de inexequibilidad que proscribiera finalmente la penalización del aborto cuando está relacionado con estas especiales y graves circunstancias que afectan directamente los derechos de la mujer, quien resulta no solamente agredida por su victimario, sino agraviada por un Estado que la condena a limitar su destino a la voluntad de un violador, concluye:

«Las razones expuestas por la Corte en la sentencia ponen de presente los múltiples aspectos de orden moral que están en juego en la decisión de abortar cuando median las circunstancias del embarazo criminal como causas del mismo. Se trata de eventos trágicos que, por afectar de manera tan íntima a la mujer, no pueden resolverse desde la cómoda y externa posición espiritual de un grupo social, sin darle una oportunidad a la mujer violada que es la llamada a decidir desde su perspectiva existencial y moral un asunto que como pocos sólo le incumbe a ella. El precio que la Corte ha pagado por asumir una posición moral de las varias que concurren en la sociedad colombiana, haciéndola propia, y decidiendo la constitucionalidad de una ley a partir de ella, no puede ser más elevado: ha perdido su imparcialidad y ha dejado de fallar conforme a derecho.»

3.1.2.- Ley 599 de 2000

Con la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, que deroga el anterior Código Penal, la doctrina jurisprudencial da luces de cambios acordes con la necesidad de ponderar el derecho a la vida con respecto a la atenuación de la pena del delito del aborto cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Desde esta perspectiva le es posible a la Corte argumentar que este derecho no se entiende desprotegido; toda vez que, leyendo la norma como parte de un todo, se evidencia que no obedece a la intención del legislador el consagrar una permisividad frente al aborto, ya que otras normas lo penalizan, sino establecer un marco estricta-

mente trazado dentro del cual el juez del caso concreto pueda establecer que la pena no resulta necesaria.⁹⁹

En este sentido, puede decirse que el carácter criminal de la conducta no entra en debate, sino la atribución o no de una pena. Así, haciendo el examen referente a los fines de las penas y a la potestad estatal de castigar y resocializar, puede concluirse, como lo hace la Corte, que no existe una inconstitucionalidad manifiesta en la norma acusada, pues es viable para el legislador manejar y definir la dosificación y aplicación de las penas. Por su parte, la norma tampoco estaría otorgando una potestad absoluta para que el juez aplicará la penalización o se abstuviera de hacerlo a su arbitrio. Por el contrario, taxativamente se especifican los requisitos que deben reconocerse en cada caso concreto y que permitan concluir en la no aplicación de la pena.¹⁰⁰

Los salvamentos de voto sustentados en la desproporción que significaba la exequibilidad de la norma frente a la necesaria protección que debía brindarse al derecho a la vida, retoman para su sustento la mayor parte de los argumentos que se habían esgrimido en las sentencias anteriores.¹⁰¹

La aclaración conjunta de voto reconoce puntualmente la necesidad de establecer un juicio de ponderación que le permita a la Corte asumir de forma clara un balance frente a los derechos del *nasciturus* y los de la mujer; la forma en la cual se debe asumir este conflicto de derechos no es de libre escogencia por parte del legislador, quien debe por supuesto, propender por la protección de la vida de las personas, pero también del feto.¹⁰²

⁹⁹ La Corte en Sentencia C-647 de 2001 (MP. Alfredo Beltrán Sierra) asume la demanda por inconstitucionalidad en contra de la norma que consagra las circunstancias de inculpabilidad que se sumaba a la atenuación referida a los casos especiales de violencia contra la mujer, configurada en el actual código penal Ley 599 de 2000. La norma es impugnada por constituir, según el accionante, una violación al derecho a la vida: «Artículo 124.-Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Parágrafo.—En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto» (Se subraya la parte demandada).

¹⁰⁰ Señala la Corte que «Tampoco resulta inconstitucional el parágrafo acusado por la supuesta violación del derecho a la vida como lo afirma el demandante, y por las razones que él aduce para sustentar su demanda, pues el nuevo código penal, como ya se dijo, en los artículos 122 y 123 define el delito de aborto como lo consideró conveniente el legislador en el marco de un Estado Social, pluralista y democrático de Derecho. Y, conforme a su potestad de configuración de la ley, el Congreso de la República juzgó necesario y conveniente de acuerdo con las circunstancias sociales, políticas y culturales establecer una causal personal de exclusión de la pena, la que puede legítimamente adoptarse como decisión legislativa, que fue precisamente lo sucedido al incluir como disposición legal el parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000, que en manera alguna viola la Carta Política». *Ibíd.*

¹⁰¹ Salvaron su voto los magistrados Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monrroy Cabra

¹⁰² Aclararon su voto los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa. En la aclaración se indica lo siguiente: «Tampoco podría el legislador llegar al otro extremo de desconocer de manera absoluta el derecho a la dignidad humana, el derecho a la autonomía personal, el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de conciencia, así como otros derechos de la mujer embarazada, como sus derechos a

Debe reconocerse entonces elementos básicos para la ponderación de los derechos en tensión, como la grave vulneración a la dignidad de la mujer como consecuencia del hecho violento de su violación o inseminación no consentida. En tales eventos es instrumentalizada por una voluntad exterior, generalmente masculina, que pretende simplemente satisfacer deseos sexuales. Pero también es usada como un simple medio o mecanismo para conseguir la procreación fruto de una inseminación artificial. «La dignidad de la mujer es subyugada por la fuerza necesaria para convertirla en objeto del que ejerce poder sobre ella». Esto es doblemente grave cuando se enfrenta a un Estado que, también contra su voluntad, pretende imponer de forma insalvable y absoluta las cargas consecuentes a la vulneración inicial.

Se vulnera así mismo el derecho a la autonomía de la mujer en tanto se pretende imponer un modelo de vida que concuerde con el estereotipo de la madre, mucho más si su facultad de reproducirse le ha sido forzada y con ello trastocado su propio plan de vida. También se lesiona gravemente el derecho a la intimidad de la mujer cuando se trata de invocar una decisión que no surge de ella misma.¹⁰³

Teniendo en cuenta que las circunstancias especiales contempladas en el artículo 124 de la Ley 599 de 2000 distan mucho de constituir causales normales o tipos comunes de embarazo y por el contrario, todas atañen a esas «extraordinarias condiciones anormales de motivación» que expresa el legislador como prerrequisito para prescindir de la aplicación de la pena, los magistrados que aclararon su voto se manifiestan de acuerdo con la exequibilidad de la norma pero proponen un entendimiento amplio de la misma que permita presumir, sin que ni la mujer ni nadie se vea en la obligación de probarlo, que todos los casos de violación pueden estar cobijados por la circunstancia del párrafo que le permite al juez prescindir de la imposición de la pena.¹⁰⁴

la vida, a la integridad, a la salud y a la igualdad. Si bien los derechos de la mujer no tienen por lo general la virtualidad de anular el deber de protección del ser en gestación, en ciertas circunstancias excepcionales no es constitucionalmente exigible dicho deber. Nadie, ni aún el órgano legislativo, tiene que requerirle a una mujer el cumplimiento de cargas que le imponen en un grado tan alto el sacrificio de valores vitales garantizados.»

¹⁰³ Al respecto, se postula en la aclaración de voto que «después del acto, si como consecuencia de éste, sobreviene el embarazo, toda la vida de la mujer, desde ese instante hasta el final de su existencia, cambia. Sus decisiones respecto de quién quiere ser, en particular como madre, como compañera, como hija, como trabajadora, en fin, como persona dependen del embarazo y de su continuación. El legislador debe respetar el derecho a la autonomía de la mujer consagrado expresamente en el artículo 16 de la C.P. Su estado de embarazo no tiene el efecto de suspender la autonomía de la mujer garantizada por la Constitución, ni autoriza al legislador para imponerle un modelo de vida. Tampoco el estado de gravedad autoriza al Estado para ser indiferente a que la mujer haya sido violentada para forzarla a reproducirse y a modificar totalmente su concepción acerca de su propia vida.» Especialmente «Claro está que la mujer embarazada, no puede desconocer al feto, cuya vida digna también es constitucionalmente protegida, lo cual no significa que siempre el legislador pueda obligarla a procrear. Pero una mujer embarazada como fuente de una violación, por ejemplo, no puede ser obligada a abortar, ni aún por sus padres cuando es menor, o por su esposo cuando es casada, si su conciencia le indica que es su deber dar a luz. Su autonomía personal también protege su decisión de procrear.»

¹⁰⁴ «En estos casos, lo que es *prima facie* anormal y extraordinario en la vida real, también lo es para el derecho constitucional. Como se advirtió, cuando una mujer es violada o es sometida a alguno de los procedimientos a los que se refiere el párrafo acusado, sus derechos a la dignidad,

Como consecuencia de esta perspectiva abierta, mediante sentencia C-355 de 2006 la Corte autoriza además, el aborto terapéutico y eugenésico, en atención a la circunstancia de ausencia de responsabilidad que el mismo Código Penal contempla en el numeral 7° del artículo 32 y señala que «no habrá lugar a responsabilidad penal» cuando las acciones que se criminalizan hayan sido ejecutadas «por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar»¹⁰⁵

En resumen, la situación particular que comprende un embarazo con malformación o que, en cualquier caso, acarree un peligro para la madre o para el *nasciturus*, puede verse perfectamente comprendido dentro de los presupuestos de la inculpabilidad del artículo 32 del Código Penal. En ese sentido:

- la penalización genérica del aborto estaría constituyendo directamente una violación al derecho a la vida; en este caso, de la madre. Por supuesto, una violación al derecho a la vida digna también de ese feto que sufriese malformaciones que seguramente le imposibilitarían disfrutar de los atributos que componen el vivir.
- También, desde luego, una amplia violación a la dignidad, intimidad y autonomía de la mujer. Para este caso la Corte fundamenta su decisión en el reconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres y, directamente se enmarca dentro de la labor general atribuida al Estado de generar dispositivos que materialicen

a la intimidad, a la autonomía y a la libertad de conciencia son anormal y extraordinariamente vulnerados ya que es difícil imaginar atropello contra ellos más grave y también extraño a la convivencia tranquila entre iguales. La mujer que como consecuencia de una vulneración de tal magnitud a sus derechos fundamentales queda embarazada no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital que continuar el embarazo implica, ni indiferencia por su valor como sujeto de derechos, como sería soportar impasiblemente que su cuerpo, contra su conciencia, sea subordinado a ser un instrumento Útil de procreación. Lo normal y ordinario es que no sea heroína e indiferente. Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. A pesar de que el Estado no le brinda ni a ella ni al futuro niño o niña ninguna asistencia o prestación de la seguridad social, la mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación.»

¹⁰⁵ Además del mencionado numeral del artículo 32, fueron objeto de demanda los siguientes apartes: «Artículo 122. Aborto. la mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior. Artículo 123. Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años. Artículo 124. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Parágrafo: En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.»

- una protección real y efectiva de la mujer, en atención de la desigualdad histórica que la ha limitado y vulnerando de esa forma en sus más básicos derechos.
- Esto le permite a la Corte declarar la exequibilidad del artículo 122, que castiga de forma general el aborto, pero estableciendo un condicionamiento de esa constitucionalidad en los siguientes términos: «(...) en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.»

En este orden de ideas, la Corte concluye decidiendo la inexequibilidad de las disposiciones contenidas en el artículo 124, referentes a la atenuación punitiva ante las circunstancias extraordinarias conducentes al aborto y a la facultad para prescindir de la aplicación de la pena frente a tales eventos. Esto, por tanto, como se expone en la sentencia, estas disposiciones «pierden su razón de ser» toda vez que esta sentencia establece eventos en los cuales el delito de aborto se toma inexistente, y por ello resultaría inocuo pensar en su atenuación o en la abstención de la aplicación de una pena.

A manera de conclusión puede citarse en extenso un aparte de la mencionada sentencia, que permite discernir el cimiento conceptual de la Corte conducente a este fallo y que además de epítome del presente trabajo, contextualiza la labor jurisprudencial frente al desarrollo de los derechos de la mujer y especialmente, frente a la obligación de concreción hacia la efectivización de los mismos; como fundamento del trato especial de la mujer o generación de medidas afirmativas de diferenciación, que comprenden en últimas la necesaria operatividad social del orden jurídico sustentada por el nuevo Derecho:

«(...) a partir del Acto Constituyente de 1991 los derechos de las mujeres adquirieron trascendencia Constitucional. Cabe recordar, que las mujeres contaron con especial deferencia por parte del Constituyente de 1991, quien conocedor de las desventajas que ellas han tenido que sufrir a lo largo de la historia, optó por consagrar en el texto constitucional la igualdad, tanto de derechos como de oportunidades, entre el hombre y la mujer, así como por hacer expreso su no sometimiento a ninguna clase de discriminación. También resolvió privilegiarla de manera clara con miras a lograr equilibrar su situación, aumentando su protección a la luz del aparato estatal, consagrando también en la Carta Política normas que le permiten gozar de una especial asistencia del Estado durante el embarazo y después del parto, con la opción de recibir un subsidio alimentario si para entonces estuviere desempleada o desamparada, que el

Estado apoye de manera especial a la mujer cabeza de familia, así como que las autoridades garanticen su adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de la Administración Pública, entre otras. En este orden de ideas, la Constitución de 1991 dejó expresa su voluntad de reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres y de vigorizar en gran medida su salvaguarda protegiéndolos de una manera efectiva y reforzada. Por consiguiente, hoy en día, la mujer es sujeto constitucional de especial protección, y en esa medida todos sus derechos deben ser atendidos por parte del poder público, incluyendo a los operadores jurídicos, sin excepción alguna. Es así como la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y por ende protectora de los derechos fundamentales de todas las personas, en multitud de providencias ha hecho valer de manera primordial los derechos en cabeza de las mujeres. (...) Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social. No obstante, de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito. De tal forma que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. Sin embargo, dicho margen no es ilimitado. Aún en el campo penal de dicha política, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales, como lo ha resaltado esta Corte. En efecto, al legislador penal, en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que, al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio.»

Razonable es la concurrencia de acciones de tutelas con posterioridad a la despenalización del aborto en las tres circunstancias resueltas por la sentencia del 2006; en las que la corte denota a falta de una legislación clara, ciertas circunstancias que se han presentado tales como:

- el carácter individual y autónomo de cada uno de los eventos en que la interrupción del embarazo no constituye delito; la obligación del médico o profesional que se acoja a la objeción de conciencia de remitir inmediatamente a la madre a un médico que pueda practicar el procedimiento del aborto (T-209 de 2008);
- y los requisitos exigidos para acreditar la procedencia de la interrupción voluntaria del embarazo como derecho fundamental en cada uno de los tres casos nos constitutivos del delito (T-301 de 2016; T-697 de 2016).

3.2.- Trabajo sexual

Mientras que el aborto cuenta con su respectiva regulación y amplio desarrollo jurisprudencial, el trabajo sexual no se encuentra expresamente regulado, pero al menos cuenta con el reconocimiento por parte de la jurisprudencia constitucional como una actividad laboral y como consecuencia exhorta al Congreso que legisle prontamente la normatividad que propenda un desarrollo integral de prevención, trato y atención especial a los trabajadores en reconocimiento, garantía y protección de sus derechos.

3.2.1.- Reconocimiento jurisprudencial

En la primera década de la Corte Constitucional, se viene advirtiendo sobre la necesidad de regular el trabajo sexual, en aras de garantizar los derechos de las personas que se dedican a ese tipo de actividad y en respaldo al principio constitucional del respeto a la dignidad humana:

La prostitución y la homosexualidad son, en efecto, opciones sexuales válidas dentro de nuestro Estado social de derecho, razón por la cual, aquellos que las han asumido como forma de vida, sin afectar derechos ajenos, no pueden ser objeto de discriminación alguna. Por el contrario, según las voces de la propia Constitución Política, su condición de personas libres y autónomas debe ser plenamente garantizada y reconocida por el orden jurídico, en igualdad de condiciones a los demás miembros de la comunidad.¹⁰⁶

Ante la mora del legislador frente a la regulación de la práctica de la prostitución, la Corte Constitucional reconoce, que si bien es cierto, existe desde hace muchos años una actividad comercial que involucra a personas que ejercen como trabajadores sexuales y a los propietarios de las casas de prostitución, esta requiere que se regule como trabajo sexual lícito y por ende se incluya en el plan de desarrollo de políticas públicas o programas de generación de empleo que ofrezcan oportunidades laborales alternas a estas personas y se les capacite sobre el ejercicio de sus derechos fundamentales.¹⁰⁷

Las bases normativas que tiene en cuenta la Corte para pronunciarse de esta forma, se encontraban vigentes en ese momento en el Código Nacional de Policía que establece que **la prostitución es la ejercida por la persona que trafica habitualmente con su cuerpo, pero con la salvedad de hacer un llamado al Estado** para que utilice medios de protección social para prevenir la prostitución y rehabilitar a la persona prostituida.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Sentencia de constitucionalidad C-507 de 1999 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa)

¹⁰⁷ La Corte en fallo de tutela T-736 de 2015 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado) ordena a las autoridades municipales Alcaldía y al Concejo Municipal de Yopal, incluir en el plan de desarrollo políticas públicas o programas de generación de empleo que ofrezcan oportunidades laborales alternativas para los trabajadores sexuales, capacitaciones sobre el ejercicio de sus derechos fundamentales y reglamentar la prostitución.

¹⁰⁸ **Decreto 522 de 1971** «Artículo 120. El artículo 178 del Decreto-ley 1355 de 1970, queda así: «Artículo 178. Ejerce la prostitución la persona que trafica habitualmente con su cuerpo, para

Para la Corte, la prostitución al no ostentar una clara regulación genera sujetos en vulnerabilidad, además manifiesta que esta situación vista dentro de un marco normativo, no se considera como conducta punible, pero persigue la vigilancia y control por parte de las autoridades y el Estado no puede por ende prohibirla, argumentando que:

«los trabajadores sexuales reúnen las características para ser identificados como un grupo discriminado y marginado en razón a su actividad, que merece una especial protección constitucional. En efecto, se trata de un grupo social, que tiene una identidad como tal, pues quienes ejercen el trabajo sexual se reconocen como parte de esa actividad, y su estatus en la sociedad se marca a partir de esa identificación. Las referencias al trato que se le ha dado al trabajo sexual por el derecho dan cuenta de la desprotección legal en la que se encuentra el grupo. Entonces, el trato dado por el derecho y los estereotipos que informan la actividad los ha puesto en una posición inferior a los demás en la sociedad, que ha partido del acercamiento a dicha actividad como indigna, y en esa medida ha asignado al Estado el único deber con las personas que la practican de conseguir su rehabilitación. La omisión de regulación del trabajo sexual lícito ha invisibilizado a las personas que lo ejercen, al desconocer su actividad, el cual no es protegido por el derecho al trabajo, a pesar de que se da con el pleno ejercicio de la autonomía. Estas condiciones marginan a las personas que ejercen el trabajo sexual y limitan su posibilidad de disfrutar de otros derechos fundamentales, particularmente del derecho a la igualdad. El reconocimiento de la protección del derecho al trabajo es fundamental como una medida de especial protección constitucional, y reviste obligaciones para el Estado y para los establecimientos de comercio en los que se ejerce el trabajo sexual por cuenta ajena. La omisión de regulación y de una vigilancia e intervención mayor del Estado con el objetivo de proteger a los trabajadores sexuales, se ha extendido a la actividad económica de los establecimientos de comercio de las casas de prostitución. La regulación de la actividad económica lícita no es equiparable a la inducción a la prostitución sino una forma de garantizar los

satisfacción erótica de otras varias, con el fin de asegurar, completar o mejorar la propia subsistencia o la de otro. El Estado utilizará los medios de protección social a su alcance para prevenir la prostitución y para facilitar la rehabilitación de la persona prostituida». El texto modificado decía así: **Artículo 178.** El estado procurará por los distintos medios de protección social a su alcance, que la mujer no se prostituya y le brindará a la mujer prostituida los medios necesarios para su rehabilitación.» Código Nacional de Policía Decreto 1355 de 1970 **Artículo 179.** El sólo ejercicio de la prostitución no es punible. **Artículo 180.** Las Asambleas Departamentales o los Concejos podrán reglamentar lo relativo a la prostitución sujetándose a los preceptos de este estatuto y a los reglamentos que dicte el Gobierno Nacional. **Artículo 181.** La nación, los departamentos y los municipios organizarán institutos en donde cualquier persona que ejerza la prostitución encuentre medios gratuitos y eficaces para rehabilitarse. La rehabilitación se ofrecerá por todos los medios que sean posibles sin que tenga carácter imperativo. **Artículo 182.** El tratamiento médico de las enfermedades venéreas es obligatorio. El que se preste en establecimiento oficial será gratuito, así como las drogas que se suministren. **Artículo 183.** Las autoridades podrán solicitar informaciones respecto del ejercicio de la prostitución con el fin de hallar los mejores medios de rehabilitación de quienes se dediquen a ella.»

derechos de quienes trabajan en tales establecimientos. Así, esta intervención estatal es una medida de protección y comprende acciones para regular y vigilar la actividad económica, que aseguren y protejan la posibilidad de su ejercicio mediante la determinación de zonas para establecimientos de comercio que cumplan con condiciones de dignidad, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales con los trabajadores sexuales, su protección frente a riesgos profesionales, la provisión de condiciones de dignidad, y el respeto de las normas penales.»¹⁰⁹

Otro lente para comprender el amparo brindado por la Corte frente al reconocimiento de la prostitución como trabajo sexual lícito, es la comparación de los tres modelos distintos que se adoptan en el derecho internacional y que constituyen acertadamente en un punto reflexivo para la toma de la decisión:

«El modelo prohibicionista excluye el comercio carnal, de modo que el Derecho lo contempla, pero para prohibirlo y sancionarlo. En este marco son punibles todas las conductas relacionadas con el tráfico sexual, esto es, tanto la conducta sexual de la persona prostituida, como la de quien participa de la explotación económica de la actividad, mientras que los clientes suelen ser entendidos como víctimas de los anteriores. El bien jurídico protegido es la moral pública y las buenas costumbres. Este modelo ha sido adoptado por Estados Unidos, Suecia e Irlanda, y puede ser visto de dos formas. Una prohibición absoluta que sanciona tanto al cliente como a quien ejerce la prostitución y un neo-prohibicionismo que castiga únicamente a quien solicita el servicio, tal y como lo estableció Suecia en 1999. Sin embargo, este sistema ha tenido problemas, como seguir tratando el sexo como un tabú, promover la prostitución clandestina, no tener medios de control a situaciones de salubridad y el surgimiento de formas de explotación sexual a través de organizaciones ilegales (31). (ii) El modelo abolicionista pretende, desde el punto de vista jurídico, la ausencia total de reconocimiento del fenómeno y de las actividades conexas por parte del orden jurídico. Lo que se elimina no es el hecho en sí de la prostitución, sino la aceptación de su existencia y por tanto de regulación normativa. Su fundamento se ha encontrado en la necesidad de proteger la familia, pero también la dignidad de las mujeres. De tal suerte, se excluye la punición de la actividad individual, aunque se puede perseguir la organización de negocios destinados a la prestación de servicios sexuales. En ese sentido, se castiga la explotación de la prostitución y la inducción en la misma, considerando que esta es una violación a la libertad de quien se prostituye, quien en principio no haría tales actividades de forma voluntaria. La representación y práctica de este modelo puede verse en Italia, Inglaterra y algunas comunidades de

¹⁰⁹ Subrayado fuera del texto

España, también se ha propagado por otros países de Europa. Presenta los mismos inconvenientes que el prohibicionismo, con el agravante de que en la práctica no se observan verdaderos castigos y persecuciones en contra de quienes explotan este tipo de negocios (32). (iii) El modelo reglamentista, difundido en Europa tras las conquistas napoleónicas, tiende a reconocer la prostitución como un mal social que, al no poderse combatir, debe ser regulado a fin de evitar los efectos perniciosos relacionados con la salud, el orden social, la convivencia y buenas costumbres, que pudieren derivar de su ejercicio. En este orden, la reglamentación persigue la identificación geográfica y localización delimitada de la actividad, a fin de disminuir el impacto que producen en el funcionamiento de la ciudad y en el desarrollo de los objetivos públicos urbanos. Este modelo se observa en dos formas de funcionamiento, a través de un sistema de tolerancia y despenalización, en el que no se reconocen derechos de carácter laboral, y por un medio de reglamentación que reconoce a quien ejerce estas actividades sus derechos laborales. Quienes critican esta filosofía, indican que promueve el turismo sexual, aumenta el número de personas que les interesa prestar servicios sexuales, promueve las mafias y acrecenta la trata de personas.»¹¹⁰

También hacen parte de las consideraciones, una serie de fallos de la misma Corte que son indudablemente evolutivos en el reconocimiento de dicha práctica como un trabajo y actividad comercial lícita, constituyendo una línea jurisprudencial en el tema:

- en la T-620 de 1995 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa) «la Corte estudió la importancia del derecho a la intimidad y de la moral social como derechos protegidos, estableciendo que las zonas de tolerancia tienen como objetivo alejar el mal ejemplo de las zonas residenciales, de la niñez y la juventud, indicando que no es correcto presentar la prostitución como trabajo honesto, digno de amparo legal y constitucional, ya que ésta, por esencia, es una actividad evidentemente inmoral, en tanto que el trabajo honesto implica una actividad ética porque perfecciona, realiza a la persona y produce un bien»;
- en la Su-476 de 1997 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa) con respecto a la prostitución, no «puede ignorarse que se trata de una actividad alrededor de la cual suelen concurrir la comisión de delitos y la propagación de enfermedades venéreas, conductas éstas que deben prevenirse y controlarse de manera efectiva y oportuna por las autoridades públicas a quienes corresponda, con el fin de evitar que las mismas afecten a la colectividad, como sucede en el presente caso»;

¹¹⁰ Sentencia T-073 de 2017 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio). Referencias citadas (31) y (32): Manteca Corchado, María Rosario. Prostitución e integración social. El papel del educador social. Universidad de Valladolid, 2014. Págs. 19-20. Y 21-22

- en sentencia C-636 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo) la Corte estableció exequible el artículo 213 del Código Penal que castiga al que induzca a otro a la prostitución, «la persona que decide realizar trabajos sexuales quien «en últimas, decide sobre dicha posibilidad, al no ser ni constreñida, obligada o engañada (no son éstos elementos del tipo penal acusado) a vender su cuerpo en el comercio sexual (...) reconoce la prostitución como expresión de la libertad de escogencia de profesión y oficio dándole así, por primera vez, esta connotación al trabajo sexual. Adicionalmente, indicó que la norma no castiga a quien toma esta decisión libremente o a quien autónomamente decide prostituirse.»;
- con la T-629 de 2010 (MP. Juan Carlos Henao Pérez) se tuvo el primer precedente de protección al trabajo sexual, estableciendo que «la falta de garantías laborales priva a los trabajadores sexuales de sus derechos fundamentales, aun cuando este se haga por cuenta ajena en un establecimiento de comercio y no de forma autónoma», conllevando a futuro pronunciamientos ya no sobre el reconocimiento de la prostitución como tal, sino como trabajo sexual y por ende los derechos que de dicha relación laboral se desprende.

Después de sus exhaustivas consideraciones, reitera que la personas que ejercen este oficio se encuentra en gran situación de vulnerabilidad y requieren que el Estado garantice sus derechos como sujetos de especial protección constitucional; exhorta al ministerio de trabajo para que regule de manera específica y bajo la protección del derecho al trabajo.

3.2.2.- *Derechos de los trabajadores sexuales*

En consecuencia del reconocimiento que hace la Corte de la prostitución como una actividad comercial y trabajo lícito, el amparo constitucional de los derechos que le asisten a la persona que ejerce como trabajador sexual no se hace esperar, toda vez que, tanto sus derechos y principios constitucionales a la dignidad, libertad e igualdad, constituyen su principal defensa al ostentar su titular condiciones de vulnerabilidad, discriminación social y legal: «(...) considerar al trabajador o trabajadora sexual como sujeto de especial protección, por ser la parte débil del contrato y sobre todo por las condiciones propias del trabajo y la discriminación histórica y actual de la que suele ser víctima por la actividad que ejerce»¹¹¹

Es por ello que el Estado colombiano esta llamado a no tomar medidas de prevención negativas contra la prostitución y tiene la obligación de proteger mediante garantías constitucionales y laborales a las personas que la ejercen «el imperativo constitucional de reconocer sus mínimas garantías, de permitirles ser vinculadas no sólo a un sistema policivo de protección en salubridad y cuidado propio, sino también al sistema universal de seguridad social, a poder percibir prestaciones sociales así como el ahorro para la jubilación y las cesantías. De allí la importancia de empezar a visi-

¹¹¹ Sentencia T-629 de 2010 (MP. Juan Carlos Henao Pérez)

bilizar sus derechos desde el Derecho, no sólo en su perspectiva liberal e individual, sino también en la económica y social, en la que les concreta posiciones jurídicas de derecho a una remuneración justa por su trabajo y de derecho al progreso.»¹¹²

Volviendo a la T-736/15, el reconocimiento al trabajo sexual supone una categoría diferencial a quien lo ejerce:

«Los trabajadores sexuales conforman un grupo discriminado y marginado por su actividad respecto a los cuales el Estado tiene un deber de especial protección bajo los mandatos constitucionales de la igualdad material. Es necesario enfatizar que existe una diferencia entre el trabajo sexual lícito que parte del ejercicio de la voluntad libre y razonada de su titular, así se dé en contextos de vulnerabilidad socioeconómica y la prostitución forzada o la explotación de seres humanos por el lucro económico de terceros. Las conductas de explotación sexual, trata de personas, inducción a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores, demanda de explotación sexual comercial niños, niñas o adolescentes, pornografía con menores de 18 años, turismo sexual, prostitución de menores de 18 años y facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de edad, se encuentran penalizadas en Colombia, con el objetivo legítimo y deseable de suprimir y perseguir estas actividades ilegales y vulneratorias de derechos humanos.»

Quienes ejercen la prostitución han sido también discriminados por el Estado a través del ordenamiento jurídico, generando una desprotección legal, así lo ha concluido la Corte al manifestar que: «(...) los trabajadores sexuales comprenden un grupo discriminado debido a su actividad, lo que concurre con la precariedad económica y falta de protección de las normas laborales, en razón a estereotipos de la profesión y un modelo de segregación en la sociedad que se ha limitado a tolerar su existencia.»

3.3.- Maternidad subrogada

El otro escenario en el que se estudia la autonomía de la mujer con respecto a las decisiones que tienen que ver con su propio cuerpo, es el de la maternidad subrogada que, a diferencia del aborto y el trabajo sexual, no se encuentra regulada ni permitida, ni prohibida y ante su práctica totalmente fraudulenta, constituye un déficit de protección e instrumentalización para con ella misma.

Es de recordar que el objeto de estudio en esta disertación investigativa, se centra en la mujer y la postula de cara a la elección a la maternidad subrogada desde la calidad que ostenta como sujeto de especial protección constitucional, es decir, es el punto de inflexión con el que se debate la forma en que debe regularse esta práctica, en relación a los fines del Estado Social de Derecho y su alcance en el derecho de familia colombiano.

¹¹² Ibíd.

Para analizar de esta forma a la maternidad subrogada, es necesario conocer su conformación, evaluar su fundamentación y corregir sus deficiencias; cada uno de estos aspectos conforman parte del contenido de los tres capítulos de esta investigación respectivamente.¹¹³

La maternidad subrogada se conoce en Colombia como una práctica en auge, que, dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, se acude a ella de manera fraudulenta sin ningún tipo de control y través de medios o redes informativas del internet en la que mujeres ofrecen su vientre para hacer realidad el sueño de otros de ser padres a cambio de dinero (alquiler de vientre). Es así que cabe la posibilidad de contemplar que la ambigüedad que se presenta en esta práctica, obedece en estricto sentido a la falta de regulación, que, además, posada en vacíos legislativos en materia de derecho civil, de filiación y de parentesco genera un espacio de vulneración de derechos que le asisten a las personas que intervienen en ello.¹¹⁴

Si se empieza por el principio, la Constitución le reconoce igualdad de derechos a los hijos procreados por medio de asistencia científica; sin embargo, en el marco de la legislación civil, no es tarea fácil determinar los efectos que esta produce con respecto a la filiación, generando dudas dentro de la existencia legal de la persona, presunción de paternidad también de maternidad y el eventual caso que se quiera intentar su impugnación.¹¹⁵

Es carente la línea jurisprudencial que permita resolver los conflictos en torno al tema de la maternidad subrogada y conducir el problema hacia las técnicas y avances en la reproducción humana asistida, si es que de eso se trata, ya que en los dos casos estudiados por la Corte se resolvió el conflicto bajo las instituciones vigentes y pertinentes que regulan las relaciones jurídico familiares, tales como custodia e interés superior del menor. Sin embargo, el amparo de tutela para solicitar tratamientos de reproducción asistida evidencia que se requiere la urgente regulación por parte del legislador sobre estos temas que incluyen la maternidad subrogada como alternativa reproductiva.

3.3.1.- Antecedentes Jurisprudenciales

El caso T-968 de 2009, es el primero de los fallos en el que la Corte indica que la maternidad subrogada es una práctica en auge y que su divulgación pública mediante internet, en el que cientos de mujeres anuncian ofrecer alquilar su vientre para hacer realidad el sueño de otros de ser padres, resulta fraudulento, pues al momento de resolver un conflicto presentado entre las partes ya sea por el incumplimiento o de

¹¹³ Para llevar un hilo conductor en el asunto, en el primer capítulo se conoce la conformación de la maternidad subrogada, precisamente en este apartado; en el segundo capítulo se sustentará la fundamentación y en el tercer capítulo para corregir sus deficiencias, se presentará la propuesta de cómo regularla.

¹¹⁴ Sentencia T-968 de 2009 (MP. María Victoria Calle Correa)

¹¹⁵ Art. 42 de la Constitución Política de 1991: (...) «Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes»

otra situación que impida culminar exitosamente lo acordado, no existe herramienta jurídica ni legal que solucione el problema:

«En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que «Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.» En Colombia, al parecer también es una práctica en auge. En internet se encuentran cientos de anuncios de mujeres de todas las edades que ofrecen su vientre para hacer realidad el sueño de otros de ser padres.»¹¹⁶

Ante la expectativa de que la Corte pudiese dar luces sobre la maternidad subrogada, resulta en últimas una decisión inocua de custodia, precisamente porque la maternidad alegada en este caso se desvirtúa al resolver el asunto por el material genético que compromete a las partes involucradas y por tanto los hijos tendrán por madre a la mujer que alquiló el vientre y aportó sus óvulos:

«Por otra parte, considerar que la madre tiene un menor derecho sobre sus hijos que el padre, porque inicialmente accedió a gestar en su vientre un hijo del matrimonio integrado por Salomón y Raquel, empleando los óvulos de la señora Domínguez y después de una donante anónima, sin ningún resultado, a cambio de una compensación económica que le permitiera dar un mejor nivel de vida a su familia, incluida su hija, no inhabilita per se a la madre para exigir y hacer valer los derechos de sus hijos. Pero, tampoco al padre, quien conscientemente facilitó y costeó todo el proceso que culminó con el nacimiento de los menores a través de técnicas de reproducción asistida, y que no vaciló en recurrir a una mujer joven y sana, pero sin solvencia económica, para concebir a sus hijos, cuyo papel activo como madre es ahora rechazado por el padre, debido precisamente a su condición social y económica, situación

¹¹⁶ El caso se trata de una pareja de casados, Salomón de nacionalidad colombiana y Raquel dominicana, residentes en Estados Unidos, deciden alquilar un vientre para procrear; Salomón contacta a Sarai colombiana domiciliada en Valle del Cauca y acuerdan el alquiler del vientre con la implantación de los óvulos de Raquel; pero ante el fracaso de la implantación se procedió a la FIV con los óvulos de Sarai, dando como resultado embarazo múltiple y al nacer los mellizos son registrados como hijos ya no de la pareja estadounidense sino de Salomón y Sarai. Sarai asume inicialmente la custodia de los menores, pero más adelante la pierde y el ICBF se la otorga a una tía paterna. Salomón inicia varios trámites uno de custodia y otro de privación de patria potestad; finalmente ante juez de familia instaura demanda de permiso de salida del país lo que le fue concedida. Sarai ante la decisión instaura acción de tutela y el fallo de primera instancia concede a favor de Sarai; la Corte suprema de Justicia por la impugnación presentada solicita la nulidad ordenando la devolución. Mientras sentencia va y sentencia viene, mas incidencia de desacato, la Corte Constitucional revisa el caso que en últimas lo decide por custodia. T-968 de 2009 (MP. María Victoria Calle Correa)

que conoció previamente, y que en aquel entonces no consideró para nada inconveniente.»

Llama la atención, que la Corte a pesar de hacer en sus consideraciones una descripción general de cómo se ha concebido la práctica de la maternidad subrogada a nivel internacional y sospechando la necesidad de regulación, al final en su parte resolutive no exhorta al Congreso de la República legislar el tema.

De igual manera la sentencia SU-696 de 2015, genera la expectativa de ordenar al menos una exhortación con término para regular el tema de la maternidad subrogada y los efectos que esta práctica produce, pero la Corte nuevamente omite el tema y termina resolviendo el asunto en torno al interés superior del menor y del derecho que este tiene a su filiación; por ende, ordena modificar el formato del registro civil de nacimiento, a fin de poder registrar a favor del menor, la relación filial con sus padres, y ya no en el denominado padre y madre, sino también, cuando sean dos hombres o dos mujeres que figuren como tal.¹¹⁷

Lo que parece abrumar a la Corte ante la falta de certeza de proferir un pronunciamiento con respecto a la maternidad subrogada y a los hijos concebidos por esta práctica, son los desalentadores casos que se conocen en el derecho internacional y cómo de una u otra forma los Estados están llamados a proteger a los menores por el interés superior y prevalencia de sus derechos que ostentan; y los que la misma corporación cita así:

«Por otra parte, recientemente en *Menesson c. Francia*,¹¹⁸ el Tribunal conoció el caso de una pareja francesa que, tras un procedimiento de maternidad subrogada en California, tuvo dos hijos. Los demandantes se acercaron al consulado francés de dicho Estado para registrar a los menores de edad y así obtener su nacionalidad. Sin embargo, las autoridades consulares rechazaron la solicitud al considerar que, a pesar de que los padres contaban con los respectivos registros de nacimiento, los procedimientos subrogados de fertilización no estaban reconocidos en el país. Incluso, el consulado compulsó copias a la Fiscalía para que iniciara las indagaciones penales por considerar que la conducta desplegada por la pareja era criminal. La Corte, concluyó que las acciones del consulado vulneraron el derecho a la identidad de los niños, en la medida en que a pesar de que existía un documento equivalente que reconocía la relación paterno-filial, negaron el registro. Esto, en criterio del Tribunal es una contradicción administrativa que desconoce que la

¹¹⁷ Es el caso de una pareja de homosexuales que tuvieron una hija mediante maternidad subrogada en el extranjero y al llegar al país no pudieron registrar a la menor como su hija, por un lado, por la forma de haberla concebido y por otro porque el registro civil de nacimiento no se adecuaba con la información de la nueva familia, en este caso dos padres. SU-696 de 2015 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado)

¹¹⁸ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Menesson c. Francia*. Sentencia del 26 de junio de 2014. Párrafos 87 a 94.

nacionalidad es un componente fundamental de la identidad de las personas especialmente cuando existe un vínculo biológico comprobado entre el menor de edad y sus padres. En esa misma línea, en el fallo *Paradiso y Campanelli c. Italia*¹¹⁹ la Corte analizó el caso de unos esposos italianos que, en virtud de un contrato de gestación por subrogación, tuvieron un hijo en Rusia. El Estado italiano, al igual que en el caso anterior, se negó a realizar la inscripción en el registro civil a pesar de que existía un certificado de nacimiento emitido por las autoridades rusas que reconocía a los esposos como padres del niño. Al considerar que se vulneró el derecho a la intimidad del menor de edad, el Tribunal reconoció que el artículo 8 presupone la existencia de una familia y que la misma no sólo se reduce a un tipo determinado de unión, sino que engloba otros vínculos de hecho.»

Despierta aún más la atención, es la problemática que a nivel internacional se está generando a causa de la falta de una normatividad clara y expresa que permita esta alternativa de procreación sin el desconocimiento de los derechos universales que le asisten a las personas. Esto produce con mayor firmeza la necesidad de regular la maternidad subrogada en Colombia precisamente para evitar a futuro derechos vulnerados y sin resarcir de mujeres y niños por la carencia de seguridad jurídica en la legislación.

Ya finalmente con la providencia de Tutela T-316 de 2018 la Corte resalta que es necesario discutir amplia y democráticamente en cabeza del legislador las cuestiones legales, éticas y sociales de las complejas técnicas de reproducción humana asistida que hasta el momento no han sido abordadas de manera democrática, ni desarrolladas por el legislador, lo que aumenta el riesgo de que las personas sigan acudiendo de forma fraudulenta a estas técnicas y que en últimas los derechos en vez de garantizarse queden desvalidos.

Es claro que en Colombia existe una laguna legislativa ante la falta de instrumentos legales para resolver las consecuencias jurídicas que se desprenden alrededor de la simple fecundación *in vitro*, tales como la concepción y creación de embriones fuera del cuerpo humano, la donación de óvulos, la congelación de embriones incluyendo su preservación y desecho, la filiación legal que resulta de la utilización de embriones *post mortem*, y la inexistencia jurídica y legal de la maternidad subrogada.

3.3.2.- Antecedentes legislativos—Proyectos de ley

A pesar de que el art. 42 superior reconoce la reproducción humana con ayuda científica, no existe un desarrollo legislativo sólido sobre el tema, tan sólo intentos frustrados por distintas razones y que a continuación se exponen.

En Proyecto de ley presentado el 22 de julio de 2003, se manifiesta en la exposición de motivos que en Colombia no hay ley de la república que reglamente las nuevas perspectivas de los avances médicos científicos, referentes a la aplicación de

¹¹⁹ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*. Sentencia del 25 de enero de 2015. Párrafo 67.

los métodos de procreación humana asistida a pesar de los avances de la biología, la medicina y la genética.

El objetivo del proyecto de ley es el de desarrollar la norma constitucional, señalando las directrices, para que las técnicas médico científicas de procreación humana asistida tengan su fundamento en la ley y estableciendo los parámetros que los métodos científicos de procreación humana asistida deben.

Dentro del listado de las prohibiciones se encuentra la maternidad subrogada entre otras, por los que es relevante la modificación del Código Civil para precisar la determinación del parentesco y sus efectos plasmados en los artículos 36, 90 y 213:

«en su artículo 36 cuando se concibe un hijo a través de la práctica de procreación artificial asistida y es homóloga, porque tanto los gametos femenino y masculino corresponden a la pareja que está unida en matrimonio o en unión marital de hecho. Ahí existe palmariamente el parentesco de consanguinidad, ya sea legítimo o extramatrimonial según el caso. El parágrafo permite aclarar que cuando se concibe un hijo con la aplicación de las técnicas de procreación humana asistida se pueden presentar dos situaciones; bien que el gameto masculino sea del marido y el gameto femenino sea de un tercero o que el gameto femenino sea de la mujer que conforma la pareja con ese marido y el gameto masculino sea de un tercero, en este caso el parentesco se predica únicamente del miembro de la pareja que aportó el gameto. No obstante, si están unidos en matrimonio el hijo será legítimo, en caso contrario el hijo será matrimonial. De esa manera queda claro lo concerniente al parentesco de consanguinidad. Lo importante es que se logra llevar un hijo a la pareja y conformar una familia, aunque sea únicamente consanguíneo de uno de los miembros de la pareja, que al prestar su consentimiento informado como lo consagra el presente proyecto de ley, tendrían un hijo que tendrá por padres a la pareja unida en matrimonio o en unión marital de hecho. Cabe resaltar que, si el hijo nace como consecuencia de la aplicación de la técnica de procreación humana asistida heteróloga, aquí ya no existe parentesco de consanguinidad sino civil, asimilándolo al caso de la adopción, existiendo igualmente relaciones de padre, madre, e hijo, siempre que previamente mediere el consentimiento. En cuanto a la modificación del artículo 90 del Código Civil, se observa la diferenciación entre existencia biológica del ser humano que comienza desde la fecundación y la existencia legal que se inicia al nacer. Si la criatura muere en el vientre materno o antes de que se desligue del cuerpo de su madre se legalizará su muerte ante autoridad competente y surtirá todos los efectos jurídicos en materia civil. Con este artículo se le da una categoría jurídica al embrión humano. Es decir, que desde el momento en que el óvulo es fecundado se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano sino lo ha sido desde entonces. En efecto, el embrión es un ser humano en gestación, único e irrepetible, con todas las características

individuales, físicas y espirituales, bien determinadas: sexo, estatura, color de la piel, cabello, formas y color de los ojos, hasta las huellas digitales se les pueden tomar a las doce semanas de concebido y estas serán las mismas para toda la vida. No se trata de una fantasía: el embrión humano, realmente es como una memoria programada en la cual todos los datos están presentes. Por lo tanto, no hay que hablar de un embrión hombre, sino de un hombre en forma de embrión. Haciendo referencia a la modificación del artículo 213 del Código Civil, podemos expresar que permite hacer extensiva la legitimidad a los hijos procreados con asistencia científica cualesquiera sea la modalidad, homóloga o heteróloga.»¹²⁰

El tema despierta la atención y en el mismo año 2016 en el que se radican por aparte dos proyectos de ley totalmente polarizados.

El primero de ellos tiene por objeto prohibir la práctica de la maternidad subrogada por considerarla trata de personas y explotación a la mujer con fines reproductivos:

- En la exposición de motivos indica que la maternidad subrogada en Colombia «(más conocida como alquiler de vientre) ha sido entendida en 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 filiación»¹²¹
- Hace mención a la sentencia de tutela del 2009 como único referente, e indica además que los fines económicos constituyen una objetivación a las mujeres, pues estima que los derechos vulnerados con la práctica son los de los niños antes, durante y después de nacer.
- Hace un listado de los países con una prohibición absoluta o parcial, se interroga sobre los problemas que conlleva la filiación y por último el común denominador de la mesa de trabajo decide prohibir la maternidad subrogada.
- A pesar de que dicho proyecto fue modificado y presentado como ley estatutaria, obtuvo concepto negativo por parte del Consejo Superior de Política Criminal al resultar inconveniente, puesto que, como ya lo había mencionado en el pasado concepto 06/16 del proyecto de ley 201 de 2016 que igualmente perseguía prohibir la practica de la maternidad subrogada «consideró la iniciativa inconveniente desde el punto de vista político-criminal además de inconstitucional por falta de rigor en la definiciones, expansión injustificada del derecho penal, la desproporcionalidad

¹²⁰ Proyecto de Ley 29 de 2003 Cámara de Representantes, Departamento del Atlántico, *Alonso Acosta Osio*

¹²¹ Proyectos de Ley 202 de 2016 y 026 de 2016 Cámara de Representantes, Senadora María del Rosario Vega y Representante Santiago Valencia del Partido Político Centro Democrático. Recuperado en: <http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-11/P.L.E.186-2017C%20%28MATERNIDAD%20SUBROGADA%29.pdf> proyecto para primer debate puede ser consultado en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=026&p_consec=45755

en la tipificación al asociarla de trata de personas y tráfico de órganos, limitación de derechos fundamentales»; al igual que su contenido no desarrolla los parámetros de una ley Estatutaria al proponer la prohibición de un comportamiento y no establecer previsiones específicas para garantizar los derechos fundamentales de los sujetos que intervienen en la práctica de la maternidad subrogada.¹²²

- Resulto archivado por retiro del autor el 11 de abril de 2018.

El segundo de ellos, por el contrario, pretende regular la inseminación artificial y propone la maternidad subrogada como «uso solidario de vientre» indicando que su falta de reglamentación la hace una práctica sin control produciéndose muertes y tráfico de niños; el fin es evitar un negocio y que se haga en defensa del derecho a la procreación y que es del fuero personal de la mujer prestar solidariamente su vientre para ello. En dicho proyecto se mencionan una lista de los intentos por reglamentar la reproducción humana con asistencia científica y se propone como título «Ley Lucía».¹²³

Sin duda el fracaso de los varios proyectos de ley tanto de maternidad subrogada como de reproducción humana asistida en los que se incluye esta práctica, es a falta de fundamentación que sustente sus objetivos. Recientemente el 3 de junio de 2018 fue presentado y retirado el proyecto de ley por medio del cual se pretendía regular el contrato de técnicas de reproducción humana asistida y se dictaban otras disposiciones.¹²⁴

3.3.3.- Acceso a la maternidad subrogada

Como se pudo observar en la jurisprudencia antes citada, la ausencia de una normatividad sobre las técnicas de reproducción humana asistida, en especial a lo referente a la maternidad subrogada, genera la celebración de pactos o acuerdos aparentemente inocuos, pero que carentes de toda seguridad jurídica no tienen ningún tipo de validez ni eficacia con respecto a los intereses de tipo reproductivo que motivaron a las partes.

Por ello que el acceso a la maternidad subrogada, como la posibilidad de tener hijos en aquellos países donde no se encuentra reglamentada, resulta en últimas un entramado de redes fraudulentas dejando sólo víctimas, como: los hijos procreados sin filiación alguna, a las mujeres que gestaron sin ningún tipo de retribución y a los que deseaban ser padres sin el hijo deseado, a pesar del gran gasto e inversión económica que todo el proceso conlleva y en el peor de los casos, se penaliza a quienes intervienen en el evento en que se encuentre prohibida. (Farnós 2017).

Pero en los países en los que se encuentra legalizada de forma comercial, como lo está en India, Estados Unidos, Ucrania, Hungría, Corea del Sur, Sudáfrica, Israel y

¹²² Consejo Superior de política Criminal. Recuperado en: <http://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2018-02/186%20-%202017%20C%20Concepto%20CSPC.pdf>

¹²³ Proyecto de ley número 56 de 2016 Senado, por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones; retoma el anterior proyecto de ley número 55 de 2015 Senado, el cual fue retirado antes del primer debate. Modificado se radica nuevamente bajo el proyecto de ley 88 de 2017. Recuperado en: <http://jacevedo.imprenta.gov.co/documents/10280/3796703/g713.pdf/42e993bd-6f77-4993-85d5-633257f5b9c9>

¹²⁴ Proyecto presentado por Leonor Serrano de Camargo el 3 de junio de 2018, numero de senado 046/03 para séptima comisión y retirado por el mismo autor

los Países Bajos, se estima que la industria de la maternidad subrogada produce miles de niños que nacen bajo el siguiente procedimiento general:

- Mediante el implante de óvulos inseminados o de embriones en el útero de mujeres que en su mayoría son pobres, es decir con alta necesidad económica para subsistir. Por regla general no son los mismos óvulos de la mujer que alquila el vientre para no comprometer el material genético y evitar problemas jurídicos y legales ante una eventual demanda de filiación, sin que ello signifique que no los pueda donar.
- Se firma un contrato en el que se comprometen estas mujeres a gestar, dar a luz y entregar un niño, recibiendo tan sólo una parte del pago que hacen los comparadores.
- En Ucrania las mujeres que han firmado el contrato son obligadas a aislarse de su familia y permanecer internadas en un lugar incluso lejos de su hogar en el que sólo se encuentran acompañadas por otras mujeres que han alquilado su vientre. Algunos les llaman a estas casas que albergan a estas mujeres, granjas de alquiler.
- El pago que hacen los compradores estadounidenses, europeos, australianos, japoneses, indios ricos, parejas heterosexuales sin hijos, homosexuales y hombres solteros, oscila entre 2.500 y 6.500 dólares estadounidenses.
- El contacto entre las partes, el pago y el procedimiento de fertilización se hace todo por intermedio de las múltiples agencias que a través de sus paginas web ofrecen el servicio de alquiler de vientres como el intercambio de la posibilidad de ser reconocidas como buenas samaritanas a las mujeres que hagan realidad el sueño de ser padres que otros quieren alcanzar. (Ekis 2017)¹²⁵

A sabiendas que en Colombia la maternidad subrogada no se encuentra regulada, hay quienes tienen la osadía de comercializarla a través del espacio cibernético, pero con mayor ahínco en el uso de las redes sociales, en las que se encuentran un sin número de perfiles sean personales o de grupos de mujeres que anuncian alquilar su vientre, ya sea por cuenta propia o a través de intermediarios, ofreciendo ese servicio a personas que desean tener hijos e incentivando cumplir el sueño de ser padres.¹²⁶

Ese tipo de acceso informal a la maternidad subrogada sin ningún tipo de control jurídico y legal, se encuentra respaldado por los múltiples servicios que ofrecen intermediarios o agencias que directa o indirectamente relacionados con los centros de

¹²⁵ La autora cita una serie de páginas web especializadas en alquiler de vientres entre ellas están: <https://www.familjeliv.se/forum> <https://villhabarn.se/> ; también indica que en Gran Bretaña y Australia se encuentra regulado de forma altruista, sin embargo, su postura a esta modalidad, es que al no recibir ningún tipo de retribución se instrumentaliza a la mujer, tema que se estudiara más adelante.

¹²⁶ En las redes sociales se encuentran todo tipo de perfiles que anuncian la maternidad subrogada con el nombre del alquiler de vientre o gestación por sustitución, entre otros, incluso también utilizan chats privados de las mismas aplicaciones.

fertilización y tratamientos reproductivos, son quienes logran hacer el contacto entre la mujer que alquila el vientre y las personas que desean ser padres.¹²⁷

En Colombia no existe garantías de ningún tipo, ni legal, ni jurisprudencial que permita llevar a feliz término los tratamientos de reproducción humana asistida que impliquen necesariamente la maternidad subrogada; y sin, que los derechos de la mujer, de los hijos y de las personas que desean ser padres se encuentren vulnerados, amenazados e inobservados.

Esto constituye un problema jurídico sobre el aprovechamiento mutuo entre quien reclama tener hijos y quien tiene una necesidad económica que suplir, instrumentalizándose de cierta forma a los sujetos de derechos; por tanto, es preciso plantear como una solución, que la elección de subrogar o no la maternidad, esta en cabeza de la mujer y desde su estatus jurídico se debe proponer su regulación y no desde los derechos reproductivos que otros demandan para poder procrear.

Conclusión

La noción de Estado Social de Derecho que trae consigo la Constitución de 1991, persigue una obligación del Estado en proteger no solamente a la familia, sino que, además, le concede un derecho a los sujetos que la componen independiente de sí su cabeza es un hombre o una mujer y en estos términos se podría reconocer la trascendencia de la construcción jurídica de la igualdad de géneros o igualdad sustantiva de la mujer como lo propone la Corte Constitucional.

Una nueva función del Estado plantea en acabar la marginalidad y remediar el problema social que esto ha implicado para la mujer, que desde el panorama de la autonomía se constituye como una entidad autónoma en un juego de individualidades y fragmentación de entidades tradicionales que hacen parte de la realidad social; de hecho, esto mismo muestra el carácter jurídico de los sujetos que están en el Derecho y la poca posibilidad de una connotación natural.

Es lo que se persigue con el nuevo Derecho que es una puerta abierta a la subjetividad, crea una nueva dimensión de comprender el Estado y su función misma en la sociedad, por tanto, surgen las acciones positivas o afirmativas que materializan una medida o dispositivo de articulación de los fines de dicho Estado frente a un contexto tradicionalmente adverso consiguiendo la igualdad sustantiva de la mujer.

Este nuevo Derecho se plantea un nuevo concepto de mujer, que ya no se puede seguirse leyendo en visiones de tipo tradicional basados en modelos hegemónicos o estándares monolíticos los que han generado la desigualdad histórica, sino desde la noción que se acomoda a una autonomía indefinida y que lleva la responsabilidad social que tiene el juez en eliminar toda marginalidad, inequidad e injusticia en la sociedad.

¹²⁷ En internet se encuentran agencias que realizan el trámite en países que lo permiten, por protección de datos únicamente dan información detallada del trámite como tal a sus clientes; en sus páginas web se encuentra información general la que es común en todas ellas: www.babygest.es, www.surrofair.com, <https://gestlifesurrogacy.com/>, <http://www.surrobaby.es/>

Para esto, la jurisprudencia constitucional ha desempeñado un papel importante con fallos paradigmáticos que desarrollan y propenden la autonomía de la mujer en distintos espacios en los que ejerce roles ya no solamente arraigados a una función de índole meramente familiar sino como un sujeto autónomo, independiente y de derecho en otros contextos laborales y sociales.

Pero a pesar del esfuerzo que ha implicado reposicionar a la mujer en el Derecho, como resultado de la lucha y los reclamos históricos para el reconocimiento de sus derechos y eliminar toda discriminación y marginalización en su contra, aún quedan temas por resolver y que demandan la atención urgente del Estado Social de Derecho y es lo referente al silencio normativo de las técnicas de reproducción humana asistida en especial a la práctica de la maternidad subrogada.

Esa regulación que es urgentemente requerida deberá tener en cuenta: primero, la autonomía de la mujer; segundo, reducir los efectos negativos que esa práctica de reproducción humana asistida implicaría para la mujer; y tercero, que, desde los fines del Estado Social de Derecho, los derechos que se le han reconocido a la mujer como sujeto de especial protección, se limite y fije como punto de inflexión, el principio constitucional de solidaridad.

En resumidas cuentas, la mujer es el anclaje para determinar si la maternidad subrogada es compatible o no con los fines del Estado Social de Derecho consagrados en la Constitución de 1991.

MATERNIDAD SUBROGADA



Imagen creada con DALL-E de OpenAi: mujer, maternidad, subrogada, Colombia, protección legal, diversidad de género.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS PARA INSTITUIR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA

Summum ius summa iniuria

Introducción

A partir del reconocimiento fragmentario de los derechos de la mujer en el Derecho Colombiano, se hace más comprensible el objeto de estudio de esta disertación académica que centra su atención en el papel que desempeña la mujer en la elección a la maternidad subrogada como una práctica de reproducción humana asistida.

Esto justifica la necesidad de revisar, qué tan compatible es esta práctica con el estatus jurídico que ostenta hoy día la mujer, ante la complejidad que conlleva ponderar una concurrencia de derechos pretendidos por todas las personas que intervienen y los efectos que puede implicar.

Por tanto, este segundo capítulo tiene por objetivo revisar los fundamentos de la maternidad subrogada como práctica de reproducción humana asistida desde la mujer en calidad de sujeto de especial protección constitucional y en compatibilidad con el ordenamiento jurídico colombiano.

Para ello el nivel de objetivo alcanzado es definir los fundamentos constitucionales y legales para instituir la maternidad subrogada en Colombia, teniendo en cuenta su sistema constitucional y legal a través de la siguiente estructura:

1. Sin incurrir en un estudio exhaustivo de Derecho comparado, (porque de ello se han encargado otros trabajos), se establece un marco referencial tomando los tres modelos o formas en las que se ejerce la práctica de la maternidad subrogada en los Estados que la regulan.

2. Descendiendo al contexto del Derecho colombiano, se establece un primer marco constitucional, basado en los fines del Estado Social de Derecho, los derechos fundamentales y los sujetos de especial protección, consagrados en la Constitución Política de Colombia de 1991.
3. Un segundo marco normativo sistematiza las normas jurídicas de las principales instituciones jurídico familiares, penales y laborales, del sistema jurídico colombiano, que servirán de base para establecer el régimen que regularía la aplicabilidad de la maternidad subrogada.

Se espera con esto, sustentar la fundamentación teórica para poder instituir la práctica de la maternidad subrogada, de conformidad a los principios constitucionales del Estado Social de Derecho colombiano.

1.- La maternidad subrogada en los Estados más predominantes que la regulan

La forma en que se viene regulando la maternidad subrogada se encuentra íntimamente ligada con el estatus jurídico de la mujer, y da luces sobre el reconocimiento de su autonomía y papel que desempeña en la familia, en la sociedad y en el Estado que la regula.

En los Estados en los que existe una concepción de la mujer como un sujeto de derechos, dentro de los cuales se le reconoce el de la autonomía, la igualdad y la libertad, se convierte en el pilar fundante para optar por la práctica de la maternidad subrogada, pero en cabeza de la mujer, lo que conlleva a regularla de forma altruista.

Caso contrario lo que ocurre en los Estados donde la sociedad contempla condiciones de segregación y marginalidad hacia la mujer, lo que probablemente sea la arena fundante del comercio o la industria de la maternidad subrogada, comúnmente se encuentra denominada como alquiler de vientres.

La situación de la mujer, se agudiza cuando el Estado la invisibiliza prohibiendo la práctica de la maternidad subrogada, sea altruista o comercial, incluyendo o no las técnicas de reproducción humana asistida dentro de su prohibición, pero lo que es peor aún, es cuando pasa por silencio su regulación.

Estas tres son las principales formas de regulación de la maternidad subrogada: comercial, altruista y prohibida; en las que por lo general su práctica se denomina gestación por sustitución o alquiler de vientres cuando es comercial; defiriendo cuando es altruista como en Australia que se denomina maternidad subrogada porque cumple con los fines para lo cual fue creada; y en cuanto a la tendencia prohibicionista, depende del tipo de actividad que se prohíba.¹²⁸

¹²⁸ Para este tema se consultaron varios sitios web especializados en la comercialización de la gestación por sustitución, uno de ellos Babygest que permitió confrontar la información generalizada de las tablas informativas que utilizan los autores tal como en el artículo «Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus biótica neoliberal» por María José Guerra Palmero 2017, actualizándose hasta el 19 de julio 2018, es de advertir que los datos pueden variar debido a los constantes cambios y controversias en la regulación que a diario tienen que resolver los Estados.

Antes de entrar en detalle en cada una de estas modalidades de maternidad subrogada, es de sostener que cualquiera que sea el término que se emplee para referirse a una forma de subrogación sea de maternidad o gestación, conlleva un acuerdo de embarazo ya sea bajo el título de contrato o convenio, lo que puede o no implicar un pago (¿por concepto de qué?) y de ese punto en cuestión habrá que tener en cuenta las siguientes precisiones:

- Que los acuerdos de embarazo no deberían y en realidad no pueden ser prohibidos puesto que supondría una violación a la autonomía, autodeterminación y libertad de las mujeres sobre sus propios cuerpos.
- Que la única manera de evitar las actuales jerarquías de dominación de raza y clase es prohibir el pago de los servicios de gestación por alquiler o venta.
- Que, si lo anterior reduce sustancialmente el número de mujeres dispuestas a actuar como sustitutas, no se considera como una pérdida social o como una restricción indebida a la libertad de los posibles padres.
- Que puede ser liberador u opresivo para las mujeres hacer contratos y recibir un pago por el uso de sus cuerpos. (Shanley 2001)

Sin perder de vista el foco principal de atención de este tema, que versa sobre los efectos negativos de las formas de subrogación en la mujer, ya sea que venda o no sus servicios de gestación, a continuación, se mencionaran en cada modalidad los Estados más predominantes que la regulan.¹²⁹

1.1.- Modalidad comercial

La maternidad subrogada con fines lucrativos se encuentra regulada en India, Rusia, Tailandia, Ucrania, Estados Unidos, Grecia y México, estos tres últimos Estados contemplan un régimen mixto al permitirle también de forma altruista; pero de todos estos, India es el país con mayor predominio al no restringir su acceso y hacerlo mayormente accesible.¹³⁰

¹²⁹ Países que permiten la gestación subrogada: Grecia, Reino Unido, India, Rusia y algunos Estados de Estados Unidos. La prohíben: Francia, España, Alemania, Suecia, Italia, Suiza, Austria, Bulgaria, Croacia, Hungría, Islandia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Portugal, república Checa, Eslovaquia, Eslovenia y Turquía. Como experiencias de regulación: la India. Validez con renuncia de derecho de la madre, e influencia en el PIB: en Estados Unidos que se canaliza a través de agencias especializadas que controlan el proceso y no se exige el altruismo. Brasil sí exige el altruismo. (Balaguer 2017)

¹³⁰ En algunos sitios web especializados en gestación subrogada calculan los países compatibles para realizar este procedimiento, por ejemplo se consulto: El caso de Mujer de 39 años, sin pareja, interesada en gestación subrogada, tiene dos opciones de tratamiento una con semen de donante y dos con óvulos y semen de donante, es compatible con Estados Unidos, Canadá y Grecia; debido al modelo de familia no podría ir a Ucrania, Georgia y Rusia; y de tener pareja del mismo sexo tampoco podría ir a Grecia. El caso de Mujer de 39 años, con pareja heterosexual, interesada en gestación subrogada tiene cuatro opciones de tratamiento una sin donación, dos con óvulos de donante, tres con semen de donante y cuatro con óvulos y semen de donante, es compatible con Estados Unidos, Canadá, Ucrania, Georgia, Grecia y Rusia. En el caso de Hombre de 39 años, sin pareja o con pareja del mismo sexo, interesado en gestación subrogada tiene dos opciones una con óvulos de donante y dos con óvulos y semen de donante, es compatible Estados Unidos y

De los Estados mencionados, se hará referencia a India y Estados Unidos por ser los países más predominantes en esta modalidad comercial de la maternidad subrogada, donde el estatus de la mujer discrepa de un Estado a otro.

El comportamiento jurídico de la mujer en India, dista mucho del estatus que actualmente tiene la mujer colombiana, con respecto al papel que se empeña en la sociedad y en la familia, lejos de ser un sujeto de especial protección, es objeto y materialización de la figura patriarcal consentida por el Estado que acepta y perpetúa relaciones de poder desigual con jerarquía por parte de la familia y la comunidad. (Amador 2010)

Esto es, lo que soporta a India como potencia mundial en la industria de la maternidad subrogada, que a través de la mercantilización del cuerpo de la mujer como nuevo dispositivo de poder-saber dentro de la práctica legal, económica y social, interviene esta reproducción humana y configura relaciones de poder en el entramado de raza, clase y género, «en el cual las mujeres jóvenes de las zonas industrializadas del tercer mundo se han convertido en el insumo principal para esta nueva industria.»¹³¹

Esa principal barrera cultural que aún sigue vigente, perpetúa la violencia contra las mujeres al evidenciarse que ellas deben entregar a su marido los beneficios obtenidos de su trabajo (sea o no producto de la maternidad subrogada) y que en la mayoría de veces se realiza en el sector informal, inseguro, irregular e invisible (pues no es reconocido), acosta de sufrir muchos tipos de maltrato en todas las etapas de su vida mientras trabaja por obligación (infanticidio femenino, acoso sexual, prácticas tradicionales dañinas, dote y matrimonios precoces). (Mir 2010)

Tal desarrollo biotecnológico indio, se mancilla en la idea que la infertilidad es un problema a nivel mundial y su industria posee la capacidad tecnológica, innovadora y profesional para solucionarlo, la misma que arguye en documentos gubernamentales y de los que se puede desprender el paso de una mujer dominada a una mujer explotada:

- El contrato o acuerdo de subrogación suscrito entre la clínica, la pareja, la donadora de óvulos y la madre subrogante, es una oportunidad para esas madres que son

Canadá. Debido al modelo de familia no podría ir a Ucrania, Georgia, Rusia y Grecia. <https://www.babygest.es/calculadora/>

¹³¹ India alcanza ser potencia mundial gracias a la mercantilización del cuerpo de la mujer: «En la India se constata un proceso de subrogación transnacional en crecimiento. La clínica Akanksha en Anand, produjo su primer alumbramiento subrogado en el año 2004. Apoyados por una cobertura en los medios, hoy en día este centro ha alcanzado el mayor número de embarazos subrogados. Sin embargo, existen ciertos marcos regulatorios. En caso de necesitar óvulos donados los mismos no podrán ser los de la madre gestante, para evitar los factores emocionales luego del alumbramiento. Por los mismos motivos evitan el contacto entre los futuros padres y las madres subrogadas. Buscan que las mujeres vivan en hospedajes cerca de la clínica y dejen de trabajar proveyéndoles cuidado a sus familiares. Ellas reciben una suma de dinero USD 6.000, que equivale a nueve años del ingreso que regularmente podrían tener ellas o su marido. La clínica cobra por todo el proceso 20.000 mientras que en Norteamérica el costo se eleva a USD 100.000.» (Mir, 2010, p.185)

mujeres de bajos recursos y ven en medio de su pobreza la posibilidad de conseguir medios económicos.

- Por tanto, el conocimiento informado que se requiere por parte de la mujer que será la madre subrogante, se pone en duda, pero ya no por el contexto de pobreza que la abruma, sino que, la posibilidad de acceder a la información rigurosa, detallada y clara sobre los procedimientos depende que la mujer entienda los términos encriptados en el lenguaje e idioma empleados, a sabiendas por parte de la clínica o profesional que la brinda, que en general estas mujeres son iletradas. Lo que parece irrelevante pues el mediador es el marido de la mujer que hace las veces de su guardián y en últimas lo que importa es la finalidad que es la de dar tratamiento a la enfermedad de infertilidad.
- La voluntad de estas mujeres queda atada por partida triple, con los futuros padres, la clínica y el marido, que dibuja una red de leyes de mercado, del patriarcado y del paradigma científico, como relaciones de poder amparadas en la legislación india que se centra en la transacción comercial de tecnologías en reproducción asistida, ofreciendo garantizar cierta seguridad a la intervención extranjera en materia de turismo en salud.
- La madre subrogante como insumo de esta clase de producción biotecnológica debe tener entre 21 y 30 años, no tener enfermedades de transmisión sexual, no fumar ni consumir alcohol o drogas, haber tenido por lo menos un hijo y contar con el consentimiento del marido.
- Es clara la subordinación femenina y las mujeres no tiene autonomía, independencia y criterio en la toma de decisiones sobre su vida pública o privada. La relación entre Estado y mujer están mediadas por los padres o a cambio de estos sus guardianes que son sus maridos, en situaciones tales como: abrir cuenta bancaria, adquirir la licencia de conducir, ingresar a la universidad, empezar un trabajo y firmar un contrato.
- Procesos contradictorios es lo que deja el tránsito de mujeres que eran esposas fieles, madres de sus hijos y abnegadas, a mujeres objetivizadas, intercambiadas por dinero con total control y dominio de su sexualidad por parte del patriarcado indio. (Amador 2010)

Suena bastante contradictorio, que India un país que promulga la no discriminación de género en los artículos 14, 15, 16 y 39 de la Constitución y en varias de sus leyes, brinde protección a la mujer por violencia doméstica (prohibición de dote, técnicas de diagnósticos de preconcepción prenatal, tráfico inmoral, entre otras), utilice como base y sostenimiento de su industria biotecnológica en materia de reproducción asistida, a las mujeres de más bajos recursos, resultando letra muerta toda esa protección constitucional ante tal falta de autonomía e independencia económica de las mujeres.

Lo que mal empieza mal termina, dice el adagio popular, y el otro problema del comercio de la maternidad subrogada en India es la suerte que deben correr los hijos procreados por esa práctica; ya que, no son aceptados por las autoridades migratorias de los países donde pertenece la nacionalidad de sus padres, debido a que esos Estados rechazan este tipo de reproducción humana asistida y no aceptan bebés productos de las «granjas reproductivas», y muy a pesar de las denuncias presentadas por defensores de los derechos humanos (como lo es el caso de los gemelos Balaz, que será citado en el apartado referido a Alemania). (Guerra 2017)

Ahora bien, con respecto al otro Estado con gran predominio en la práctica de la maternidad subrogada como una opción más dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, es Estados Unidos que desde hace ya tres décadas se posiciona como pionero con el (caso BabyM 1987) y hoy día su regulación variable, permite acceder de forma altruista o comercial según lo dispuesto en la legislación de cada uno de sus Estados.

De las tres modalidades de maternidad subrogada que se encuentran en la legislación estadounidense, la comercial es la que tiene gran influencia, le sigue la altruista y tan sólo tres de sus Estados la prohíben; recientemente Washington la permitió a partir del primero de enero de 2019.¹³²

Esta experiencia ha conllevado su permanencia en el mercado y a ofrecer seguridad en el acceso de la maternidad subrogada, sin ningún tipo de restricción, a todo tipo de familia, y en la mayor parte de los Estados; esto lo hace el destino más elegido, tanto por quienes buscan este tipo de reproducción, como también por quienes se ofrecen ser gestantes, que pueden o no ser estadounidenses y dependiendo también del Estado que lo permita. (Creative Family Connections 2016).

Por tanto, la denominación de la práctica varía según la modalidad, cuando es comercial se le llama maternidad de alquiler o gestación subrogada o alquiler de vientres o gestación por sustitución y refiriéndose a las mujeres como madres de alquiler; cuando se trata de altruismo se sostiene el término maternidad subrogada.

La trayectoria de este tipo de reproducción humana asistida puede verse en los resultados exitosos que alcanzaron para 1997 los centros que realizaban esta práctica, como el Center for Surrogate parenting & Egg Donation en Beverly Hills, que negociaron cuatrocientos cincuenta y seis nacimientos de madres de alquiler desde abril de 1996, y los Surrogate Parenting Associates en Kentucky, que gestionaron más de quinientos; destacándose los siguientes datos:

- Para estos centros la selección de madres de alquiler se basa en un proceso potencial con criterios de estricto filtrado para garantizar el resultado y que pueden durar de tres a cinco meses seleccionando una de cada veinte que lo solicitan.

¹³² Consúltase el mapa legislativo de la maternidad subrogada en Estados Unidos en: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/>

- Los contratos de maternidad de alquiler tradicional ascendían a 50.000 dólares de los cuales les dejaba a los centros unos 16.000 dólares ya que los otros gastos cubrían: iniciar el proceso, reclutar y examinar a las madres de alquiler y establecer un contrato unos 15.000 dólares, de los que se descuenta lo que pueda recibir las madres por el servicio prestado; adicional 5.000 dólares por los gastos médicos asociados con el embarazo y parto y sin contar con los gastos diversos entre ropa materna, salarios perdidos cuando se acerca el final del embarazo, seguros de vida, asesoramiento y gastos legales. La cantidad es todavía más elevada cuando se requiere de otras técnicas o tratamientos como la fecundación in vitro FIV.
- Esto deja claro que los estadounidenses no se detendrán ante la incertidumbre ética, legislativa o los altos costos en su impulso para acceder a cualquier tecnología que les sea favorable para conseguir sus objetivos reproductivos. (Silver 1998)

La mujer en algunas de esas regulaciones estadounidenses cuenta con la autonomía de modificar su voluntad, trátese de cualquier modalidad comercial o altruista lo que puede considerarse como una protección a los derechos de la mujer y que difiere totalmente de la legislación india; teniendo en cuenta que:

- La madre portadora dispone de un determinado periodo de tiempo para cambiar de intención después del nacimiento, pudiendo iniciar una acción de custodia y para ello cuenta con veinte días en Pensilvania, Michigan y New York y los futuros padres puede solicitar indemnización.
- En Minnesota tiene derecho a la custodia legal y física por un periodo de dos semanas después del nacimiento, dentro de los catorce días siguientes puede modificar su consentimiento; el padre puede solicitar indemnización además de derecho de visitas.
- En Florida si la madre subrogada tendría la custodia, el padre no adquiere ninguna obligación, pero en California continua con sus deberes paternos.
- Esto obedece a la diversidad de legislación adoptada por cada Estado, que centrada en una percepción estereotipada persiste en la protección estatal que requieren las mujeres en un proceso en el que puede ser normal tomar decisiones erradas por ello que «el reconocimiento legitimado del hecho que una mujer que contrata para ser subrogada tiene una mayor implicación en el proceso procreativo que el donante de espermia», además tiene su respaldo legal con la obtención del consentimiento informado por ambas partes. (Martínez-Pereda y Massigoge 1994)

Así las cosas, es evidente que si India es considerada una potencia mundial en maternidad subrogada, no es gracias al desarrollo biotecnológico que dice poseer, sino a costas de la dominación y sometimiento de la mujer como objeto y pertenencia del hombre, sea su padre o marido, para ser claramente explotada y mercantilizada no precisamente para su beneficio, sino para el de ellos; en otras palabras, la perpetua dominación de los del primer mundo que satisfacen sus necesidades a merced de las mujeres tercermundistas. (Ekis 2017)

Puede decirse que Estados Unidos ha hecho un esfuerzo en crear una alianza entre los derechos sexuales y reproductivos de quienes requieren de técnicas de reproducción humana asistida y los derechos de la mujer que decide cooperar en el tratamiento haciendo posible esa procreación; a medida que pasa el tiempo en cada Estado, se opta por una legislación que valla acorde con su Constitución y promueva al mismo tiempo los derechos y deberes de todos los sujetos en especial el de la mujer. Sin embargo, queda el sin sabor de la tendencia a la permisibilidad de su comercio o animo lucrativo:

«Por lo anteriormente expuesto, parece difícil posar sobre las nuevas tecnologías reproductivas una mirada cargada sólo de buena fe. El problema es muy profundo porque en la misma inserción de esta ciencia en un contexto patriarcal subyace un mundo donde el dinero, el poder, la competitividad, las ambiciones personales y los prejuicios sobre las mujeres y sobre la naturaleza, vistas ambas como inadecuadas y, por tanto, perfeccionables, invalidan un marco ético posible. No habiendo marco ético, todo procedimiento científico puede considerarse potencialmente peligroso. Establecer un marco ético para encuadrar estas tecnologías es una tarea muy compleja puesto que todos los segmentos de la sociedad institucional, y no sólo los científicos, están implicados en el mismo prejuicio y en la misma escala de valores. De modo que un comité ético formado por representantes de dichos estamentos (la ley, la medicina, la religión, la ciencia, etc.) responderá a la escala de valores y a la ideología de sus componentes. De hecho, la falta de mujeres que, como tales, aporten la defensa de valores éticos diferentes en estos comités, minimizan o descalifican el mismo intento.» (Taboada 1986)

En todo caso, esta modalidad de maternidad subrogada (denominada como gestación por sustitución en la mayoría de casos), se considera como acto delictivo al atentar contra la moralidad publica y las buenas costumbres, pero además, constituye un claro ejemplo de la explotación a las mujeres al ser reclutadas como madres de alquiler con fines económicos y por la intermediación de agencias comerciales u organizaciones privadas que gestionan la utilización de mujeres provenientes de países subdesarrollados por su bajo precio.

1.2.- Modalidad altruista

Desde un pensamiento altruista se permite forjar un concepto jurídico de mujer con valor constitucional que corresponde a uno de los fines de un Estado Social de Derecho, y es la libertad como principio y garantía para que ella pueda decidir sobre su propio cuerpo con autonomía.¹³³

Es por ello que las razones altruistas fundamentan la maternidad subrogada libre de todo carácter lucrativo, lo que la hace una práctica a toda vista moral, lícita y ade-

¹³³ Como lo es por ejemplo, la interrupción voluntaria del embarazo IVE que es legal en el caso de los Estados que se mencionan en este apartado.

más no delictiva; tiene por si misma un carácter invaluable y es lo que constituye el común denominador en los siguientes Estados que se mencionan:

Reino Unido, es un claro ejemplo de la práctica de una maternidad subrogada legal gratuita, el Gobierno de Gran Bretaña e Irlanda del Norte mediante la Surrogacy Arrangements Act con fuerza de ley del 16-Julio-1985, prohíbe y sanciona penalmente la publicidad y la gestación comercial encaminada a fomentar y ayudar a la realización de acuerdos o contratos de maternidad subrogada de carácter lucrativo, en razón a:

- Evitar la explotación comercial de la mujer a causa de la intervención de agencias que realizaban acuerdos mediante pago.
- Bajo el amparo del principio de la buena fe, la madre gestante conserva los derechos de filiación hasta el sexto mes de nacimiento y puede decidir si renuncia a ella y una vez tomada la decisión se procede con el registro civil de nacimiento del menor.
- De ahí que definen a la madre sustituta como aquella mujer que da a luz un niño en cumplimiento de un contrato con el propósito de entregárselo a otras personas y para lo cual se prohíbe iniciar o colaborar en negociaciones y recopilar cualquier información con el propósito de ser utilizada para concretar, ofertar, convenir o negociar la realización del acuerdo. (Martínez-Pereda y Massigoe 1994)

En esa misma línea, se posiciona Australia que el admitir la maternidad subrogada de forma altruista, supone penalizar su comercio y prohíbe la práctica comercial con una pena privativa de la libertad hasta por dos años con multa de 110.000€, bajo los siguientes parámetros:

- La mujer que se ofrece gestar, en todo el procedimiento es considerada la madre del que esta gestando comparta o no el material genético entre sí, sólo después del nacimiento decide ella si cede o no los derechos de filiación mediante una orden a quienes serán los padres, es decir con la posibilidad de retracto.
- Si decide ceder los derechos filiales la orden se realiza cuando el recién nacido tenga entre 28 días y 6 semanas o antes de cumplir 6 meses de vida, transcurrido este tiempo será un tribunal quien resuelva el caso (babygest.es s.f.).

Y le sigue Portugal, que su postura tiende más a prohibir que admitir esta práctica, toda vez que, la ley que permitía la gestación por sustitución entrada en vigor en agosto de 2017, no paso en abril del 2018 el control constitucional del alto Tribunal, el cual anula varios puntos de la referida ley, argumentando que se vulneran derechos fundamentales de la mujer gestante al no permitirle retractarse; igualmente, pasa con los derechos del menor a quien le espera la suerte de permanecer en anonimato por la procedencia de los gametos donados y según sea el caso.¹³⁴

Razón tiene el Tribunal Constitucional Portugués al anular dichas normatividades, en razón de proteger los derechos de la mujer, toda vez que, es válido considerar que

¹³⁴ https://elpais.com/internacional/2018/04/24/actualidad/1524600093_546573.html

si los acuerdos de maternidad subrogada no deben ser prohibidos, tampoco deben ser considerados por la sociedad o tratados por la ley como contratos vinculantes y ejecutables, esto obedece a tres principios fundamentales que prevalecen sobre cualquier argumento que venga por parte de quienes contrataron ese embarazo a título de maternidad subrogada:

- El primero es la importancia de la vida desde la encarnación humana y que implica dos sujetos de derechos en un mismo cuerpo o sujeto: la mujer embarazada y el niño que esta en su vientre y que posteriormente da a luz.
- El segundo es que ante el conflicto entre el ejercicio de la elección individual a través del contrato (interés particular) por un lado, y el reconocimiento y preservación de las relaciones humanas no contractuales (interés general) por el otro; prevalece el interés general sobre el particular.
- El tercero es la importancia de tener en cuenta el contexto social y los hechos sociales al decidir lo que es ético y legalmente admisible, entre ellas el consentimiento de una mujer para soportar y luego renunciar a la custodia de un hijo, constituye una resistencia concreta a la conexión demasiado estrecha que la ley y la práctica social han hecho a menudo entre la capacidad de procrear de la mujer y otros aspectos de su personalidad. (Shanley 2001)

El valor agregado en este tipo de maternidad subrogada, lo plasma Canadá que además de permitir la gestación altruista tanto a canadienses como a extranjeros y con cualquier tipo de familia, multa y penaliza cualquier retribución económica que no se justifique y supere los 22.000 dólares canadienses como máximo permitido por gastos de embarazo extraordinarios.¹³⁵

El reconocer una compensación económica va en desarrollo al principio de prestar atención y asumir la responsabilidad de un niño lo que debe ser un componente importante y fundamental en el establecimiento de los derechos y obligaciones de los padres que lo serán en virtud de la maternidad subrogada. Puesto que:

- Por un lado, está la formación de la familia que presta atención no sólo a los individuos per se, sino también en el papel y desenvolvimiento del individuo en las mismas relaciones familiares.
- Por otro lado, el prohibir una contribución o compensación es tratar este tipo de reproducción asistida como tradicionalmente se ha tratado el trabajo doméstico de las mujeres, como actos no remunerados y no económicos de amor y crianza, más que como una verdadera contribución económica a la vida familiar. (Shanley 2001)

¹³⁵ La retribución económica por gastos de embarazo no incluye servicios de salud porque estos son públicos; la multa son 500.000 dólares canadienses y hasta 10 años de cárcel. Sin embargo, la provincia de Quebec no reconoce la legalidad de este tipo de contratos y los considera como nulos.

A pesar de algunas de las discrepancias, la causa común entre los Estados que lideran el altruismo, son los principios constitucionales de la libertad y solidaridad, lo que apremia en este tipo de técnicas de reproducción humana asistida, donde el valor de lo humano se compensa con el valor de la vida misma. En otras palabras, el valor lo constituye el respeto a la vida, a la persona, al sujeto de derechos y no tiene precio; el precio es de las cosas que se utilizan para cumplir su función de comercializar, mercantilizar, instrumentalizar...

Desde la reproducción cooperativa, como término acuñado por el bioético John Robertson, se permite integrar los elementos biológicos como métodos cooperativos para superar la esterilidad imposible de tratar con las técnicas tradicionales y científicas en la reproducción humana asistida, y que en forma altruista la madre vicaria actúa básicamente para ayudar a alguien a quien conoce y no por móviles económicos; los padres eventuales asumen los gastos médicos y mínimos vitales; formalizando el acuerdo en términos de un contrato legalmente vinculante. (Silver 1998)

Ya para finalizar esta modalidad, vale la pena destacar que las recomendaciones de quienes defienden este tipo de práctica proponen una variedad de salvaguardas con el ánimo que estos contratos o convenios sean justos y no coercitivos:

- Que las mujeres comprendan perfectamente que tipo de experiencias físicas y emocionales esperan del embarazo, la ley podrá permitir que sólo las mujeres que han dado a luz puedan contraer un hijo para otra persona.
- Todas las partes de un contrato podrían ser obligados a someterse a asesoramiento antes de la concepción, durante el embarazo y después del nacimiento.
- Para evitar la explotación financiera de las mujeres con alta vulnerabilidad económica o en extrema pobreza, sólo se les podrá permitir a las personas con un cierto nivel de recursos financieros celebrar el contrato.
- Pero de todas las anteriores, se hace hincapié en la razón y en la voluntad como elementos integrantes del consentimiento. (Shanley 2001)

1.3.- Modalidad prohibicionista

El modelo prohibicionista de la maternidad subrogada es tendencia en el Derecho europeo, pero que, al padecer de posturas diversas, inclusive en el interior de sus Estados, genera un campo de inseguridad jurídica en el que, sin duda, los mayormente perjudicados han sido los hijos procreados a través de esta práctica reproductiva. (Guerra 2017)

Además, la crítica radica en lo ineficaz que ha resultado esta modalidad con respecto al estatus jurídico de la mujer (tal como la penalización de la prostitución y el aborto); la invisibiliza y circunscribe nuevamente al rol tradicional familiar, donde no se le reconoce en lo absoluto la autoridad legal para tomar decisiones con respecto al ejercicio de su capacidad reproductiva. (Shanley 2001)

Por lo general esta opción legislativa de prohibición o punición busca:

- privar de efectos jurídicos al contrato para impedir que se cumplan los objetivos de quienes lo formalizan; resulta nulo y como tal no puede ser alegado ante los tribunales;
- permite establecer la relación de filiación con respecto a la madre gestante independientemente de que el óvulo o embrión del que procede el hijo sea o no biológicamente suyo;
- así que, al no tener ningún valor el contrato, no puede exigírsele a la madre de sustitución la entrega del hijo si ésta se negase, ni tampoco la madre que aporte los óvulos a reclamarlo, puesto que las pruebas biológicas no tendrían ningún significado jurídico al determinarse la filiación por el parto. (Lema 2001)

El otro aspecto a resaltar en esta modalidad, es que en algunos Estados que establecen la prohibición de la maternidad subrogada con penas privativas de la libertad, se sostienen en la protección de los principios constitucionales, civiles y penales que reconocen el derecho al menor a crecer en la familia formada por sus padres, además porque la calidad de madre corresponde a la que le ha dado a luz. (Martínez-Pereda y Massigoge 1994)

Por tanto, en este contexto se enunciará a continuación los Estados que con mayor arraigo prohíben esta práctica de reproducción asistida y de los que algunos fueron objeto de debate en tribunales internacionales al dirimir el conflicto de sus nacionales que optaron por recurrir a otros países con la posibilidad de procrear, aún con el riesgo que ello implicaría de perder la filiación sobre su hijo.

España es uno de los países donde está prohibida la maternidad subrogada a partir de la Ley 35/1988 vigente por la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida de 2006 y dispone que «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero; la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.»

En efecto, centenares de españoles y españolas recurren a esta práctica para ser padres o madres buscando gestantes en el extranjero y que por lo general sean fecundadas con el espermatozoide del varón para que al menos en caso de presentarse un conflicto, no sea rechazada la filiación paterna al poderse comprobar su carga genética; esto debido a la diversidad de posiciones entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo, puesto que, el Derecho español no ofrece una respuesta uniforme con respecto a la inscripción de la filiación de los hijos habidos de este modo, lo que genera inseguridad jurídica pues a pesar de que la maternidad subrogada es contraria a la ley nacional, muchos españoles consiguen ser padres recurriendo a países donde es legal. (Alonso, y otros 2017)

El caso del Derecho italiano, este tipo de contratos es mucho más que nulo, no existe. La regulación de las técnicas de reproducción asistida, es altamente restrictiva y sus lineamientos son bastante limitantes para la solución de problemas de fertilidad, lo que genera el turismo reproductivo o *cross-border reproductive care*, al tener que optar

las personas por ir a otros países que les permitan alcanzar la procreación en armonía con su proyecto de vida.¹³⁶

Con respecto a la ley en materia de fecundación artificial, en su regulación no contempla la maternidad subrogada y que en casos tan sonados como el resuelto recientemente por el Tribunal Europeo confirman la necesidad de mayor control de ésta práctica, en el que se decide no amparar los derechos de la pareja de cónyuges italianos que procrearon un hijo por gestación subrogada en Rusia, quedando el menor bajo custodia de servicios sociales al no tener vínculo genético con quienes, según el certificado ruso de nacimiento son sus padres. (Farnós 2017).

Alemania desde 1984 ha mantenido su rechazo absoluto a la maternidad subrogada por considerar que convierte a la criatura en objeto de diversos conflictos legales en relación a los padres genéticos, como, por ejemplo:

- el ser rechazado si nace con problemas físicos o mentales; los lazos afectivos y de identidad con la madre gestante;
- la comercialización y transferencia de embriones;
- los perjuicios en su bienestar y, en fin, todo lo que constituye alto riesgo ético y social.
- En todo caso, ante la falta de validez de dichos contratos se resolverá con los lineamientos de la adopción. (Martínez-Pereda y Massigoge 1994)

La ley alemana de protección del embrión regula la utilización abusiva de las técnicas de reproducción y sanciona con pena privativa de la libertad hasta tres años o de una multa cuando alguien: «1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; (...); 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento»; así lo indica el artículo 1º de la ley 745/90.

Estos fueron en parte los argumentos esgrimidos para decidir que en el caso de los gemelos Balaz tuvieran que ser adoptados por su padre genético y manteniendo su filiación materna, al ser rechazados por el Estado alemán por haber sido concebidos mediante gestación subrogada comercial en India a través del acuerdo suscrito entre una madre sustituta de Gujarati y una pareja alemana. (Guerra 2017)¹³⁷

Mientras que en Francia ha sucedido un poco lo contrario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya había sancionado al Estado ordenando indemnizar a los

¹³⁶ Mediante la Ley 40 del 19 de febrero del 2004 «*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*» «Normas en materia de reproducción asistida medicamente» Italia regula de manera restrictiva las técnicas de reproducción asistida; sin embargo mediante fallos de inconstitucionalidad la hacen un poco más flexible frente a la autonomía médica permitiendo diagnósticos en los procedimientos y tratamientos de fertilización, pero esto no lo hace tan eficiente y sigue siendo poco favorable cuando sus resultados no son exitosos. (Cotarelo, Giulia y Greco 2011)

¹³⁷ La noticia consultada en <http://timesofindia.indiatimes.com/india/German-or-Indian-Surrogate-twins-in-legal-no-mans-land/articleshow/5286325.cms>

demandantes que luego de recurrir a la gestación por sustitución en Estados Unidos se le denegó el acceso al registro civil de sus hijos, al no ser considerados ciudadanos franceses por el método que habían sido concebidos, a pesar de tener la paternidad biológica en ambos casos (diferente al caso italiano antes mencionado).

Arguye el Tribunal, que en estos casos que se viene presentando sobre el masivo rechazo a los hijos concebidos por maternidad subrogada, se debe tener en cuenta que los Estados están en libertad de regular la gestación por sustitución como lo consideran, pero denegar la filiación de menores por el hecho de haber nacido a través de este método de reproducción humana asistida es un exceso de la autoridad. (Durán 2014).

Para Francia, apartarse de las decisiones del Tribunal resulta factible toda vez que rechazar la maternidad subrogada es una cuestión de orden público en estricto sentido que el Derecho francés se mantiene en el principio de la integridad humana e invalida todo contrato suscrito entre parejas solicitantes del niño y la madre portadora. A su vez, recomienda a través del Comité Nacional de Ética no modificar la legislación vigente y mantener las consecuencias ante la ausencia del contrato lícito que: la madre portadora puede reclamar la maternidad si lo desea, la pareja no puede exigir legalmente indemnización y si el niño nace anormal se asigna con carácter forzoso a sus verdaderos padres. (Martínez-Pereda y Massigoge 1994)

En Suecia tras el Informe Wendel de 2016, ante un posible intento por permitir la maternidad subrogada sin fines lucrativos, reconoció que no se puede garantizar el altruismo frente a la creciente demanda mercantil que ejerce diversas presiones y recomendó que la gestación subrogada quedara prohibida cuando existe remuneración económica tal y como se regula en la Ley 1 de marzo de 1985. (Guerra 2017)

A esta prohibición de la maternidad subrogada en el Derecho sueco le preceden las decisiones legislativas como la de septiembre de 1983 que indica poco deseable la técnica de la maternidad subrogada porque los niños serían objetos de convenios éticamente indefendibles; con la ley 711 de 1984 se aprueba la fertilización in vitro en casos estrictamente de mujer casada con consentimiento de su marido. Esta última, bajo el supuesto de que una mujer debe ser protegida contra su propia incapacidad para actuar de una forma socialmente apropiada cuando se enfrenta a esta decisión. (Silver 1998)

La Constitución Federal de Suiza en su artículo 119.2.d prohíbe la donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución, y mediante la Ley Federal de 1998 reformada en 2006 en el artículo 4 expresamente prohíbe la gestación por sustitución tanto gratuita como onerosa.

Y en Austria, aunque no se prohíbe expresamente la maternidad subrogada, por interpretación de las reglas que existen de reproducción asistida se entiende su restricción: es así que conforme al artículo 2.3 de la ley federal sobre reproducción asistida de 1 de julio de 1992, los ovocitos y embriones sólo pueden ser utilizados en la paciente de la que proceden. De esta manera, la donación de óvulos y la gestación por sustitución no son opciones posibles.

Para finalizar, existe un argumento en común entre los Estados que tienden a prohibir este tipo de reproducción asistida y es el referente a animar a las personas en adoptar a los niños ya existentes y, si bien esa meta no debe excluir la maternidad subrogada, esto hace que los sistemas u ordenamientos jurídicos se esfuercen para proyectarlo y promoverlo asertivamente en un equilibrio de valores, libertad e igualdad, toda vez que los procesos de adopción denotan desgaste emocional y su tramitología resulta ser además de engorrosa y costosa, frustrante en el proyecto de vida de quienes desean procrear. (Shanley 2001)

De todo esto, es preciso señalar que lo que determina la causa teleológica de la maternidad subrogada es el sistema jurídico de cada Estado, sea cualquiera la modalidad que se regule. Para el caso colombiano esa finalidad cuenta con fundamentos constitucionales y legales para instituir esta práctica y que a continuación se definen a partir de la Constitución Política de 1991 y de las principales instituciones jurídico familiares, penales y laborales.

2.- Marco constitucional en el Derecho colombiano

Colombia es un Estado privilegiado que cuenta con marcos constitucionales y normativos suficientes que puedan dar pábulo a la maternidad subrogada como una alternativa de procreación y definir una causa teleológica de conformidad a los fines del Estado Social de Derecho.

Para ello se empela el método de las subreglas definidas por la Corte Constitucional que toman como punto de partida la normatividad general y se aplica luego al caso particular, esto es, desde los fines del Estado Social de Derecho, los derechos fundamentales y los sujetos de especial protección constitucional, comprendidos dentro del radio de acción que implica la práctica de la maternidad subrogada y de acuerdo al orden establecido en la Constitución Política de 1991.

Así las cosas, una sana reflexión sobre la legalidad y legitimidad de la maternidad subrogada ante los nuevos métodos de reproducción asistida, es razonable a la luz del artículo 42 de la Constitución Política de 1991, si se entiende como una de las formas de «procreación con ayuda o asistencia científica» que establece la misma norma.

Si por tal reconocimiento constitucional se presume la legalidad de la maternidad subrogada en Colombia, su legitimidad deberá estar amparada dentro de un marco jurídico que determine la finalidad con la que se recurre y que no sea más que otra, que la de facilitar la procreación solidariamente, mediante la intervención científica que garantice todos y cada uno de los bienes jurídicos tutelados por la ley.

Esa garantía debe darse bajo el cumplimiento de los derechos fundamentales que le asisten a las personas que recuren a esta práctica como una alternativa en su procreación, lo que desde el punto de vista jurídico es loable a través de un desarrollo

legal que la regule, conceda derechos y otorgue obligaciones dentro de las libertades y límites señalados en la Constitución y demás instituciones jurídicas que se relacionen.

A partir del estudio de un conjunto de principios constitucionales, como los fines del Estado social de derecho, los derechos fundamentales y los sujetos de especial protección, se fundamentará la práctica de la maternidad subrogada perfilando su regulación como una institución jurídico familiar fuera del *animus lucrandi*, en la que prevalezca el interés superior sobre los intereses particulares.

2.1.- Fundamentos del Estado Social de Derecho

La Constitución Política de 1991 define a Colombia como un Estado Social de Derecho, que, si bien es cierto, retoma principios y derechos de la Carta anterior, emana nuevos valores que lo fundamentan: «la dignidad humana, la solidaridad, el trabajo y el interés general» consagrados en su primer artículo.¹³⁸

Para un intérprete, la Constitución Política es la guía y requisito *sine qua non*, con la que se comienza la búsqueda del contenido, alcance y sentido del ordenamiento jurídico, que a través de sus principios «de solidaridad, respeto de la dignidad humana y del trabajo» se analiza la maternidad subrogada para que a partir de este escenario se construya el marco constitucional que respalde su viabilidad y aceptación en el sistema jurídico colombiano.

2.1.1.- La solidaridad y su alcance en las relaciones familiares

El principio constitucional de solidaridad como principio fundante de la República, caracteriza al Estado Social de Derecho con el fin de armonizar los derechos e imponer al poder público y a los particulares determinados deberes fundamentales, que garantice un orden social justo.¹³⁹

A su turno este principio constitucional permea en el derecho familiar y su alcance en las relaciones familiares es reconocible a la luz de la Constitución política de 1991, que estipula el derecho constitucional a mantener la unidad familiar y los vínculos de solidaridad familiar entre sus integrantes.¹⁴⁰

El Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad (art. 5º) en desarrollo de ello adopta un concepto amplio de la misma y en medio de la diversidad de su origen se le reconoce derechos básicos y fundantes (art. 42). A lo largo del

¹³⁸ Colombia como Estado Social de Derecho esta fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran (art. 1), ampara a la familia como institución básica de la sociedad (art. 5), garantiza la protección integral de la familia en la que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y en el respeto recíproco de todos sus integrantes, los hijos adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes, regulándose por ley la progeneritura responsable, con el derecho de decidir libre y responsablemente el número de hijos (art. 42) y en el que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación, durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección (art. 43). Constitución Política de Colombia de 1991.

¹³⁹ Corte Constitucional Sentencia T-154 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez)

¹⁴⁰ Corte Constitucional Sentencia T-237 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett)

ordenamiento se refleja la protección constitucional del contexto familiar en varios escenarios y por la naturaleza jurídica individualista de la familia, esa protección es subjetiva, es decir, la recibe no solamente la familia como una célula o como un todo, sino también cada uno de sus integrantes. Esto hace a la familia un organismo natural fuera del derecho privado, siendo de exclusiva regulación para el derecho de familia que garantiza el interés superior frente al de los particulares. (Daza 2015).

Acompaña esta postura fallos de la Corte Constitucional en los que se reitera considerablemente que las instituciones jurídico familiares están fundadas en el principio de solidaridad, el cual impregna un interés superior sobre la voluntad de los particulares.¹⁴¹

Este principio se puede apreciar como principio organizador al estar presente en las relaciones de pareja, en el ejercicio de la patria potestad, en el parentesco cuya principal dimensión jurídica son los alimentos, en definitiva, este principio está llamado a desempeñar un importante papel en el reconocimiento de otras realidades familiares o comportamientos en relación a las familias. (Valpuesta 2012)

La solidaridad familiar se entiende como un deber que recae en primera medida en la familia, considerándose como un principio que define el presente y a la vez como un valor porque constituye unos fines.¹⁴² Así que, su tutela debe ser leída como fundamental o «cláusula general» de todo el ordenamiento, como «valor base e irrenunciable» y también como fundamento de la regulación de la convivencia *more uxorio*, ya que el grupo familiar desempeña una función de prestación de servicios asistenciales que el Estado le ha asignado. (Valpuesta 2012)

La caracterización constitucional de la familia hace posible y necesario la existencia de un derecho constitucional para preservar y mantener la unidad familiar o los vínculos de solidaridad familiar. Esto debido al rechazo jurídico de las conductas que puedan conducir a su desestabilización o disgregación, como lo es, por ejemplo, la modificación de condiciones laborales específicamente cuando cambia su lugar de trabajo.¹⁴³

Razón por la cual, la forma propia de la familia siempre supone un vínculo unitivo, atentar contra ello equivale a vulnerar la propiedad esencial de la misma pues es la unidad de vida o de destino, fundada en el amor, el respeto y la solidaridad, que liga íntimamente a los individuos que la componen.¹⁴⁴

Así mismo el que «Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil» (C.P. art. 33) es una de las manifestaciones

¹⁴¹ Corte Constitucional C-1064/00 (MP Alvaro Tafur Galvis) y C-174/96 (MP Jorge Arango Mejía)

¹⁴² Corte Constitucional C-632 de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

¹⁴³ Corte Constitucional T-653 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

¹⁴⁴ Corte Constitucional T-447 de 1994 (MP Vladimiro Naranjo Mesa)

constitucionales más notorias de protección al principio de solidaridad familiar como derecho de las personas a la no incriminación.¹⁴⁵

Una vez se ha desposeído a la familia de atributos más propios del ejercicio de la autoridad y se le ha liberado del cumplimiento de unos fines que trascienden los intereses de sus protagonistas, es la solidaridad de los miembros que la integran, la que explica en última instancia la juridificación de las opciones personales en relación a las familias. (Valpuesta 2012)

En el Derecho colombiano el ámbito de aplicación de la solidaridad familiar no se limita a una sola de sus instituciones, sino que actúa como hilo conductor entre la norma superior y el desarrollo legal de la misma en todo el sistema jurisdiccional familiar en estos procesos ya que, Rosario. Derecho de Familia. 2012, el artículo 67 constitucional es permisible ante los nuevos métodos. Se refiere a la solidaridad familiar en distintos aspectos, como se mencionan a continuación:

Uno de ellos, como marco de las distintas medidas de protección en los procesos de restablecimiento de derechos a favor de los niños, niñas y adolescentes, mediante la interpretación que se hiciera del art. 67 del Código de Infancia y Adolescencia: «el estado reconocerá el cumplimiento del deber de solidaridad que ejerce la familia diferente a la de origen, que asume la protección de manera permanente de un niño, niña o adolescente y le ofrece condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral de sus derechos. En tal caso no se modifica el parentesco.»

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) toma en cuenta tal concepto de solidaridad para la aplicación de las medidas de restablecimiento, en las que una de ellas es «la ubicación en solidaridad familiar, consiste en que una familia se compromete a brindarle a un niño, niña o adolescente, el cuidado y atención necesarios para su desarrollo integral en sustitución de la familia de origen, asumiendo con sus propios recursos la totalidad de los gastos para su cuidado y atención, sin que se establezcan por este hecho, ninguna vinculación administrativa o contractual entre la familia que acoge al niño, niña o adolescente y el ICBF.»¹⁴⁶

A su turno, la adopción de menores de edad es por excelencia una medida de restablecimiento de derechos lo que la hace más común acercarse a la solidaridad familiar y en virtud de dicho proceso los solicitantes (quienes solidariamente cuidaron de ese menor) no se someterán a los turnos de las listas de adoptantes por su situación especial.¹⁴⁷ Concuera igualmente la titularidad de las guardas dativas que recaen en las personas que han cuidado del menor

¹⁴⁵ Corte Constitucional C-507 de 1999 (MP Vladimiro Naranjo Mesa)

¹⁴⁶ Resolución 207 de 18 de enero de 2017 del ICBF Art 3º Par.

¹⁴⁷ Resolución 3748 de septiembre 6 de 2010 del ICBF Parágrafo del artículo 67 del CIA.

o persona con discapacidad u otros miembros del grupo generado por haber ejercido hacia ese la solidaridad familiar (Art. 69 de la Ley 1306 de 2009).¹⁴⁸

También es de este campo, asociar los vínculos de solidaridad familiar como «el deber de ser al que se debe el buen padre de familia», en razón al derecho fundamental de mantener la unidad de la misma; así lo considero el Consejo de Estado a fin de resolver el problema presentado por la procedencia del acrecimiento de la liquidación del lucro cesante en el patrimonio del padre fallecido y la ayuda económica que dejaron de percibir los integrantes del grupo familiar con hijos menores de 25 años; además que el incremento de la porción o monto de quienes dejan de percibir debe otorgarse de acuerdo al tridente establecido entre los principios de la justicia, equidad y reparación integral: «fundamentan jurídica y axiológicamente el lucro cesante con acrecimiento, toda vez que, se trata de la indemnización que realiza el deber ser que habrá de acompañar la distribución del patrimonio de un buen padre de familia.»¹⁴⁹

Los deberes de los hijos con los padres se sustenta por los principios de reciprocidad familiar y solidaridad familiar como arena entre obligación moral y jurídica que tienen los hijos de brindarles socorro, auxilio y cuidado a sus padres y ascendientes consanguíneos que se encuentren en necesidad o debilidad manifiesta.¹⁵⁰ La reciprocidad o protección mutua familiar como principio, invierte la obligación de cuidado y socorro para que no solamente provenga de los padres a los hijos sino de estos para con ellos y demás ascendientes necesitados.¹⁵¹ Entonces el principio de solidaridad familiar se define como:

«el deber impuesto a quienes por vínculo familiar se encuentran unidos por diferentes lazos de afecto y se espera que de manera espontánea lleven a cabo actuaciones que contribuyan al apoyo, cuidado y desarrollo de aquellos familiares que debido a su estado de necesidad o debilidad requieran protección especial. De esta forma, los miembros de la familia son los primeros llamados a prestar la asistencia requerida a sus integrantes más cercanos, pues es el

¹⁴⁸ Consejo de Estado. Auto 2011-00052 26 de septiembre de 2012. Ponente Olga Mélida Valle de la Hoz

¹⁴⁹ Sentencia 2007-00053 de 10 de noviembre de 2016 Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. También pueden verse: la Sentencia de unificación 2000-3838/19146 de 22 de abril de 2015 Ponente Stella Conto Díaz del Castillo; Sentencia 2016-00380 de mayo 11 de 2016 Ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez

¹⁵⁰ Código Civil Colombiano, Art. 250 y 251: Deberes de los hijos con los padres: respeto, obediencia, cuidado y auxilio; Art. 252 Obligaciones con otros ascendientes: derecho de socorro.

¹⁵¹ La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa conjuntamente a los abuelos ante la falta o insuficiencia de los padres. Art. 260 del Código Civil (concordante con el Código de Infancia y Adolescencia)

entorno social y afectivo idóneo en el cual encuentra el cuidado y el auxilio necesario.»¹⁵²

En el contexto del adulto mayor de cuya protección se predica en el Art 46 superior, la solidaridad familiar asiente la concurrencia de los principios de solidaridad, de protección a la familia y equidad, con los cuales se le cede a la familia un papel fundamental como primera instancia en el deber de brindar asistencia profunda y efectiva a quienes la ley les obliga en el proceso de envejecimiento, pues constituye el estandarte de los recursos mas importantes «ofrece sentimientos de capacidad, utilidad, autoestima, confianza y apoyo social, siendo así la más idónea para proporcionar arraigo y seguridad a los ancianos, quienes, por naturaleza, padecen de problemas fisiológicos y patológicos.»¹⁵³

El principio de solidaridad familiar con respecto a las personas mayores, atribuye a los parientes el deber de ayudar a los familiares que se encuentren en situación de debilidad manifiesta debido a su edad o enfermedad, lo cual en principio es una competencia familiar, que, a falta de esta, el deber radica en la sociedad y en el Estado en concurrir a su protección y ayuda.¹⁵⁴

Aunado a lo anterior, el principio constitucional de solidaridad hace que la obligación moral tratándose de personas de especial protección y que se encuentren en circunstancias de debilidad, descansen en primer lugar en el núcleo familiar y recaiga especialmente en los miembros con quienes aquel convive, solidarizándose en la atención y cuidado que necesite el pariente en situación de indefensión.¹⁵⁵

Por principio de solidaridad familiar en cuanto al derecho a la salud que le asiste a estas personas, alguno de los familiares tendrá la obligación de colaborar con el costo de medicamentos y servicios prescritos no POS cuando tenga probada la capacidad económica para ello; sin embargo cuando su ausencia se convierta en una barrera infranqueable y por su causa no pueda acceder a un requerimiento de salud afectándose la dignidad humana, el Estado esta obligado a suplir dicha falencia.¹⁵⁶ La Corte advierte que cuando se trata de familias que no tienen recursos para sufragar los insumos que requiere los servicios asistenciales, en virtud del principio de solidaridad, el Estado debe proveer lo necesario para que haya continuidad en su labor.¹⁵⁷

¹⁵² Corte Constitucional Sentencia C-451 de 2016. Al respecto se pueden consultar las T-098 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), T-024 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, AV Jorge Iván Palacio Palacio) y sentencia T-925 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

¹⁵³ Corte Constitucional Sentencia T-127 de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

¹⁵⁴ Corte Constitucional Sentencia T-730 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); en igual sentido puede verse la T-795 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio)

¹⁵⁵ Ministerio de Salud y Protección social. Resolución 5929 de noviembre 20 de 2016

¹⁵⁶ Corte Constitucional T-610 de 2013 (MP Nilson Pinilla Pinilla)

¹⁵⁷ Corte Constitucional Sentencia T-023 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa)

El alcance de este principio también cobija a las personas que padecen de trastorno afectivo bipolar, la responsabilidad de proteger y garantizar la salud mental de los psíquicos recae en primer lugar en cabeza de las entidades prestadoras de salud y en la familia, eventualmente en ausencia de esta, son el estado y la sociedad, sin que ello exonere por completo a los familiares quienes deberán participar en el proceso de tratamiento pues cumplen un papel fundamental para brindar apoyo, protección y cariño.¹⁵⁸ En cualquier otra situación, con respecto al derecho de la salud, como quiera que se vea la persona afectada y este en una situación de debilidad manifiesta, el deber de solidaridad de la familia no es absoluto y el Estado debe velar por el bienestar de la persona cuando por motivos económicos, sociológicos o de capacitación, la familia no brinde o no pueda garantizar el cuidado requerido por el ciudadano.¹⁵⁹

Las pruebas que se pretendan hacer valer dentro de un proceso judicial en la que se requiera la participación de los familiares ya sea en la recepción de testimonio o interrogatorio de parte, la prerrogativa del principio de solidaridad procura mantener intactos los vínculos de lealtad, solidaridad e intimidad propios al núcleo familiar, impidiéndose así la obligación de colaborar con la administración de justicia; puesto que su finalidad aparece tanto en el art. 15 y 42 superior como digna de fundamental preservación.¹⁶⁰

En este orden de ideas, el principio de solidaridad familiar fomenta vínculos jurídicos en la relaciones familiares y en lo que respecta a la procreación entre quienes no la tienen por su naturaleza, como es por ejemplo la filiación que se constituye en virtud de la adopción, es el móvil que reconocería, en el caso de la maternidad subrogada, que la mujer pudiese con fines solidarios prescindir y elegir subrogar su maternidad a favor de una persona para que pueda procrear y formar una familia.

2.1.2.- El respeto de la dignidad humana

La dignidad de la persona humana como fundamento del Estado Social de Derecho, no corresponde a una declaración de propósitos sino a una norma jurídica de carácter vinculante en defensa y respeto a los derechos fundamentales; como núcleo axiológico reconoce ampliamente los derechos de la persona, reacciona contra la violencia, la arbitrariedad y la injusticia, derivándose una multiplicidad de mecanismos de garantía a los derechos fundamentales que son inherentes a la dignidad del ser humano y por lo mismo se basan en ella y representan el fundamento de toda comunidad humana organizada. (Tobo 2004)

Bajo la línea jurisprudencial que ha trazado la Corte Constitucional sobre el respeto a la dignidad humana, se establece la regla que prohíbe el uso o la instrumentalización del ser humano por parte de otro sujeto, de una corporación o el propio Estado,

¹⁵⁸ Corte Constitucional Sentencia T-057 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto); también la T-887 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez)

¹⁵⁹ Corte Constitucional T-324-11 (MP Jorge Iván Palacio Palacio)

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia 7769 del 19 de enero de 1994, Ponente Guillermo Duque Ruíz

precisando que todas las personas son un fin en sí mismas y no pueden ser sometidas a ser medios o instrumentos para los fines de otros.¹⁶¹

Se entiende que, si la dignidad de la persona entraña la libre autodeterminación de toda persona para actuar en el mundo que lo rodea, hace juego con el art. 16 superior que establece: «Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico»; por ende, deberá tenerse en cuenta que más allá de la libre autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, en concordancia con el art. 2º1 de la Ley Fundamental de Bonn, se reconoce el derecho de cada persona al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto no vulnere los derechos de otro y no atente contra el orden constitucional o contra la ley moral. (Tobo 2004)

Este principio desde un plano legal y jurisprudencial, se dispersa en distintos espacios:

Primero desde el derecho legislativo se tiene como aquel: «en el que opera (i) como fundamento de otros derechos y (ii) como el derecho fundamental que tienen las personas, a un cierto trato, al trato digno. (...) se tiene que el derecho legal reconoce plenamente la vigencia y la importancia del principio de la dignidad, la que es incluida dentro de los principios rectores de los principales estatutos legales, bajo dos contenidos fundamentales: (i) como fundamento de los demás derechos, y (ii) como regla del trato digno que debe ser dado a todas las personas, especialmente a aquellas que son sujetos de especial protección constitucional como ocurre con los menores de edad, las víctimas y las personas en condición de discapacidad.»

Y segundo como precedente identifica los contenidos del principio de dignidad en seis líneas jurisprudenciales agrupadas desde el punto de vista de la función y desde el objeto de protección del derecho de dignidad: «La Corte Constitucional desde el comienzo de su jurisprudencia se preguntó por el fundamento y los contenidos de la dignidad, afirmando que el principio y derecho fundamental de dignidad es superior a todos los demás, hasta el punto de ser el fundamento de todos los derechos, derivando su contenido de la segunda formulación del imperativo categórico kantiano que señala: «El imperativo práctico será así pues el siguiente: *obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como un fin, nunca meramente como medio*», todo ello en la idea concreta de impedir la instrumentalización o el uso de un ser humano por el Estado, por otro sujeto, o por una corporación, considerando a los seres humanos como sujetos y no

¹⁶¹ Corte Constitucional Sentencia T-881/02 (MP Eduardo Montealegre Lynet)

como objetos para otro. De este modo se afirmó y aceptó desde el comienzo, que «la dignidad humana es el valor supremo del Estado social de derecho»¹⁶²

Desde esta óptica y en consonancia con el principio de solidaridad, convendrá definir con mayor firmeza que la legitimidad del uso de la práctica de la maternidad subrogada dentro del ordenamiento jurídico colombiano obedece a estos dos fines constitucionales (solidaridad y dignidad humana), toda vez que, a simple vista la mujer sería el medio por el cual otra persona pueda procrear.

No obstante, si los fines que movilizan esta práctica están bajo el amparo del principio de solidaridad, habrán de hallarse en armonía con el principio del respeto a la dignidad humana, lo que reduciría el efecto de instrumentalización de las personas que intervienen en ella, y visualiza la posibilidad de regular una práctica solidaria de la maternidad subrogada para Colombia totalmente distinta a la ejercida en otros Estados de forma comercial.

Así que, regular una práctica que vaya acorde a la dignidad de la mujer, supone desligar todo elemento que atente y contraríe estos principios del Estado Social de Derecho, y uno de esos elementos es la disociación empleada en la comercialización de la maternidad subrogada, que consiste en una serie de instrucciones que reciben las mujeres por parte de las clínicas especializadas para que las mujeres que alquilan su vientre aprendan a disociarse del bebé, les enseñan a no decir nunca [te amo] sino [tus padres te aman], a no ponerle nombre, a no pensar que el hijo es suyo, a pensar en el útero como una fábrica, justificando que todo esto es necesario para deshumanizar el proceso y resulte más llevadero. (Marrades, Marrades Puig, Ana 2017)

Lo anterior, es justificable bajo el objeto concreto y funcionabilidad de la protección del principio constitucional del respeto de la dignidad humana:

Según su objeto concreto estipula tres lineamientos a saber: «i) la dignidad humana como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y iii) la dignidad humana como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral o, en otras palabras, la garantía de que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de trato degradante o humillante.»

Con base en su funcionabilidad se identifica en tres expresiones: «i) Es un valor fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado; ii) constituye un principio constitucional; y iii) también tiene la naturaleza de derecho fundamental autónomo.»¹⁶³

¹⁶² Corte Constitucional Sentencia C-134/17 (MP Alberto Rojas Ríos), (cursiva dentro del texto)

¹⁶³ Corte Constitucional Sentencia C-147/17 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), C-143/15 (MP Luis Ernesto Vargas Silva)

Así las cosas, el punto de equilibrio entre la maternidad subrogada frente a los principios y derechos constitucionales ya mencionados, busca proyectar el uso de esta práctica de reproducción humana asistida como la *ultima ratio* en la que una persona con fines solidarios facilite a otra su proceso de procreación totalmente refractario al *animus lucrandi*; y para esto, es necesario examinar a continuación el tercer principio en el que se funda el Estado Social de Derecho «el trabajo» con el ánimo de impulsar desde estos tres principios un nexo que propicie la legitimidad de la misma.¹⁶⁴

2.1.3.- Trabajo

Aunado a la reflexión anterior, es preciso abarcar la maternidad subrogada desde el tercer principio en el que se funda el Estado Social de Derecho «el trabajo», en sentido a la relación de lo que puede implicar la compensación o contraprestación que recibe la mujer en parte de pago de la inversión hecha por aquella persona que desea procrear por este medio, bajo las figuras de vientre del alquiler o gestación por sustitución, ya sea directamente o a través de agencias e intermediarios. Independientemente del monto percibido por la mujer o del total invertido, lo que se evalúa es si ello constituye o no un ingreso económico o un aspecto mercantil que instrumentalice a las personas que intervienen en la reproducción humana con asistencia científica y médica.¹⁶⁵

Partiendo de la idea que no todo ingreso económico constituye un trabajo, pero si todo trabajo un ingreso, estos pueden provenir de diferentes labores, pero siempre se derivan de la misma fuente. El trabajo se define como un derecho, una obligación social y como fuente de la riqueza social, es objeto de una regulación especial que implica protección para quien constituye la parte más débil «el trabajador»; el art. 25 superior contempla que «toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas» por tanto las relaciones laborales deben ir acorde con el espíritu de justicia y equidad propio de los vínculos entre quienes integran el sistema productivo de la sociedad. (Tobo 2004)

Los antecedentes de obtener ingreso económico a través de la maternidad subrogada vienen desde los años 70 en Estados Unidos cuando los hombres cuyas esposas eran infértiles, buscaban mujeres que les parieran un hijo a cambio de pago; la clandestinidad no duro mucho y mediante agencias se vinculaban mujeres fértiles para parejas dispuestas a pagar grandes sumas de dinero por tener un hijo biológico. A pesar

¹⁶⁴ Si en principio la dignidad humana se predica de la personas; filósofos como Stephen Wilkinson la reinterpreta desde una mirada del cuerpo y no de la persona, al cuestionar conceptos del daño, explotación, consentimiento, mercantilización, cosificación, bienestar y fuerza, propone términos alternativos como explotación mutuamente ventajosa, sobre todo cuando se vive en condiciones de sufrimiento absoluto, en el caso de la maternidad subrogada unos sufren porque no tienen con que vivir y otros porque no tiene un hijo por quien vivir; titula su obra *Bodies for Sale: Ethics and exploitation in the new human body trade* (Cuerpos a la venta: Ética y explotación en el nuevo comercio del cuerpo humano (Wilkinson, 2003). Citado en (Ekis Ekman, 2017)

¹⁶⁵ En Canadá en el procedimiento de gestación por sustitución se recibe por compensación y gastos médicos derivados del embarazo entre 60.000 y 80.000 euros. En Estados Unidos entre 120.000 y 150.000 euros porque no están cubiertos los gastos médicos. En los países donde se percibe ya no como compensación sino como retribución esta entre 35.000 y 55.000 euros más honorarios de las agencias que se encuentran en Ucrania y Rusia. (Marrades, Marrades Puig, Ana 2017).

de generar disputas judiciales la industria de la subrogación no se hace esperar y llega a países donde en la actualidad es legal como la India, Ucrania, Hungría, Corea del Sur, Sudáfrica, Israel y los Países Bajos, en la modalidad de trueque o doble beneficio que implica en últimas un alquiler de vientre o una forma ampliada de la prostitución en el que la mujer es el medio para lograr dichos fines (Ekis 2017).¹⁶⁶

Ante la escases de oportunidades y superación del desempleo, las personas optan por migrar a donde puedan obtener fuentes de ingreso para subsistir o superarse. En otros países donde esta permitida la maternidad subrogada llamada de otra forma, tal como gestación por sustitución o vientres de alquiler, reclutan mujeres de distintos países para alquilar su vientre a cambio de una suma de dinero, lo que resulta llamativo para aquellas que no tienen una oportunidad laboral y ante la necesidad deciden someterse a esta forma de conseguir un ingreso para satisfacer temporalmente sus necesidades; sin entrar a considerar que en el embarazo, pueden surgir ciertos eventos que ponen en riesgo la salud y la vida de la embarazada, sin recibir ningún tipo de indemnización o devolución de dinero; puesto que, las madres sustitutas son mujeres de clase media, tienen hijos propios y consideran la maternidad subrogada como una oportunidad de ayudar a los demás y al mismo tiempo ganar un poco de dinero. La mayoría de estas mujeres, están vinculadas a una clínica que se ocupa de todo mediante abogados y un equipo médico de apoyo. (Szipigler 2009)

Pensar la maternidad subrogada como un trabajo o fuente de ingreso para la mujer es inviable, por ejemplo: contratar a una persona nueve meses para una gestación, supondría calcular ¿con cuántos embarazos sería suficientes para que esta mujer alcanzara la pensión de jubilación según su cotización? ¿será que el cotizar por maternidad subrogada hará que cada embarazo remplace 10 años de servicio y así con el tercer embarazo pueda optar por la pensión?

Estos cuestionamientos situados en una balanza resultan totalmente desproporcionados desde los derechos de la libertad e igualdad que son la base de la dignidad humana:

«para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres y garantizar todos los derechos de las mujeres, la autonomía es un requisito indispensable. La autonomía económica y la reproductiva constituyen aspectos consustanciales a la garantía y ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las mujeres en situación de pobreza y pobreza extrema. (...) La autonomía reproductiva implica por una parte la reconfiguración de la división sexual del trabajo, que exige al Estado establecer acciones para promover la concilia-

¹⁶⁶ Indica la autora que, como «trabajo», la subrogación no es particularmente lucrativa. Una madre sustituta estadounidense gana menos de 1.50 dólar por hora, y sus colegas indias, apenas la mitad, por todo el proceso que tienen que pasar iniciando con múltiples tratamientos medicamentosos (inyectarse hormonas dos o tres veces al día durante tres o cuatro meses para elevar al máximo las posibilidades de concepción), implante de varios óvulos fecundados lo que genera embarazos gemelares, parto por cesárea y con la probabilidad máxima de quedar estériles luego de prestar sus servicios como madres sustitutas. (Ekis Ekman, 2017)

ción de la vida productiva y laboral y la distribución del cuidado y la crianza, También implica el contar con un debido y adecuado acceso a la información y a los servicios necesarios para poder tomar decisiones libres sobre la salud reproductiva y planificación familiar. (...) la falta de condiciones de un gran número de mujeres en el hemisferio para tomar decisiones oportunas, libres y seguras sobre su reproducción, constituye un grave obstáculo para lograr salir de la pobreza y la desigualdad. (...) »¹⁶⁷

Desde este ángulo la práctica de la maternidad subrogada no se puede considerar como un ingreso económico bajo ninguna circunstancia, pues esta visto que el Derecho no daría para tanto, además ante el nivel de desgaste, la depresión en el embarazo y la depresión pos parto son consecuencias que se deben considerar para que la maternidad sea una actividad laboral, pues supondría valorar el índice de estrés que este proceso genera y como actividad laboral constituye alto riesgo como las de los laboratorios o plantas nucleares:

«Como [trabajo], la subrogación no es particularmente lucrativa. Una madre sustituta estadounidense gana menos de 1.50 dólar por hora, y sus colegas indias, apenas la mitad. Es complicado el proceso físico al que deben someterse las madres de alquiler. En la gestación por sustitución tienen que recibir múltiples tratamientos medicamentosos. Tienen que inyectarse hormonas dos o tres veces al día durante tres o cuatro meses (Ragoné, 1998, p. 122). Para elevar al máximo las posibilidades de concepción, el médico les implanta con frecuencia más de un óvulo fecundado, por lo general, entre cuatro y seis. Como las madres sustitutas son más jóvenes y fértiles que otras que se someten a la fertilización in vitro, no es raro que el resultado sea gemelos (Ragoné, 1998, p. 123). A menudo, el parto de gemelos se hace por cesárea, por lo que ha habido mujeres que han quedado estériles luego de prestar sus servicios como madres sustitutas (Barbour, 2010)» (Ekis 2017)

Discurrir sobre la maternidad subrogada como un trabajo o actividad laboral en medio del desgaste en la vida de la mujer que conlleva el embarazo y la lactancia, se logra bajo el examen que hace Daltabuit sobre el rol productivo y reproductivo de las mujeres campesinas que contribuyen de manera importante a la economía y el bienestar de su familia. Ese desgaste biológico debido al estrés fisiológico del embarazo y la lactancia es posible calcular mediante el índice de estrés reproductivo:

¹⁶⁷ CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos en la Américas. OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 14/7 7 septiembre 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>

$$\text{Índice de estrés reproductivo} = \frac{\text{Total de meses de embarazo y lactancia} \times 100}{\text{edad actual} - \text{edad al 1er embarazo (en meses)}}$$

La clasificación que resulta de este índice es: 1-20% estrés ligero, 21-40% estrés moderado ligero, 41-60% estrés moderado, 61-80% estrés pesado, 81-100% estrés muy pesado. (Daltabuit 1995)

El trabajo doméstico no remunerado que realizan las mujeres sustenta el hogar campesino, aseguran la reproducción de la fuerza de trabajo no sólo al tener hijos quienes son una importante fuente de trabajo en la familia, sino también por su crianza, socialización y cuidado hasta la edad adulta; desarrollan una amplia variedad de actividades agotadoras con una alimentación por lo general limitada y esas responsabilidades domésticas y productivas, el embarazo y la lactancia no pueden alterar.

El periodo del embarazo y la lactancia representa un estrés físico e incremento de los requerimientos nutricionales para las mujeres campesinas que realizan trabajos pesados, tienen dietas inadecuadas y viven en un ambiente con múltiples enfermedades. Mediante el índice de estrés reproductivo se representa la proporción de tiempo durante el cual una mujer ha estado bajo estrés en su vida adulta y reproductiva (embarazada y dando pecho) y evalúa el desgaste biológico debido al embarazo y la lactancia, sin embargo, se subestima el desgaste de las mujeres de mayor edad y que en algunos casos existe sobrepresión entre el embarazo y la lactancia.

Sus resultados arrojan que las mujeres que están bajo un estrés muy pesado son en un 45% quienes tienen entre 25 y 34 años¹⁶⁸ y en un 36% de 35 a 44 años, estas mujeres han pasado más del 80% de su vida adulta embarazadas y dando pecho. Al evaluar el efecto del nivel socioeconómico de las mujeres estudiadas sobre su estrés reproductivo las mujeres de nivel alto son quienes están bajo mayor estrés pues tienen más hijos, hay una asociación entre una fertilidad alta y un nivel alto, quizás estas mujeres de nivel alto han aumentado sus oportunidades económicas al tener más hijos que aportan trabajo y dinero a la familia. (Daltabuit 1995).

Para Spar, alquilar vientres por dinero y amor, como modelo de negocio subyacente es eminentemente razonable, aunque los óvulos y el esperma están ampliamente disponibles en mercados como los Estados Unidos, es más difícil encontrar úteros,

¹⁶⁸ Este es el rango de edad que predomina tanto en los proyectos de ley tendientes a regular la gestación por sustitución por altruismo, y la exigible en las agencias que la promueven.

porque las mujeres no tienen ningún incentivo inherente para soportar los costos físicos y trastornos emocionales asociados al embarazo y al trabajo:

Puramente en términos comerciales, tiene sentido pagar a las mujeres por someterse a los rigores del embarazo y así buscar a las mujeres para quienes el embarazo pago es una propuesta económicamente atractiva y ¿quiénes serán estas mujeres? ellas serán jóvenes (para tener un embarazo exitoso) con hijos (porque los padres quieren sustitutas que entiendan la experiencia) y seguramente serán más pobres que los que contratan por su servicio; algunas de estas jóvenes madres pobres vivirá en el mundo desarrollado, pero mucho más demográficamente hablando vivirán en las naciones más pobres del mundo en desarrollo, donde las oportunidades para las mujeres pobres jóvenes son aún más escasas.

Advierte que, en las próximas décadas, es casi seguro que surja un comercio más amplio de úteros si hay demanda en una parte del mundo (y hay una oferta más barata en otra) habrá entonces que controlar por parte del gobierno el registro tanto del comercio en general como el de la reproducción en particular y así demostrar el potencial de explotación que claramente se esconde en la subrogación. (Spar 2006).

La maternidad subrogada o alquiler de vientres como opción de empleo o ingreso económico genera una máxima explotación de las mujeres, ya que hay quienes afirman que lo que ha hecho el capitalismo, es que el trabajo esta siendo sustituido por maquinas lo que pasa lentamente y se ve en la realidad, en el diario vivir, no hay empleo para todas la personas y tampoco condiciones de trabajo que permitan una vida digna o libre escogencia; antes por el contrario aumenta más el desempleo, los despidos y la pobreza en los trabajadores e incrementa con ellos los trastornos de ansiedad y depresión, que según la OMS en el 2020 serán la primera causa de la segunda enfermedad más prevalente en el llamado mundo desarrollado.

La capacidad de los mas ricos de controlar gobiernos y mercados han llevado a los desniveles de desigualdad social nunca antes alcanzados; esta es la actual distribución de riqueza en el mundo donde un 1% más rico, tiene tanto patrimonio como todo el resto junto, este modelo económico y político es insostenible. Las personas que quedan atrapadas en la pobreza buscan otros trabajos para aumentar sus ingresos sin miedo a perder o arriesgar su salud. (Sevilla 2013).

Por todo lo anterior, es de advertir que el Estado, a fin de evitar que la maternidad subrogada sea aplaudida como una fuente de ingreso, debe proveer mejores empleos para las mujeres, que les ayuden a liberarse de la estigmatización social que esta práctica genera y que vulgarmente es llamada como alquiler de vientres cuando se trata

de un recurso económico; sobre todo la garantía incondicional que supone tener más libertad y menos miedo para decidir como quieren que sean sus vidas.¹⁶⁹

En el mundo del trabajo para tener el derecho a trabajar con dignidad hace falta poder elegir y como se indicó en el tema de Derecho comparado, los contratos del alquiler de vientre no se firman en igualdad de condiciones, las agencias o intermediarios se quedan con la gran parte del dinero que perciben de las personas que desean ser padres y a la mujer que facilita alquilando su vientre no recibe sino una pequeña parte (en India el marido de la mujer es el beneficiario del pago). Esto se debe en gran medida a que la parte necesitada de recursos no le queda otra que aceptar ese contrato, impuesto por la necesidad y el miedo de no haber empleo para todo el mundo.¹⁷⁰

2.2.- Derechos fundamentales

La maternidad subrogada desde la óptica de los derechos fundamentales despliega nexos básicamente entre los derechos que tienen que ver en la salud reproductiva y materna, que, aunque no están expresamente en la Constitución Política como fundamentales, cuentan con el desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional que los reconoce como tal.

En virtud de los ya mencionados art. 42 inciso 6 de la Carta y la T-968/09 en los que se presume la legalidad de la maternidad subrogada por hallarse dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, se reconocen como derechos en categoría de fundamentales el derecho a la salud, los derechos reproductivos y el derecho a la maternidad, los que tienen una estrecha relación y objetivo común de garantizar a la mujer la calidad de sujeto de especial protección.

2.2.1.- *Derecho a la salud como derecho fundamental*

Tratándose de maternidad, uno de los derechos con los que principalmente guarda estrecha relación esta práctica de la maternidad subrogada, es el de la salud. Este derecho en principio se consideraba como fundamental por el alto tribunal constitucional siempre y cuando tuviese conexidad con el derecho fundamental de la vida.

Hoy por hoy la Corte ha cambiado su jurisprudencia en el sentido de flexibilizar este derecho cuando existan situaciones especiales, condiciones específicas y la presencia de sujetos de especial protección constitucional como lo es la mujer embarazada:

¹⁶⁹ Se venía advirtiendo desde el siglo pasado que las técnicas de reproducción humana asistida como la fecundación in vitro y todo aquello que lleve a la manipulación para lograr embarazos con éxito constituyen un peligro para la mujer, puesto que, dentro de un consumismo por una idealización patriarcal convierte a las mujeres en máquinas reproductoras, sin considerar que su estado natural a la esterilidad o la decisión libre de no reproducirse, es cuestión de la autonomía e independencia de la mujer que ya tiene suficiente al padecer la desgraciada infertilidad ante la familia y la sociedad. (Corea 1988)

¹⁷⁰ En Colombia, el desespero ante la necesidad de buscar una fuente de ingreso a falta de estabilidad laboral y económica por el incremento del desempleo en el sector femenino, ha conllevado a las mujeres a alquilar por cuenta propia sus vientres en redes sociales, algunas son madres cabeza de hogar que desempleadas necesitan el sustento de sus familias para su propia subsistencia, cuentan con la opción de viajar a otros lugares en los que es legal esta práctica como México, a ser cigüeñas para otros a quienes llaman mamá pancita o mamá corazón. <https://www.facebook.com/Ventre-subrogadoalquiler-de-ventre-580413982067075/>

Principios rectores como eficiencia, universalidad y solidaridad hacen que la fundamentalidad del derecho a la salud se haga afectiva a partir del cumplimiento de los principios de continuidad «que no sea interrumpido o suspendido de manera imprevista e injustificada por razones administrativas o presupuestales», *integralidad* «los servicios de salud deben contener todo suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico de una enfermedad y el seguimiento de una patología o procedimiento médico necesario» y la garantía de acceso *oportuno* a los servicios «acceder en el momento que corresponda para su recuperación», entre otros.¹⁷¹

El derecho a la salud al ostentar carácter fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, comprende la prestación del servicio de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud:

El carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud, ha sido ratificado por la Ley Estatutaria de la Salud que sometida a control previo y automático de constitucionalidad y definir en los artículos 1º y 2º el objeto, naturaleza y contenido de la ley, se refiere a la salud como un «derecho fundamental», «autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo», el cual comprende, entre otros elementos, la prestación del servicio de manera «oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.»¹⁷²

Así, la protección por vía de tutela requiere que el derecho a obtener la prestación real, oportuna y efectiva del servicio incluido en el plan de atención y beneficios, a través de todos los medios técnicos y científicos autorizados, corra a cargo de la entidad o entidades a quien corresponda su prestación.¹⁷³

Esta posibilidad de protección por vía de tutela, comporta dos dimensiones que la jurisprudencia constitucional ha precisado así:

«por un lado, (i) el derecho a obtener la prestación real, oportuna y efectiva del servicio incluido en el plan de atención y beneficios, a través de todos los medios técnicos y científicos autorizados; y, por el otro, (ii) el derecho a que la asunción total de los costos de dicho servicio corra a cargo de la entidad o entidades a quien corresponda su prestación. En ese sentido, tanto la prestación del servicio como el contenido económico del mismo, hacen parte de la dimensión *ius* fundamental del derecho a la salud, razón por la cual, en el

¹⁷¹ Corte Constitucional Sentencia T-206 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio)

¹⁷² Ley Estatutaria de la Salud 1751 de 2015. Control de constitucionalidad C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

¹⁷³ Corte Constitucional Sentencia T-306 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

evento de que alguno de estos dos componentes no resulte satisfecho, resulta válido recurrir a la acción de tutela para reclamar su protección.»¹⁷⁴

El cambio de la doctrina jurisprudencial, surte efectos también con respecto al amparo de los tratamientos de fertilidad, pues es de recordar que la razón por la cual inicialmente la tutela no procedía en tales casos, se debía principalmente a la exclusión expresa de ese tipo de tratamientos en el POS; toda vez que, el costo excesivo representaba una disminución en el cubrimiento de servicios de salud prioritarios, además el derecho a la procreación no podía extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico *per se* no le permite su goce:

«(...) cuando se trata de tratamientos para la infertilidad, la Corte ha considerado la improcedencia de la acción de tutela por considerar que no existe violación de derechos fundamentales y además porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional.» Sin embargo, se consideraban algunas excepciones para su protección por vía de tutela: «(a) cuando el tratamiento de fertilidad ya ha sido iniciado por parte de la EPS y ésta lo interrumpe de manera inesperada, es decir, que no hay una razón científica que sustente dicho proceder; (b) cuando lo solicitado por el accionante es la práctica de exámenes con el fin de diagnosticar cuál es la causa de la infertilidad; y por último, (c) cuando la infertilidad es la consecuencia de otra enfermedad.»¹⁷⁵

A partir de las sentencias T-528/14 y T-274/15, la Corte vislumbra la posible tutela a las técnicas de reproducción asistida, toma como referencia lo dicho por organismos internacionales ante la necesidad de reconocer y garantizar el ejercicio de los derechos reproductivos que tienen las personas en virtud de la facultad a decidir libre y responsablemente sobre su procreación y número de hijos que desee tener, en la medida que se advierte que los mismos tienen que ver con los derechos fundamentales de la libertad, autodeterminación, libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal y familiar.¹⁷⁶

El llamado que hace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a los Estados para el reconocimiento, regulación, acceso y ejercicio del derecho a una salud

¹⁷⁴ Corte Constitucional Sentencia T-375 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

¹⁷⁵ Corte Constitucional Sentencia T-752 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández). También sobre este mismo asunto se pueden observar las T-226 de 2010, T-870 de 2008, T-572 de 2002, T-636 de 2007, T-901 de 2004 y T-946 de 2007.

¹⁷⁶ Corte Constitucional Sentencia T-528 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa) y T-274 de 2015 (MP Jorge Iván Palacio Palacio)

reproductiva que le asiste a las mujeres, niñas y adolescentes se evidencia con carácter urgente y reiteradamente en distintos de sus pronunciamientos.¹⁷⁷

2.2.2.- *Derechos reproductivos y tratamientos de fertilidad*

El exhorto reiterado al Gobierno Nacional para regular la reproducción humana asistida y el acceso a los tratamientos de fertilidad dentro del plan obligatorio de salud POS, se sustenta ante la necesidad y situación real que presentan las personas al padecer de infertilidad y no cuentan con los recursos económicos para costear los tratamientos en clínicas de fertilización.¹⁷⁸

De los derechos a la integridad personal, libertad personal, vida privada y familiar, que le asiste a la mujer, niña o adolescente, se deriva el de acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva; la forma por la cual puede ejercer el derecho a controlar su fertilidad y como se construye la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso y beneficio del progreso científico, hace parte de su autonomía e identidad individual, en razón del alcance de la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva.¹⁷⁹

El Estado debe garantizar a las mujeres, niñas y adolescentes acceder a la información, bienes y servicios de salud sexual y reproductiva en el ámbito de la prestación de servicios de salud materna, toda vez que la ausencia o insuficiencia de perspectiva de género en las políticas públicas para abordar las necesidades en salud de las mujeres, particularmente para reducir la mortalidad materna, constituye una forma de discriminación.

Esa discriminación que las mujeres históricamente han enfrentado en distintos niveles, sea en el hogar y/o en los establecimientos de salud, genera desigualdades en la atención del derecho a la salud y disfrute de sus derechos humanos entre las mismas mujeres y entre los hombres y las mujeres:

«Las mujeres que han sido históricamente marginadas por motivos de raza, etnia, posición económica y edad, son quienes más barreras enfrentan en su acceso a información en materia de salud y éstas se agudizan cuando la información versa sobre asuntos relacionados a la salud sexual y reproductiva. El acceso a la información está estrechamente vinculado con la realización de

¹⁷⁷ CIDH, Principales estándares y pronunciamiento relativos a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, niñas y adolescentes en el sistema interamericano de derechos humanos. OEA, junio de 2018 Recuperado en: <http://online.fliphtml5.com/fxji/hlqx/#p=1>

¹⁷⁸ Corte Constitucional Sentencias T-306 de 2016, T-274 de 2015 y T-528 de 2014 mencionadas anteriormente

¹⁷⁹ CIDH, Caso Artavia Murillo y Otros («Fecundación In Vitro») Vs. Costa Rica del 28 noviembre de 2012, entre otros; además esta decisión es vinculante para el Estado Colombiano en virtud del bloque de constitucionalidad donde el marco internacional sobre derechos humanos que reconoce el acceso a técnicas de reproducción humana asistida y que hace parte de los derechos reproductivos no es desconocido y es bastante amplio.

otros derechos, y por tanto la falta de respeto y garantía de este derecho para las mujeres puede ocasionar una vulneración de sus derechos.»¹⁸⁰

La salud reproductiva genera un estado general de bienestar físico, mental y social, disfrutar de una vida sexual satisfactoria, sin riesgos, con capacidad para procrear y con libertad para decidir hacerlo, va en concordancia de derechos constitucionales a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente; que demanda una protección jurídica integral a todas las personas que buscan ese beneficio en su proyecto de vida. (Cárcar 2017)¹⁸¹

Ante la ausencia normativa que regule las técnicas de reproducción humana asistida, es posible acudir a la tutela para autorizar o solicitar procedimientos, medicamentos y tratamientos de la infertilidad, en el supuesto de garantizar los derechos de la vida, la salud, la integridad personal, la salud sexual reproductiva en continuidad a la prestación del servicio de salud de las personas que padecen una patología de infertilidad a causa de una enfermedad que afecta su aparato reproductor.¹⁸²

2.2.3.- *Protección constitucional al derecho a la maternidad*

Con el propósito de fundamentar constitucionalmente la protección especial que la Sociedad y el Estado deben prohijar a la maternidad y a la lactancia, la jurisprudencia indica cuatro premisas que tratan de vincular a todas la autoridades públicas abarcando todos los ámbitos de la vida social, la laboral, preservación de la vida, la protección de la familia, la asistencia en la seguridad social y el interés superior del menor, como quiera que la mujer debido a la maternidad ha sido y sigue siendo objeto de discriminación:

«(i) en el mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución Política en relación con la «especial asistencia y protección del Estado» a la mujer en estado de embarazo y después del parto; (ii) en la protección de la mujer embarazada o lactante contra la discriminación en el ámbito del trabajo, garantía habitualmente conocida como fuero de maternidad, que tiene como fin impedir el despido o la terminación del contrato causados por el embarazo o la lactancia; (iii) en la concepción de la vida como valor fundante dentro del ordenamiento constitucional (Preámbulo y artículo 11) y la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas establecida en el artículo 44 Superior; y (iv) en la relevancia de la familia dentro del orden constitucional colombiano, como institución

¹⁸⁰ CIDH, Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61 22 de noviembre 2011. Recuperado en: <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ACCESO%20INFORMACION%20MUJERES.pdf>

¹⁸¹ Corte Europea de Derechos Humanos, Case of R.R. vs Poland, Application No. 27617/04, 26 de mayo de 2011: El proveer servicios adecuados y oportunos pertinentes a la salud reproductiva garantiza a las mujeres su derecho a la integridad y a la salud materna en igualdad de condiciones, para que a través de la información y educación en materia de reproducción se adopten decisiones libres, fundamentadas, autónomas, informadas y responsables. En (Cárcar Benito, 2017)

¹⁸² Corte Constitucional Sentencia T-316 de 2018(MP Crista Pardo Schlesinger)

básica de la sociedad, en atención a lo cual recibe una salvaguardia integral de parte de la sociedad y del Estado contenida en los artículos 5 y 42 de la Constitución Política»¹⁸³

A la luz de lo estipulado en el Art. 43 de la Constitución Política se presupone el deber estatal y prestacional hacia la protección especial de la mujer que en estado de embarazo y en periodo de lactancia «gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste, subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada».

La jurisprudencia constitucional de la Corte reconoce que existe una *obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada* y lactante a cargo del Estado, advirtiendo que dicha protección es general para todas las mujeres y no *únicamente* de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral.¹⁸⁴

Esta protección, proyecta un fuero de maternidad que consiste en asegurar el derecho efectivo a trabajar, proteger los ingresos laborales, impedir la discriminación en el ámbito laboral por despido, terminación o no renovación de una relación de trabajo; también el permitir a las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo o ejercer su derecho sin la obligación de realizar trabajos que determinados por la autoridad competente, sea perjudicial o conlleve un riesgo significativo para la salud de las mujeres embarazadas o lactantes y la de su hijo.

También lo es garantizar una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas y que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo. Si es claro que la mujer tiene el derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada en desarrollo del principio de igualdad, también lo es que el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez constituye claramente manifestaciones de discriminación sexual y de las que han sido y siguen siendo víctimas como un fenómeno incomodo por el sobre costo que implica en las empresas.¹⁸⁵

Aunado a lo anterior la mujer recibe una protección preferencial a través de la vida como valor fundante y bien jurídico de máxima relevancia en el ordenamiento constitucional, otorgándosele la calidad que sólo de ella se deriva «gestadora de vida». En este sentido:

¹⁸³ Corte Constitucional Sentencia C-005 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva)

¹⁸⁴ Corte Constitucional Sentencia SU-070 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada). En concordancia con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer (CEDAW) art.12.2 «los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario»; la Declaración universal de Derechos Humanos (DUDDHH) art. 25 «la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales» y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) art. 10.2 «se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto»

¹⁸⁵ Al respecto se pueden consultar las sentencias T-005 de 2009 y Su-071 de 2013; y los Convenios de la OIT: 100 de 1951, 95 de 1952, 183 de 1952, 111 de 1958, 156 de 1981, entre otros.

«la jurisprudencia constitucional ha considerado que el fuero de maternidad previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, además de prevenir y sancionar la discriminación por causa o razón del embarazo, desde una perspectiva constitucional e internacional, debe servir también para garantizar a la mujer embarazada o lactante un salario o un ingreso que le permita una vida en condiciones dignas y el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente».¹⁸⁶

Excluir del POS los tratamientos para solucionar problemas de fertilidad desestimula el proyecto de vida de la persona o de la pareja cuando de estos depende su realización en la maternidad y/o paternidad deseada, toda vez que la ausencia del tratamiento, aunque no pone en riesgo la vida, sí implica una afectación en la faceta reproductiva de la salud lesionando derechos constitucionales.¹⁸⁷

La infertilidad como patología o enfermedad del sistema reproductivo que genera la incapacidad de lograr un embarazo tanto clínico como natural, afecta la vida y salud física, social y psicológica de la persona y de las parejas que la padecen, les acarrea una serie de dificultades en el seno familiar cuando el tener hijos significa la cúspide de sus expectativas además de soportar las consecuencias sociales de inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social, pérdida de estatus social e identidad de género, ostracismo y abuso:

«la negativa de un tratamiento de fertilidad infringe, tanto la dimensión reproductiva del derecho a la salud, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en su núcleo esencial de autodeterminación reproductiva y libertad para tomar las decisiones que más convengan en el proyecto de vida familiar, y a la igualdad en las perspectivas enunciadas: (i) la que apunta a una discriminación indirecta en relación con el género, en tanto la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres y, por lo tanto, tiene un impacto negativo sobre ellas

¹⁸⁶ Corte Constitucional Sentencia C-005 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), le anteceden los fallos T-179 de 1993, T-694 de 1996 y SU-071 de 2013

¹⁸⁷ Por progresividad del derecho fundamental a la salud, se exhorta al Gobierno realice «la revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización in vitro, e inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas» (T-528/14). Si el Estado no legisla la reproducción humana asistida y la maternidad subrogada, puede convertirse en segundo agresor, tal y como se advierte en precedentes constitucionales en los que la Corte exhorta a las autoridades encargadas de la atención de las mujeres en actuar y adoptar en términos razonables medidas de protección con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos (T-735/17). Lo que implica en últimas la eficacia del sistema político en las relaciones entre grupos sociales y las organizaciones que conforman el Estado, en el caso de estudio, entre el grupo poblacional que padece de infertilidad y las instituciones encargadas de brindar el servicio de salud, pero además, si se acude a la maternidad subrogada para culminar exitosamente el tratamiento reproductivo sin un respaldoado mediante un acto jurídico solemne, resultaría un acto arbitrario y la dignidad humana no puede convivir con la arbitrariedad. (Cepeda 2001)

y (ii) la que supone un trato discriminado para aquellas personas que sufren de infertilidad, que tienen derecho, como se indicó, a acceder a las técnicas necesarias para resolver los problemas de salud reproductiva, también de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.»¹⁸⁸

2.3.- Sujetos de especial protección constitucional

Por obra de la constituyente de 1991 y en desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se reconoce la calidad de sujeto de especial protección constitucional, el amparo reforzado a quienes vienen siendo sometidos históricamente a la desigualdad formal y real:

«la Corte Constitucional ha señalado como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, a los adultos mayores, y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados.»¹⁸⁹

Reiterativamente se viene refiriendo la Corte al sujeto de especial protección, como aquella persona que por su situación de debilidad manifiesta se ubica en una posición de desigualdad material con respecto a los demás, lo que obliga a un tratamiento preferencial a través de acciones afirmativas en aras de garantizar la igualdad material y el acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos a su favor.¹⁹⁰

Ahora bien, el radio de acción de la práctica de la maternidad subrogada involucra a la mujer en una doble condición, por un lado, como la persona que teniendo capacidad reproductiva puede gestar para otra persona, y por otro, la persona que por su

¹⁸⁸ La Corte ampara la tutela de los derechos fundamentales sexuales y reproductivos, acoge las directrices hermenéuticas dictadas por el CIDH sobre la protección de dichos derechos en casos de tratamientos de fertilidad para garantizar de forma más efectiva los derechos consagrados en la Constitución política. Es reiterativa la jurisprudencia por el déficit de protección en materia de salud reproductiva ante la insuficiencia de regulación en Colombia en lo que toca con los tratamientos de fertilidad y su inclusión en el plan de beneficiarios. Lo cual se encuentra en las sentencias T-528 de 2014, T-275/2015 y T-306-2016 citadas anteriormente.

¹⁸⁹ Corte Constitucional Sentencia T-222 de 2017 (MP Iván Humberto Escrucería Mayolo)

¹⁹⁰ Al respecto pueden verse las sentencias T-736/2013 (MP Alberto Rojas Ríos), T-282 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo) y Sentencia T-495 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

condición misma o por su misma naturaleza no puede engendrar o carece de dicha capacidad; siendo la primera que subrogaría la maternidad a favor de la segunda.¹⁹¹

Es por ello que, en las técnicas de reproducción humana asistida y en especial en la práctica de la maternidad subrogada, la mujer es por excelencia el sujeto de especial protección constitucional por medio del cual se debe evaluar su fundamentación y regulación, en razón no solamente por la discriminación de la que históricamente ha sido objeto; sino por esa doble condición que la comprende.¹⁹²

Además de lo anterior, hay otro sujeto que ostenta la calidad de sujeto de especial protección y que hace las veces de común denominador entre ambas partes, y es el hijo deseado a quien se le debe determinar la filiación con respecto a la persona que desea procrear y no con la que le ha gestado y parido.

Todos estos sujetos guardan una estrecha relación al ostentar la calidad de sujetos de especial protección constitucional, por ello que, el punto de equilibrio que propone esta disertación académica, es que la práctica de esa alternativa reproductiva se realice bajo el principio de la solidaridad familiar y que perfilará el comportamiento de estos sujetos dentro de esta esfera equilibrando que el ejercicio de sus derechos no contravenga en el de los otros.

Para lo cual se estudia a continuación cada uno de ellos valorados como tal, dentro de la maternidad subrogada.

2.3.1.- *La mujer*

La premisa que advierte la Corte en considerar que la mujer en si misma es sin lugar a dudas sujeto de especial protección, se sostiene tanto por la ya reconocida desigualdad histórica, como por las características que la acompañan y la hacen ser objeto del mismo, es decir, cuando ostenta la calidad de madre cabeza de familia, tiene a su cargo niños menores de edad y en el caso concreto, se encuentre embarazada.¹⁹³

Es en dichas características que la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos incide directamente sobre el proyecto de vida de la mujer y muy particularmente, cuando a embarazo se refiere, puesto que, es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación ya sea del hijo que se concibe para si o para otra persona, como es en el caso de la maternidad subrogada, lo que comprende la concurrencia de derechos funda-

¹⁹¹ En este punto es importante considerar que si bien es cierto el objeto central de este estudio es la mujer que subroga la maternidad, también deberá entenderse que «mujer» se refiere a la «persona» que tiene capacidad reproductiva y gestacional sin importar su género actual, como es el caso concreto de aquella mujer que ha cambiado su identidad de género a la masculina pero ha conservado su sistema reproductor femenino y que sin mayor rodeos es lo que se conoce como hombre tras-género, puesto que con el sexo se nace en cambio el género se adquiere (Llanes 2010). Es entonces que, a partir de este momento dentro de un plano de igualdad de derechos, se hablará en esta disertación de mujer o persona que puede facilitar y llevar a feliz término el resultado esperado de las técnicas de reproducción humana asistida utilizadas por personas que carecen de capacidad reproductiva y no pueden gestar de forma natural.

¹⁹² Es de recordar que los lineamientos básicos en la construcción jurídica de la igualdad, se encuentra en el artículo 13 superior, en concordancia a la protección reforzada de la mujer embarazada artículo 53 y la mujer cabeza de familia artículo 43 superior.

¹⁹³ Corte Constitucional Sentencias T-793 de 2010 y T-206 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio)

mentales como el de la vida digna, la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, información, salud y educación.¹⁹⁴

Por tanto, no se puede pasar por alto el marco normativo y jurisprudencial señalado por la misma Corte Constitucional, que compilado incluso en la T-145/17,¹⁹⁵ da luces de la prevalencia que tiene la protección de las mujeres sobre el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, en aras de evitar la violencia contra la mujer que estos pueden generar, sustentándose en los siguientes términos:

- a) La violencia contra la mujer tiene especial relevancia jurídica pues suele estar vinculada con causas sociales, culturales, económicas religiosas, étnicas, históricas y políticas, y en consecuencia le corresponde al Estado y a la familia procurar mecanismos destinados a evitar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer. Por su naturaleza, estructura y funciones tendrán los órganos estatales que asumir la mayor responsabilidad.¹⁹⁶
- b) En la Constitución se exige reconocer en las mujeres igual dignidad, la misma que en mucho tiempo sólo se le reconoció a los hombres y que en su articulado se discurren: primero, en requerir que las mujeres sean tratadas con el mismo respeto y consideración al ser reconocidas como personas y ciudadanas titulares de derechos, cuya garantía esta amparada en forma reforzada por los ordenamientos jurídicos tanto en el interno como en el internacional (art. 1º); segundo, prohíbe la discriminación contra la mujer y todo tipo de violencia como forma de discriminación (art. 2º, 11 y 12); tercero, prevé una garantía para la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública (Art. 40); cuarto, establece una protección especial a la familia, proscribire y sanciona cualquier forma de violencia en su interior (art. 42); quinto, eleva a rango constitucional la igualdad de derechos y oportunidades entre hombre y mujeres (art. 43); y sexto, señala una protección especial a la mujeres en el ámbito de la maternidad y en el trabajo (art. 53).¹⁹⁷
- c) El Estado Colombiano ha ratificado tratados internacionales con el fin de identificar, abordar y prevenir los hechos violentos, las causas de discriminación, los vínculos con otras formas de opresión social, cultural, económica y política; promulgado las respectivas normas que garanticen la atención integral de la mujer que los ha sufrido y propendan por la erradicación de la discriminación y la violencia contra la mujer.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Corte Constitucional Sentencia T-627 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto)

¹⁹⁵ Corte Constitucional Sentencia T-145 de 2017 (MP María Victoria Calle Correa)

¹⁹⁶ Corte Constitucional Sentencia C-776 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio)

¹⁹⁷ Corte Constitucional Sentencia C-804 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto)

¹⁹⁸ Corte Constitucional Sentencia T-818 de 2014 (MP Jorge Iván Palacio Palacio)

- d) De ese marco internacional los principales instrumentos que contienen disposiciones relativas a la protección de los derechos de la mujer son los proferidos por: (i) la Organización de las Naciones Unidas ONU (Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (1967), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW (1981), Declaración sobre la eliminación de la violencia en contra de la mujer (1993) y Cuarta Conferencia mundial sobre la mujer de Beijing (1995)), que: resalta la presencia de situaciones graves de discriminación en diversos ámbitos como la educación, salud, trabajo, economía y sociedad; insta a la comunidad internacional que sea una prioridad el que las mujeres tuvieran plena participación igualitaria en la vida civil, social, política, económica y cultural a nivel regional, nacional e internacional, eliminando cualquier forma de discriminación originada a partir del sexo; además se crea el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, encargado de hacer recomendaciones y sugerencias generales de acuerdo con el examen de los informes y datos que provean los Estados partes referentes a la protección de los derechos de las mujeres; (ii) la Organización de Estados Americanos OEA (Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, «Convención de Belém do Pará» (1995)), que: constituye uno de los instrumentos internacionales más importantes en esta materia, pues es una norma que recoge las principales obligaciones que los Estados miembros de la ONU deben cumplir, evitando la reproducción de distintos tipos de discriminación en contra de la mujer y es a partir de ahí, que organizaciones y tribunales internacionales han establecido los estándares de protección de las mujeres en el ámbito público y privado;¹⁹⁹ (iii) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH (en la sistematización de estándares normativos de 2015) se destaca entre otras: la obligación de los Estados de implementar acciones para erradicar la discriminación contra las mujeres y los patrones estereotipados de comportamiento que promueven su tratamiento inferior en sus sociedades; el deber de los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales de analizar mediante un escrutinio estricto todas las leyes, normas, prácticas y políticas públicas que establecen diferencias de trato basadas en el sexo, o que puedan tener un impacto discriminatorio en las mujeres en su aplicación; el deber de los Estados de considerar en sus políticas adoptadas para avanzar en la igualdad de género el particular riesgo a violaciones de derechos humanos que pueden enfrentar las mujeres por factores combinados con su sexo, como su edad, raza, etnia y posición económica, entre otros.²⁰⁰

¹⁹⁹ Corte Constitucional Sentencia T-012 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva)

²⁰⁰ Se puede consultar en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EstandaresJuridicos.pdf>

- e) El Estado Colombiano además de los mecanismos legales y jurisprudenciales para prevenir y sancionar la discriminación y la violencia contra la mujer, cuenta con el Observatorio de asuntos de género con carácter permanente, a cargo de la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer CPEM, encargada de hacer seguimiento desde la perspectiva de género al cumplimiento de normas nacionales e internacionales vigentes relacionadas con la equidad de la mujer y la equidad de género, y las políticas públicas, planes y programas para conocer el impacto diferenciado que tienen sobre hombres y mujeres, con el objeto de hacer recomendaciones que contribuyan a eliminar las discriminaciones y a superar las inequidades de género que aún se presentan en el país (Art. 1 de la Ley 1009 de 2006).

Así las cosas, es más que evidente la necesidad de armonizar el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, con respecto a la garantía de los derechos de la mujer, que al ostentar la calidad de sujeto de derechos merece de toda protección constitucional a fin de evitar cualquier forma de violencia de género que pueda conllevar la implementación de técnicas de reproducción humana asistida.

Por tanto, se hace conveniente referenciar que en temas de salud reproductiva se deben proporcionar técnicas de asistencia reproductiva de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas, que guarden estrecha relación no solamente con el goce efectivo de los beneficios del progreso científico para que el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia permitan a las personas acceder a los mejores servicios de salud, sino que además, no contravengan derechos constitucionalmente reconocidos.²⁰¹

Debido a lo anterior, es válido afirmar que la mujer en su doble condición, resulta ser sustancialmente más vulnerable a la segregación social, sexual, económica y laboral, que implica el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva, incluso, propensa a la afectación de sus derechos fundamentales a pesar de tener la calidad de sujeto de especial protección constitucional.

Por ello la tarea de armonizar estos derechos, comporta las siguientes consideraciones fundamentales:

En virtud del principio de solidaridad, tanto el Estado, la sociedad en general y la familia, deben velar por el cuidado de la salud de la mujer y unir esfuerzos para que puedan disfrutar su vida en condiciones de dignidad.

²⁰¹ Es de recordar el caso estudiado por la CIDH de Artavia Murillo y otros («fecundación *in vitro*») vs. Costa Rica, en la que por sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil doce (2012) se remitió a lo establecido por el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994 que incentiva las técnicas de reproducción humana asistida desde la ética y conservación de los derechos fundamentales de la mujer.

Igualmente, a la luz del principio de igualdad, según el cual «el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta» (art. 13 Superior), se debe implementar políticas y programas para hacer más llevadero su malestar, aunque no sea posible lograr una solución definitiva.

Es necesario resguardar de manera reforzada sus garantías constitucionales a la igualdad, la intimidad, la salud, la estabilidad laboral reforzada y la seguridad social; para lo cual la acción de tutela resulta procedente a fin de evitar que la ausencia de medios económicos le impida tratar la enfermedad y aminorar el sufrimiento que deriva de la discriminación, para reclamar el pago de pensiones de invalidez o sobrevivencia y ordenar al empleador velar por el acondicionamiento del lugar de trabajo, otorgar los permisos para asistir a controles médicos, adoptar las medidas de apoyo pertinentes y crear un ambiente digno.

2.3.2.- *El hijo*

Dentro de ese término jurídico «sujetos de especial protección constitucional» se hace necesario vincular dentro del mismo, al hijo que desea procrear aquella persona que no le es posible concebir naturalmente, siendo necesario indicar el momento en que es titular de derechos y ostentar por ende dicha calidad.

En Colombia la existencia legal de las personas se da a partir del hecho jurídico del nacimiento (art. 90 del Código Civil) y que las hace titular de derechos, por ejemplo, el derecho fundamental a la vida; pero, además, por deber Estatal, el que esta por nacer o *nasciturus* recibe una protección constitucional a la vida sin ser titular de derechos:

«la Corte en esta ocasión resalta nuevamente que de acuerdo con los parámetros del bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia constitucional, la protección del valor de la vida no impone el reconocimiento de la vida prenatal, como titular de los derechos de las personas desde la concepción. Ni implica un desconocimiento del deber de protección de la vida en potencia, a pesar de lo cual, tal garantía envuelve un carácter gradual e incremental. Las disposiciones del derecho civil han capturado dicha diferencia al establecer que la existencia legal de la persona se da con el nacimiento, lo cual la habilita como sujeto efectivo de derechos y por lo tanto del derecho fundamental a la vida. Lo anterior no significa que no se proteja al que está por nacer, no obstante, su protección es diferente, pues parte del interés del Estado en proteger la vida como un valor. Así, la determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento se encuentra acorde con los deberes de protección del valor de la vida, pues tiene en cuenta el deber de garantía de los derechos fundamentales de las mujeres. Dicha relación está sujeta a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. En otras palabras, la determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento no viola el deber de protección de la vida desde la concepción,

en los términos textuales del artículo 4.1. de la Convención Americana, ya que la vida como valor es un bien constitucionalmente relevante, pero no tiene un carácter absoluto, sino que tiene una protección gradual e incremental según su desarrollo. En consecuencia, la expresión acusada protege, además de la vida, otros derechos en juego, como los derechos reproductivos de las mujeres, que han sido reconocidos y garantizados de forma reiterada por esta Corporación. Por lo tanto, una lectura sistemática del bloque de constitucionalidad establece que la determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento no viola el artículo 93 de la Constitución y 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.»²⁰²

Por tanto, vincular al hijo que se desea procrear como sujeto de derechos comprende a la vez una doble condición que depende de la calidad que ostente, ya sea como persona o como *nasciturus*:

«En la sentencia C-355 de 2006 esta Corte determinó que «el derecho a la vida sólo se reconoce desde el nacimiento». En esta sentencia la Corte (i) distinguió claramente entre «la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental» y (ii) explicó que «el derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición». En este orden de ideas, no existe en Colombia un derecho a la vida del *nasciturus*, del no nacido o del niño por nacer, aunque son objeto de protección constitucional en virtud del bien de la vida.»²⁰³

Es así, que el hijo que se desea procrear una vez nace, tiene la calidad de persona y como titular de derechos goza también del interés superior que lo cobija, el cual se protegerá en caso de disputa entre las personas adultas que convinieron su existencia, así lo señaló la Corte:

«(...) 3. Los menores de edad son sujetos de especial protección y sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás (...) la protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos, reconocidos de forma expresa por el artículo 44 constitucional, representan verdaderos valores y principios que no sólo están llamados a irradiar la expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores, sino también a orientar la promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro

²⁰² Corte Constitucional Sentencia C-327 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) en la que se demanda la expresión «principia al nacer» del art. 90 del Código Civil con respecto a la existencia legal de las personas que se da con el nacimiento.

²⁰³ Corte Constitucional Sentencia T-627/12 (MP Humberto Antonio Sierra Porto)

de su bienestar físico, moral, intelectual y espiritual (C-019/93); entendiendo dicho bienestar como una de las causas finales de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico (T-029/94). (...) en la medida en que los derechos de los menores tienen el carácter de fundamentales y prevalentes, la obligación de asistencia y protección necesariamente adquiere esa connotación, por lo que resulta constitucionalmente inadmisibles que se antepongan otros cometidos para dilatar la eficacia del Estado y la sociedad en el objetivo de asegurar el bienestar de los menores, toda vez que, por mandato de la Carta, «el deber hacia éstos prevalecer sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica» (Ibídem). Este tratamiento preferencial del menor como interés jurídico relevante, que implica adoptar «una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucran» (C-1064/00), encuentra un claro respaldo y reconocimiento en el derecho internacional contemporáneo a través del llamado principio del interés superior del menor, consagrado por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño, y posteriormente reproducido en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Igualmente, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 9 ha consagrado la prevalencia de los derechos de los menores, al disponer que: (i) «en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona»; y (ii) «en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.»²⁰⁴

El interés superior de la niñez, ha insistido la jurisprudencia constitucional, debe orientar las políticas públicas, así como las prácticas administrativas y judiciales tendientes a su protección. En virtud de ello, la preservación de los derechos constitucionales fundamentales de la niñez, «no depende de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan un deber de los poderes públicos de concurrir a su entera satisfacción», es justo en esos términos, que se configura la obligación de asistir

²⁰⁴ Corte Constitucional Sentencia T- 968 de 2009 (MP María victoria Calle Corea) caso de tutela en el que se disputaba el permiso de salida del país de menores concebidos por maternidad subrogada que se practicó de manera informal a través de un alquiler de vientre.

y de proteger a la niñez en su desarrollo armónico e integral por parte de la familia, de la sociedad y del Estado.²⁰⁵

A partir de la prevalencia de los derechos de la infancia y adolescencia se reconoce como interés superior del menor «el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, los cuales son universales, prevalentes e interdependientes» (Art. 8 Ley 1098 de 2006), que la Corte Constitucional ha caracterizado en tanto un asunto real, esto es:

«(i) se relaciona con las particulares necesidades del (infante) y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (ii) se enlaza con la independencia de los infantes respecto del «criterio arbitrario» de las demás personas y se vincula, por consiguiente, con una protección que no depende, ni puede depender, de la «voluntad o capricho de los padres», pues busca garantizar la vigencia de «intereses jurídicamente autónomos»; (iii) es, adicionalmente, un concepto relacional, toda vez que «la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser cuidado por la protección de los derechos del (infante); (iv) comprende asegurar un interés jurídico supremo, es decir, «el desarrollo integral y sano de la personalidad del (infante).»²⁰⁶

Todo lo anterior es un buen indicativo para considerar que el hijo concebido por maternidad subrogada, es el menos desprotegido por el Estado y en caso de una eventual amenaza, inobservancia o vulneración de sus derechos, cuenta con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos que se encuentra regulado y definido por el Código de Infancia y Adolescencia; puesto que, el interés superior, del que goza, hace que tanto la sociedad, la familia y el Estado estén obligados a la garantía de los mismos.

Sin embargo la ausencia normativa de la maternidad subrogada deja dolientes y son quienes aclaman su pronta regulación, pues tanto niños como mujeres, se ven envueltos en distintos niveles de desprotección, tal como derechos en situación de amenaza o de inminente peligro o de riesgo para su ejercicio; derechos inobservados a causa del incumplimiento, omisión o negación de acceso a un servicio, o de los deberes y responsabilidades ineludibles de quienes son responsables de garantizar su pleno ejercicio; y derechos vulnerados por toda situación de daño, perjuicio o lesión.²⁰⁷

²⁰⁵ Corte Constitucional Sentencias T-402 de 1992 y SU-043 de 1995; T-598 de 1993; T-408 de 1995

²⁰⁶ Corte Constitucional. Sentencias C-796 de 2004; C-273 de 2003 y la T-408 de 1995.

²⁰⁷ Documento base para la discusión de lineamiento técnico para la protección integral del ejercicio de los derechos de las niñas y los niños desde la primera infancia – Comisión Intersectorial para la Primera Infancia – De cero a siempre. Documento disponible en línea <http://www.deceroasiempre.gov.co/QuienesSomos/Documents/3.Para-Proteccion-Integral-del-ejercicio-de-los-derechos-de-las-ninas-y-los-ninos-desde-PI.pdf>

3.- Marco normativo desde las instituciones jurídico familiares, laborales y penales

Este marco jurídico pretende identificar elementos básicos de las distintas instituciones jurídico familiares, laborales y penales del sistema legal colombiano, para que valgan de fundamento y respaldo en la propuesta de regulación de la maternidad subrogada que se presentará en el próximo capítulo.

El punto de partida, es desde la familia que, como institución social básica recibe protección constitucional y su desarrollo legal conlleva a definir la conexidad que existe entre las principales instituciones jurídico penales y laborales; es así que se vislumbran los fundamentos legales que consolidarían la aplicabilidad y eficacia de los derechos fundamentales en la práctica de la maternidad subrogada.²⁰⁸

3.1.- Desde el Derecho de familia

El Estado protege a la familia como institución básica de la sociedad y en el Derecho de familia se salvaguarda de un interés superior frente al interés de los particulares, dicho interés debe perpetuar en cualquier normatividad que tenga que ver directa o indirectamente con la regulación de los diversos asuntos que componen las relaciones jurídico familiares.

Desde esta legalidad se encausa el horizonte de cómo se pretende regular la práctica de la maternidad subrogada y que a través de la analogía de instituciones jurídico familiares tales como la filiación por adopción, se propone solucionar el déficit de protección que presenta la ausencia de su regulación.

3.1.1.- *La voluntad como fuente de la Filiación*

La existencia legal de toda persona principia al nacer y termina con la muerte, así lo contemplan el Código Civil Colombiano:

El Art. 90 define el principio de la existencia de las personas como una capacidad legal «La existencia de toda persona principia la nacer, esto es, al separarse

²⁰⁸ Es de recordar que el artículo 6º de la Ley 1257 de 2008 consagra principios para la interpretación y aplicación de la Ley a favor de los derechos de las mujeres que estén en consonancia con la obligación que tiene el Estado: 1. Igualdad real y efectiva. Corresponde al Estado diseñar, implementar y evaluar políticas públicas para lograr el acceso de las mujeres a los servicios y el cumplimiento real de sus derechos. 2. Derechos humanos. Los derechos de las mujeres son Derechos Humanos. 3. Principio de Corresponsabilidad. La sociedad y la Familia son responsables de respetar los derechos de las mujeres y de contribuir a la eliminación de la violencia contra ellas. El Estado es responsable de prevenir, investigar y sancionar toda forma de violencia contra las mujeres. 4. Integralidad. La atención a las mujeres víctimas de violencia comprenderá información, prevención, orientación, protección, sanción, reparación y estabilización. 5. Autonomía El Estado reconoce y protege la independencia de las mujeres para tomar sus propias decisiones sin interferencias indebidas. 6. Coordinación. Todas las entidades que tengan dentro de sus funciones la atención a las mujeres víctimas de violencia deberán ejercer acciones coordinadas y articuladas con el fin de brindarles una atención integral. 7. No Discriminación. Todas las mujeres con independencia de sus circunstancias personales, sociales o económicas tales como edad, etnia. Orientación sexual, procedencia rural o urbana, religión entre otras, tendrán garantizados los derechos establecidos en esta ley a través una previsión de estándares mínimos en todo el territorio nacional. 8. Atención Diferenciada. El Estado garantizará la atención a las necesidades y circunstancias específicas de colectivos de mujeres especialmente vulnerables o en riesgo, de tal manera que se asegure su acceso efectivo a los derechos consagrados en la presente ley.

completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás»; en el Art. 91 se protege al *nasciturus* «La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que del algún modo peligrará»; y en el art. 94 indica que el fin de las personas o su existencia termina con la muerte.

El nacimiento determina la filiación de la persona con sus representantes legales o sus padres, la ley la clasifica de la misma manera que lo hace con los hijos: en matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, a quienes se les otorga igualdad de derechos entre ellos y cobija a los concebidos con asistencia científica.²⁰⁹

La filiación como atadura jurídica, limita la autonomía de las personas con respecto a las relaciones jurídico familiares que tienen entre sí, es decir, se entiende que la autonomía de la mujer que pretenda subrogar la maternidad es limitada y eso obedece a los fines propuestos del Derecho en reconocer que la filiación como atributo de la personalidad jurídica, compromete los derechos fundamentales que se encuentren en cabeza del menor al estar indisolublemente ligada a su estado civil.²¹⁰

La filiación es un elemento que constituye el derecho a la identidad y como uno de los atributos de la personalidad jurídica reconocido como un derecho fundamental, se deriva no sólo derechos personales y patrimoniales, sino también obligaciones entre padres e hijos en los que además del derecho a llevar los apellidos de los padres, es el de tener certeza sobre su filiación tanto paterna como materna con el fin de reclamar su condición de hijo y hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los progenitores.²¹¹

Esto quiere decir, que la elección que tome una mujer en subrogar la maternidad producto de la fecundación asistida por quien o quienes han optado ser padres a través de ese medio, se encuentre atada al derecho que tiene el menor a su identidad, pues es atributo de la personalidad y compromete su filiación.

Para acreditar por tanto la filiación o el parentesco entre los progenitores con respecto a su hijo, se requiere que el hecho jurídico del nacimiento se someta a registro, de ahí que, por el registro civil de nacimiento se acreditará la real relación filial entre padres e hijos, independientemente que la mujer que gestó y parió comparta o

²⁰⁹ Ley 29/82 art. 1, en concordancia con los art. 42 inc. 6º de la Constitución Política, 52 y 213 del Código Civil y art. 48 de la Ley 1098/2006 Código de Infancia y Adolescencia.

²¹⁰ Corte Constitucional Sentencia T-109 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero)

²¹¹ Instituto Colombiano de bienestar Familiar, Concepto 71 de junio 15 de 2017. También que el derecho a la identidad y personalidad jurídica reconocido como derecho fundamental se encuentra desarrollado legalmente en el art. 25 de la Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia

no el ADN o material genético, además que, no puede decir que no sea madre ya que jurídicamente existe la relación materna que se acredita con el parto.²¹²

En el momento de quienes han decidido procrear a través de asistencia científica, acreditaran su respectiva paternidad o maternidad con el registro civil de nacimiento, para lo cual se requiere como requisito *sine qua non*, que la mujer que gestó y parió subrogue la calidad de madre obtenida por el hecho jurídico del nacimiento.

Esto se sustenta en la voluntad o consentimiento como fuente de una relación filial jurídica, puesto que la relación biológica a pesar de ser la principal fuente de la filiación no es la única, ya que en la filiación jurídica se integran elementos afectivos, volitivos, sociales y formales, en los que se destacan importantes roles y funciones que trascienden de la relación filial biológica desvalorizada, al prevalecer los valores de paz familiar, seguridad jurídica, afecto filial y el rol o funcionabilidad de la relación paterno filial basados en la voluntad unilateral o consentimiento de aquel padre para constituir familia.²¹³

El radio de acción de ese consentimiento o voluntad, va más allá de concebir, blinda al hijo concebido mediante inseminación artificial de futuras acciones como la de la impugnación a la paternidad la cual sólo procede cuando es demostrable la ausencia o vicio del consentimiento en el momento de autorizar el procedimiento de reproducción asistida:

«Por ello, la impugnación de la filiación no es ni puede ser idéntica en todos los casos, porque si se trata de una filiación por inseminación artificial será absolutamente irrelevante que el padre impugnante intente demostrar la ausencia del vínculo consanguíneo, toda vez que es evidente que el hijo producto de la inseminación heteróloga no es su descendiente biológico; por lo que el padre sólo podrá atacar la presunción *pater ist est* mediante la demostración de la ausencia de su consentimiento para realizar el proceso de procreación artificial.»²¹⁴

3.1.2.- La irrevocabilidad de la Filiación surgida por un acuerdo de voluntades

La irrevocabilidad que fundamenta y respalda a las relaciones filiales derivadas por un acuerdo de voluntades, como es el caso de la adopción, resulta ser totalmente

²¹² Es de recordar que el art. 2.2.1.11.7.22 del Decreto Único Reglamentario 1067 de 2015 del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores, establece que el menor de edad nacido en territorio colombiano de padres extranjeros que no cumpla con los requisitos para el reconocimiento de la nacionalidad colombiana establecidos en el artículo 96 de la Constitución Política de Colombia (modificado por el art. 1 del Acto Legislativo 1 de 2002, literal a) «son nacionales colombianos por nacimiento, quienes siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento», deberá ser presentado ante la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia en un término no superior a 180 días calendario contados a partir del momento del nacimiento para que le sea expedido el salvoconducto según corresponda.

²¹³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia. Sala Civil 12907-2017/2011-00216, ago. 25/2017, (M.P. Álvaro Fernando García Restrepo) La relación biológica no es la única fuente de filiación.

²¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia. Sala Civil 6359-2017, mayo 10/2017, (M.P. Ariel Salazar Ramírez)

adecuada como un fundamento válido para tener en cuenta en la regulación de la maternidad subrogada, en la misma medida que permitiría obtener certeza y seguridad jurídica en materia de filiación.

La relación jurídica de la familia adoptiva surge por el acuerdo de voluntades que se sustenta bajo la medida de protección y restablecimiento de derechos a favor de los menores de edad, a través de la cual, se establece de manera irrevocable la relación paterno y/o materno filial entre personas que no la tienen por naturaleza.²¹⁵

La irrevocabilidad como elemento normativo advierte a las partes interesadas sobre la importancia de la decisión a tomar para que sea segura, estable y seria:

- Pretende proteger tanto a los padres biológicos como a los adoptantes de futuras separaciones alegando un mejor derecho.
- Tiene su fundamento en el plexo de los derechos fundamentales que le asisten a los menores en especial a tener una familia y ser protegido contra toda forma de abandono.
- Una vez en firme la sentencia judicial que decreta la filiación adoptiva, surgen obligaciones jurídicas tanto para los padres adoptantes como para el hijo adoptivo como sucede con todas la relaciones jurídico filiales.²¹⁶

3.1.3.- De la idoneidad en el consentimiento informado

Asimilar la maternidad subrogada a la filiación adoptiva, supone destacar el elemento fundamente de este tipo de relaciones jurídicas: el consentimiento, que, como manifestación libre, voluntaria e informada, debe estar exento de vicios, otorgarse previa información y asesoría suficiente sobre sus consecuencias y ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente.²¹⁷

Lo anterior implica una serie de características que a la luz de la norma y la jurisprudencia constitucional confluyen en la esencia misma del consentimiento, esto es:

- La idoneidad constitucional que consiste en tener la aptitud para otorgarlo, se obtiene un mes después del día del parto, pudiéndose revocar dentro del mes siguiente a su otorgamiento.
- La validez civil impide que el consentimiento se otorgue para la adopción del hijo que esta por nacer y también en relación con adoptantes determinados salvo en parientes que tengan entre si hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.
- Todo esto conlleva a que la persona que va a dar en adopción deba estar amplia y debidamente informada; lo que implica que:

²¹⁵ Art. 61 de la Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia.

²¹⁶ Concepto 112 del 19 de septiembre de 2017 del I.C.B.F

²¹⁷ Art. 66 de la Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia. Sentencia de constitucionalidad C-403 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez)

- o la información sea relevante y pertinente para lograr una cabal comprensión de la institución del consentimiento para dar en adopción.
 - o Será relevante y pertinente en la medida que se informe acerca de las consecuencias jurídicas de dicho consentimiento, así como el plazo de revocarlo y el vencimiento del mismo.
 - o Informar sobre las alternativas a la adopción y el apoyo, cuando la razón de dar en adopción obedece a motivos económicos y la falta de recursos para su manutención.
- La amplitud de la justificación comprende las consecuencias prácticas de las decisiones y etapas principales del proceso, comunicadas en un lenguaje comprensible o complementario al técnico con el fin de que se comprenda su significado y las implicaciones concretas y precisas de la decisión, junto con toda aquella información que se requiera en los casos concretos y resolver todas las preguntas que se formulen.
 - La información es de carácter cualitativo, lo que quiere decir que no es la cantidad de información la que se debe dar sino la forma y manera en la que debe proveerse. Los funcionarios deberán tomarse el tiempo y trabajo necesario para ilustrar sobre los efectos que trae esa decisión y la madre logre dimensionar los alcances del mismo. Para ello es indispensable emplear un vocabulario y terminología reconocida por quien este siendo informado para luego establecer si efectivamente fue asimilada y comprendida en tal grado que sirva para fundar su decisión en dar el consentimiento.
 - Otorgar un tiempo de reflexión es requerido para que en mayor calma y tranquilidad analice y repase la información, la medite, sopesa y concrete dudas, para que después de ese tiempo pueda saber si en realidad asumirá las consecuencias de la decisión.²¹⁸

El consentimiento informado garantiza no sólo la eficacia del acto jurídico como acuerdo de voluntades tendientes a determinar la relación filial, sino que además asegura el goce efectivo de los derechos sean o no derechos fundamentales, de las personas que son parte del mismo y evita que se presente situaciones de explotación y abuso.²¹⁹

3.2.- Disposiciones Laborales en asuntos de procreación

Con respecto a las instituciones jurídico laborales se reconoce la protección reforzada a la maternidad como estabilidad laboral acompañada del goce y beneficio de todos sus derechos y que, para el caso concreto, son relevantes la licencia de la maternidad, la lactancia materna y la seguridad social.

²¹⁸ Corte Constitucional Sentencia T-510 de 03 (MP Manuel José Cepeda Espinosa)

²¹⁹ Así lo considero la Corte Constitucional al proteger los derechos de la mujer que grabó video para adultos frente a los eventuales abusos de la industria pornográfica. T-407ª de 2018 (MP Diana Fajardo Rivera)

3.2.1.- *Licencia de maternidad*

Desde esta esfera de los derechos laborales, la práctica de la maternidad subrogada resulta plausible y con una mayor probabilidad de obtener a favor de las partes involucradas el reconocimiento de ciertas acreencias como lo es la licencia de maternidad, si se llegasen a cumplir los requisitos que la ley exige como tal.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el reconocimiento de la licencia de maternidad no puede supeditarse únicamente a la existencia de una madre y cualquier condicionamiento sería considerado como discriminatorio, teniendo en cuenta que se conecta de forma estrecha con los derechos fundamentales del menor; precisa en que:

«aunque existen procedimientos que carecen de regulación específica, como sería el caso de la (subrogación de útero), no se pueden desconocer los derechos del que está por nacer y el propósito legal y constitucional de la prestación económica solicitada; por lo que, verificado el cumplimiento de los requisitos pertinentes, habría lugar al reconocimiento.»

Esta interpretación alcanzada por la Corte se fundamenta en los parámetros de interpretación constitucional para la administración, que ella misma ha establecido:

«(i) la Constitución es la norma de normas, (ii) su interpretación definitiva corresponde a la Corte Constitucional, de conformidad con el art. 241 Superior, (iii) que por tanto al ser la guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, la interpretación que haga de ella es vinculante para todos los operadores jurídicos, administrativos o judiciales; y (iv) que el nivel de vinculatoriedad del precedente judicial es absoluto en el caso de las autoridades administrativas, quienes no gozan de la autonomía que le corresponde a los jueces».²²⁰

Por tanto, la obligación que tiene la administración de realizar una interpretación constitucional de las normas aplicables a una situación particular, garantiza la materialización de los derechos fundamentales y la Ley, conforme al precedente judicial constitucional fijado por la Corte, el cual resulta vinculante en pro de garantizar los derechos de los menores. (Fernandez 2017)

De lo anterior es relevante destacar que la normatividad y jurisprudencia aplicable para el reconocimiento de licencias de maternidad en prevalencia de los derechos del menor, se sustenta:

- Por una parte, en la ley que establece la licencia de maternidad, como prestación económica, emana de las normas laborales;²²¹

²²⁰ Corte Constitucional Sentencia C-539 de 2011, (MP Luís Ernesto Vargas Silva)

²²¹ Art. 236 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el Art. 1 de la Ley 1468 de 2011 y Art. 1 de la Ley 1822 de 2017: «Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido: 1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho

- y que el régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud SGSSS, reconoce y paga a cada una de las entidades promotoras de salud EPS en que se encuentre el afiliado.²²²

La Corte ha señalado que la licencia de maternidad tiene como propósitos principales asegurar a la mujer trabajadora una protección integral antes y después del parto, garantizar a la niñez protección integral; en consecuencia, del cumplimiento de un conjunto de objetivos que trae la Carta Política, tales como:

- el logro efectivo de la igualdad entre los géneros (art. 43); la protección de la vida (art. 2, 11 y 44);
- el amparo de la familia como institución básica de la sociedad (art. 5 y 42);
- la garantía de los derechos de la madre en cuanto una manera eficaz para garantizar también la protección de los derechos de las niñas y de los niños, derechos éstos, que por orden del art. 44 superior deben ampararse de modo prevalente.
- La protección se extiende en lo pertinente a los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente.
- El amparo que de allí se deriva es, por consiguiente, doble e integral: doble por cuanto se despliega respecto de la madre, padre y los hijos o hijas; integral toda vez que abarca un conjunto de prestaciones encaminadas a garantizar a los padres y su descendencia disponer de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de calidad y de dignidad.
- Todo esto en desarrollo de los principios del Estado Social de Derecho (art.1) como derivación específica de la obligación de tomar medidas encaminadas a favorecer

a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomara en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleado un certificado médico, en el cual debe constar: a) el estado de embarazo de la trabajadora; la indicación del día probable del parto, y c) la indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto. (...) 4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso del fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre».

²²² Art. 2.1.13.1 *Licencia de Maternidad*. Decreto 780 de 2016 por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social «Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación. Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación»

grupos discriminados y marginados (art.13) y en consecuencia de la aplicación del art. 43 debe garantizarse la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, así como ha de proscribirse cualquier trato discriminatorio edificado sobre la base del género.²²³

La licencia de maternidad como institución jurídico laboral, constituye un medio eficaz de proteger los derechos fundamentales de las mujeres y de la niñez; es, además, un derecho constitucional que se conecta de modo estrecho con otros derechos constitucionales fundamentales como la dignidad, la seguridad social, el mínimo vital y la salud, tanto de la madre como de los hijos o hijas.²²⁴

A partir de los lineamientos protectores consignados en las normas constitucionales (art. 42, 43, 44 y 45) se construye un hilo conductor que debe servir de pauta para la interpretación del resto de las normas contempladas en la Constitución Política y en el ordenamiento jurídico; para que, tanto las políticas públicas como las prácticas administrativas y judiciales deban estar orientadas en el interés superior de la niñez, de tal modo, que toda medida que resulte factible implementar, ha de preferirse la que sea más apta para garantizar el máximo de satisfacción de sus derechos.²²⁵

Por tanto, la finalidad de la licencia de maternidad va más allá de proteger a la mujer en estado de embarazo, esta se encuentra directamente relacionada con la protección integral de la niñez y por ende su reconocimiento se ha dado para favorecer no sólo a las madres biológicas sino además a las madres adoptantes de esos niños, con miras a extenderse a las madres subrogantes.²²⁶

Esta situación introdujo nuevas modificaciones y también incluyó como beneficiarios de la protección derivada de la licencia de maternidad, a los padres trabajadores biológicos y adoptantes sin cónyuge o compañera permanente:

²²³ Consideraciones reiterativas en las sentencias C-273/03; C-174/09; T-1167/08; T-127/09

²²⁴ Concepto retomado en varias sentencias tales como T-1078/03; T-1208/08; T-127/09

²²⁵ La Constitución debe reconocer a favor de un Estado Social y los derechos fundamentales, un ordenamiento global basado en la libertad, en el que el principio de la ponderación es el parámetro para la determinación de los límites admisibles a los derechos fundamentales los cuales no están los unos respecto de los otros en una relación como de *supra* o subordinación sino más bien, están coordinados los uno con los otros. La libertad de los derechos fundamentales debe poseer carácter social debiéndose actualizar en la vida diaria del ciudadano y cuando se priva de su ejercicio, se afecta en un conjunto la sociedad. (Häberle 2003)

²²⁶ Corte Constitucional Sentencia C-543 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo): «Ha subrayado la jurisprudencia constitucional que todas las distinciones trazadas por la legislación respecto de la niñez apuntan y deben dirigirse siempre a ampliar la protección «de acuerdo con la esfera volitiva e intelectual del niño, niña o adolescente». Esta línea de pensamiento ha sido sostenida por la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos. Al respecto, ha hecho hincapié la Corporación en la situación de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta en que suelen encontrarse los niños, las niñas y los adolescentes, así como ha puesto énfasis en la necesidad de otorgarles protección tanto en el ámbito familiar como en el campo social y estatal, «buscando con ello garantizarles un tratamiento preferencial y asegurarles un proceso de formación y desarrollo en condiciones óptimas y adecuadas, acorde con el papel relevante y trascendental que están llamados a cumplir en la sociedad.»

«La Constitución de 1991 contempló una amplia protección constitucional a favor de la mujer embarazada, de la madre trabajadora –antes y después del parto– así como de la niñez. Esto, como consecuencia de un conjunto de objetivos sentados de manera expresa en la misma Carta Política, entre los cuales, ocupan lugar preeminente: (i) el logro efectivo de la igualdad entre los géneros (artículo 43 C.P.); (ii) la protección de la vida (artículos 2º, 11, 44); (iii) el amparo de la familia como institución básica de la sociedad (artículos 5º y 42 C. P.); (iv) la garantía de los derechos de la madre en cuanto una manera eficaz para garantizar también la protección de los derechos de las niñas y de los niños, derechos éstos, que por orden del artículo 44 superior deben ampararse de modo prevalente. En esta misma línea de pensamiento, sobresale el mandato contemplado en el artículo 43 superior que ordena al Estado conferir a la mujer durante el embarazo y después del parto, especial asistencia y protección, así como manda otorgarle subsidio alimentario en el caso en que ella se encuentre desempleada o desamparada.»²²⁷

3.2.2.- *Lactancia Materna*

El derecho a la lactancia materna ostenta un carácter fundamental al ser su titular el recién nacido, pero también involucra a la madre que se lo provee, puesto que, por su estado de indefensión, es quien requiere de una sana y necesaria alimentación en

²²⁷ La Ley 755 de 2002 reformó el párrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo y reconoce también la licencia de paternidad como institución con entidad propia. La corte para determinar los sujetos titulares en materia de licencia de maternidad sostiene que: «Puede afirmarse que los puntos de equiparación –tertium comparationis– con fundamento en los cuales se asimilan las personas trabajadoras que adoptan niños o niñas menores de siete años a las personas trabajadoras que adoptan niños y niñas mayores de siete años, son varios: (i) ser trabajadoras; (ii) estar en proceso de ser madres o padres; (iii) haber optado por la adopción. Estos tres puntos de equiparación, permitirían conferirles a las madres adoptantes –con independencia de la edad que tienen los hijos o hijas adoptivos–, iguales derechos y obligaciones y haría factible, en tal sentido, reconocerles en los mismos términos que a las personas que adoptan niños o niñas menores de siete años, el goce de la licencia de maternidad. De ahí que comparta la Sala el punto de vista sostenido por la Defensoría del Pueblo cuando afirma que el hecho de que una madre haya adoptado un niño de seis años y otra un niño de siete años no parece introducir una diferencia de naturaleza sustantiva en relación comparativa. Si se analiza así, no habría lugar a un tratamiento jurídico distinto entre ellas, menos aún en lo relativo a los derechos que se derivan de la situación de hecho de su maternidad por adopción». Ahora bien, si se hace una consideración adicional –también sugerida por varios de los intervinientes–, a saber, que dentro del universo de los niños, niñas y adolescentes adoptables, justamente el grupo de las y de los adolescentes se encuentra colocado en especial situación de indefensión por varios motivos relacionados con la situación de abandono, marginalidad y exclusión a que suele verse avocado dicho grupo poblacional. Las repercusiones que sobre su condición psíquica, física y emocional suele tener quien ha sido víctima de maltrato, desamor y abandono impactan, en general, a todos los niños y a todas las niñas adoptables pero se proyectan de manera más crítica respecto de las y de los adolescentes. Debe tenerse presente que –como lo recuerdan varios de los intervinientes–, los niños y niñas mayores de siete años y, en especial, los adolescentes son considerados como de «difícil adopción».» C-543 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo)

sus primeros seis meses de vida a través de los nutrientes proporcionados por la leche materna.²²⁸

En razón a esto la Procuraduría General de la Nación conceptúa favorablemente sobre las salas de lactancia materna, que tiene como propósito la promoción de la lactancia materna y evitar la excusa por parte de los padres para no ejercerla a favor de los pequeños; por ello solicitó la declaratoria de exequibilidad del parágrafo único del artículo 2º de la Ley 1823 del 2017, mediante el cual, se implementa las salas de lactancia en empresa privada con capitales iguales o superiores a 1.500 salarios mínimos o aquellas con capitales inferiores a ese monto pero con más de 50 trabajadoras.

Aunado a lo anterior, estima conveniente la medida ya que persigue dos objetivos constitucionalmente imperiosos: «garantizar el acceso de los niños en sus primeros meses de vida a la lactancia materna y no limitar ni restringir el crecimiento de las pequeñas empresas»; así se protegen otros derechos como el trabajo, la igualdad y se desestiman eventuales barreras en el acceso al mercado laboral para las mujeres. De igual manera «el derecho a la lactancia materna en el trabajo sigue existiendo, aún cuando se encuentre llamado a materializarse de formas diversas.»²²⁹

En razón a todo esto, es preciso reflexionar que, en el momento de optar por la maternidad subrogada, es importante que las partes consientan y permitan a favor del hijo, el periodo mínimo de lactancia materna, para que, la leche producida por la madre subrogada sea su alimento; además, para el desarrollo del fundamento constitucional de la protección contenida en los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución que reconocen además el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada y durante el periodo de lactancia.²³⁰

La Organización Panamericana de la Salud OPS y la Organización Mundial de la Salud OMS hacen un llamado a transformar la lactancia materna en un comportamiento normativo, derribando los obstáculos más importantes que impiden a las mujeres decidir por sí mismas si quieren amamantar y durante que tiempo:

- Amamantar en cualquier sitio o momento en el que el bebé lo requiera, vence el obstáculo social que imponen las presiones tanto explícitas como implícitas que no se debe amamantar en público, pues transmite un mensaje claro y convincente a su familia, la comunidad y la sociedad, de que la lactancia materna es natural y

²²⁸ Los derechos sociales, económicos, culturales, prestacionales a la seguridad social y a la salud adquieren la categoría de fundamentales cuando su titular son los niños por virtud de esa aludida prevalencia y protección especial. Corte Constitucional Sentencia T-223 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa)

²²⁹ La Procuraduría General de la Nación pide declarar exequible la norma acusada (Ley 1823 del 2017 Art. 2 que regula las salas de lactancia) actualmente en estudio en la Corte Constitucional, en su Comunicado 24 de octubre de 2017 (4:45p.m.), Bogotá D.C. publicado con la demanda de inconstitucionalidad que busca ampliar las salas de lactancia materna en las empresas y que no este condicionada a que tengan más de 50 empleadas.

²³⁰ Corte Constitucional Sentencia T-030 de 2018 (MP José Fernando Reyes Cuartas)

ayuda a restablecer algunos entornos y a incorporar en otros la lactancia materna como un comportamiento normativo de la mujer moderna.

- Evitar la promoción de formulas infantiles y otros sucedáneos de la leche materna con el apoyo de todos los sistemas de salud privados o públicos instaurando políticas rigurosas y contar con profesionales competentes para el apoyo, orientación y tratamiento a las madres con problemas de lactancia cuando estos surjan.²³¹

3.2.3.- Seguridad social

Según el art. 48 superior, la seguridad social es reconocida como un derecho irrenunciable que se debe garantizar a todos los habitantes del territorio nacional y un servicio público de carácter obligatorio que se presta por entidades públicas o privadas bajo la dirección, coordinación y control del Estado de conformidad a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad establecidos por la ley.

Por la fundamentalidad y cobertura de la seguridad social, la jurisprudencia la define «como el conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano.»²³²

Por tanto, el Estado debe diseñar un sistema de seguridad social integral orientado a procurar el bienestar del individuo y la comunidad mediante la protección de las contingencias que los afecten, en especial, las que menoscaban la salud, la integridad física y la capacidad económica; definir el contenido de los servicios, las instituciones encargadas de su prestación, los procedimientos bajo los cuales deben discurrir y el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento.²³³

La seguridad social se fortalece en cierta medida del reconocimiento constitucional que tiene el derecho a la salud (art. 49) que, como servicio público, su prestación, regulación y coordinación se encuentra a cargo del Estado conforme con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; como derecho, debe ser garantizado a todas las personas en los servicios de promoción, protección y recuperación de la misma; y que, por la jurisprudencia constitucional se le reconoce el carácter de derecho fundamental autónomo y susceptible de protección por vía de acción de tutela «cuando se involucra la existencia de una garantía subjetiva derivada del contenido normativo que definen el derecho a la salud y su alcance se encuentra determinado

²³¹ Publicación de la Organización panamericana de la Salud OPS y Organización Mundial de la Salud OMS sobre alimentación infantil «Lactancia Materna: un tema contemporáneo en un mundo globalizado» en la semana mundial de la lactancia materna del 1 al 7 de agosto del 2014. Disponible en www.paho.org <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2014/WBW-2014-PolicyBrief-Spa.pdf>

²³² Corte Constitucional Sentencia T-306 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

²³³ Corte Constitucional Sentencia T-176 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

en la constitución y, en el conjunto de leyes y reglamentos que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud.»²³⁴

3.3.- Disposiciones Penales en asuntos familiares

El derecho penal en Colombia tiene como fundamento el respeto de la dignidad humana, sus normas y postulados que, sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, hacen parte integral de Código Penal.

La imposición de la pena o medida de seguridad corresponderá a los principios de necesidad, el cual se entiende en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan, proporcionalidad y razonabilidad; por tanto, nadie podrá ser juzgado sino conforme a la leyes preexistentes y al acto que se le imputa; la analogía sólo se aplicara en materias permisivas; es así como lo establece en sus artículos 1, 2, 3, 5 y 6.

En Colombia no se tipifica la maternidad subrogada o alquiler de vientre, no obstante, su relación con respecto a los bienes jurídicos ya tutelados, correspondería tener en cuenta a los tipos penales que le son conexos tales como, la manipulación genética, la inseminación artificial no consentida, la violencia intrafamiliar y de género, inclusive el aborto, que podrían verse inmersos dentro de esta práctica.

Más allá de esta relación, es preciso considerar en este punto, que una posible solución a la carencia normativa de la maternidad subrogada en Colombia, es la tipificación de esta práctica cuando sea ejercida pecuniariamente, toda vez que el carácter económico dista de los fines solidarios para lo cual fue creada.

3.3.1.- La vida y la integridad personal

La vida e integridad personal son bienes jurídicos tutelados que se relacionan directamente con la práctica de la maternidad subrogada, por tanto, es menester mencionar, que a estos les contravienen los siguientes delitos:

a) De la manipulación genética, fecundación y tráfico de embriones humanos

En Colombia es permitida la manipulación de genes humanos alterando el genotipo con finalidad al tratamiento, el diagnóstico o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina; orientada a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad; para lo cual se debe contar con el consentimiento, libre e informado de la persona de la cual proceden los genes (art. 132 del C.P); así mismo se permite fecundar óvulos humanos con fines a la procreación humana, investigación científica, tratamiento o diagnóstico terapéutico (art. 134 del C.P).

En ambas disposiciones cuando se incurre ya sea a la fecundación de óvulos humanos o a la manipulación de genes humanos que alteren el genotipo con finalidad diferente a la procreación humana y con ello el tráfico de gametos, cigotos o embriones

²³⁴ Al respecto pueden consultarse las sentencias (T-162/15; T-760/08; T-662/06)

humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título, es decir, con fin contrario al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, configura una conducta delictiva debidamente penalizada y sancionada bajo prisión.²³⁵

Continuando con lo anterior es de considerar que el compromiso de limitar la práctica de la manipulación genética y fecundación de óvulos humanos con fines de procreación humana, es también el de proteger el bien jurídico tutelado de la vida e integridad personal, en relación al producto o resultado esperado «vida humana»; para lo cual, el Código Penal tipifica como conductas delictivas en contra de este, el homicidio, el aborto y el abandono de menores.

b) Del abandono de hijo fruto de inseminación artificial o transferencia de óvulo

El legislador ha establecido que el abandono de menores y personas desvalidas constituye un delito contra el derecho a la vida e integridad personal, así que el que abandone a un menor o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal de velar por ellos, incurrirá en prisión de dos a seis años, aumentándose hasta en una tercera parte si se cometiere en lugar despoblado o solitario (art. 127 del C.P.).

Es así como ocurre al responsabilizar penalmente con una pena de prisión de uno a tres años, a la madre que, dentro de los ocho días siguientes al nacimiento, abandone a su hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Sin embargo, será eximente de responsabilidad y atenuante de la pena, cuando la madre recoja voluntariamente al abandonado antes de que fuere auxiliado por otra persona, siempre que éste no hubiere sufrido lesión alguna, toda vez que la lesión o daño sufrida es una de las circunstancias de agravación punitiva, al igual que le sobreviniere la muerte.²³⁶

c) Muerte del hijo fruto de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, parto o aborto preterintencional.

Aunado a la anterior circunstancia de agravación punitiva es en razón a la responsabilidad penal que le cabe a la madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo fruto de acceso carnal violento, o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida; o que causare su aborto o permitiere que otro se los cause con o sin su consentimiento; o que si a causa de la lesión inferida a una mujer, sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nocivas tanto para ella como de la

²³⁵ Toda finalidad distinta a la descrita, genera una conducta delictiva incurriendo a la pena de uno a cinco años de prisión, en el caso de manipulación genética (art. 132) y de uno a tres años en el caso de fecundación y tráfico de embriones (art. 134), las penas previstas se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo, según los incrementos vigentes de la Ley 890 de 2004 a partir del 1 de enero de 2005.

²³⁶ Artículos del 127 al 130 del Código Penal.

criatura. Esto en concordancia a la protección constitucional e interés superior que ostenta la familia y los menores.²³⁷

3.3.2.- *La Libertad individual o autonomía personal*

Contra el bien jurídico tutelado de la libertad individual o autonomía personal, en relación con la práctica de la maternidad subrogada, se encuentran los siguientes delitos que le contravienen:

- a) Tanto, la fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar, simulando enfermedad o desamparo (art. 186), como, el maltrato mediante restricción a la libertad física (art. 230); son la base legal que permitiera indicar que, en ningún caso a la mujer que subrogue la maternidad se le deba internar o apartar de su círculo familiar o lo que compone su vida habitual.²³⁸
- b) La inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida tiene una pena de prisión de dos a seis años, aumentada en la mitad si se realizare en menor de catorce años, además que, si la conducta es realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión hasta por el mismo término (art. 187 del C.P.).
- c) En el tráfico de migrantes (art. 188), la trata de personas (art-188-A) y el tráfico de niños (art. 188-C), se castiga al que intervenga en cualquier acto o transacción en virtud del cual se venda, entregue o trafique por precio en efectivo o cualquier otra retribución, a una persona o grupo de personas, así se haya dado con el consentimiento de la víctima o el de sus padres o representantes o cuidadores, en caso de menores de edad, y que para este último caso, la responsabilidad penal será de prisión por treinta a sesenta años y multa de mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes y aumentará de una tercera parte a la mitad cuando: la víctima resulte afectada física o síquicamente, o con inmadurez mental, o trastorno mental, en forma temporal o permanente; si el responsable sea pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil del menor de edad; si el autor o participe sea un funcionario que

²³⁷ Artículos 108, 118, 122 del Código Penal, que estipulan penas de prisión de cuatro a seis años en el caso de homicidio, y de uno a tres años en caso de aborto.

²³⁸ Ucrania es reconocido como el lugar de las granjas de alquiler de vientre y es la oportunidad de muchas mujeres para recibir un beneficio económico para el sustento de sus familias. Tiene lugares conocidos como centros de internación, y los que, desde el punto de vista del Derecho penal colombiano, constituyen claramente un delito en contra de la libertad individual y de la familia como quiera que se refiere a la privación de la libertad de la mujer que gesta para otro y su deber de estar recluida en los centros hasta que se lleve a feliz término el contrato celebrado. https://www.cuatro.com/enelpuntodemira/temporada-02/programa-2-17-01-17/Vientres-alquiler-pobre-Europa-punto_5_2309550006.html

preste servicios de salud o profesionales de la salud, servicio domésticos, guarderías o que tenga como función la protección integral del menor.

Desde una sana crítica, lo anterior muestra como la práctica de la maternidad subrogada resulta descontrolada y desproporcionada a todo nivel, cuando sus fines son lucrativos y los que conlleva una clara vulneración de derechos cuando se ejerce violencia contra la mujer o que su decisión esta tomada a causa de esta.

En este sentido desde el derecho penal se observará la protección que recibe hoy la mujer contra estas situaciones y lo que según su naturaleza podría equivaler a ser libre o no en la toma de sus decisiones. Por ello prohibir la maternidad subrogada o tipificarla como conducta punible, no garantiza el ejercicio de la práctica, pero tipificar su finalidad lucrativa previene que los derechos de la mujer estén amenazados o vulnerados ante la situación económica que podría representar viciar su consentimiento.

3.3.3.- Delitos contra la familia

El otro bien jurídico tutelado es la familia y se tipifican como delitos contra esta, con relevancia a la práctica de la maternidad subrogada: la violencia intrafamiliar (art. 229); la adopción irregular de menores (art. 232); la inasistencia alimentaria (art. 233).

A fin de evitar que la maternidad subrogada sea un escenario de violencia hacia la mujer, es preciso considerar que la prevención y sanción de la violencia intrafamiliar y sexual desde el reconocimiento del derecho fundamental de todas las mujeres a una vida libre de violencias:

- sitúa «el fenómeno de la violencia en el contexto de la desigualdad estructural que históricamente ha sufrido la mujer, extrayéndolo de la privacidad del hogar y convirtiéndolo en un problema de la sociedad en general»
- resalta «la atribución de responsabilidad al Estado en la prevención, investigación y sanción, lo que se refleja en la necesidad de que los agentes estatales respalden la voluntad política expresada en las normas contra la violencia, ya que la expedición de leyes no es suficiente, así como la posibilidad de que un Estado sea condenado cuando no investigue diligentemente las agresiones»
- y afirma que «los hombres recurren a la violencia física en contra de las mujeres para reafirmar su poder patriarcal o para lograr que aquellas se comporten según los roles femeninos acostumbrados, infundiendo miedo y terror para eliminar futuras amenazas a su autoridad. Por ello, la agresión ‘es a la vez un medio de la perpetuación de la subordinación de las mujeres y una consecuencia de su subordinación»²³⁹

²³⁹ Corte Constitucional Sentencia T-145 de 2017 (MP María Victoria Calle Correa). Al respecto también se puede ver la T-878/14 y el Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas «Poner fin a la violencia contra la mujer. De las palabras lo hechos» Publicaciones de las Naciones Unidas, 2006. Disponible en http://www.un.org/womenwatch/daw/public/VAW_Study/VAW-Spanish.pdf

Desde esta óptica resulta desestimulante adoptar para la maternidad subrogada normas que permitan su práctica con fines de percibir cualquier tipo de ingreso económico que implique desconocer todo el proceso de reivindicación de la mujer y con ello el amplio desarrollo legal y jurisprudencial que acompaña su protección constitucional, como, por ejemplo:

Prevenir y sancionar la violencia intrafamiliar y sexual pues «la importancia de estas disposiciones radica en que el Legislador incorporó en nuestro ordenamiento un tratamiento especial para este tipo de eventos, a la vez que reconoció que cuando los actos de violencia contra las mujeres deben ser resueltos y analizados con base en criterios diferentes a los que tradicionalmente se utilizan»

Que los principios consagrados en el art. 3º de la Ley 294 de 1996 y el artículo 42 de la Carta, deben ser tenidos en cuenta en la interpretación y aplicación de las normas así: «a) Primacía de los derechos fundamentales y reconocimiento de la familia como institución básica de la sociedad; b) Toda forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y por lo tanto, será prevenida, corregida y sancionada por las autoridades públicas; c) La oportuna y eficaz protección especial a aquellas personas que en el contexto de una familia sean o puedan llegar a ser víctimas, en cualquier forma, de daño físico o síquico, amenaza, maltrato, agravio, ofensa, tortura o ultraje, por causa del comportamiento de otro integrante de la unidad familiar; d) La igualdad de derechos y oportunidades del hombre y la mujer».

Como política criminal enfocada en proteger los derechos de la mujer víctima de violencia, la Ley 882 de 2004 agrava la pena de los delitos por violencia intrafamiliar.

Las definiciones de la violencia contra la mujer, el daño psicológico, físico sexual y patrimonial, contenidas en Ley 1257 de 2008 tienen por objeto «la adopción de normas que permitan garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno e internacional, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención, y la adopción de las políticas públicas necesarias para su realización», además consagra medidas de sensibilización y prevención por parte del Estado colombiano, criterios de interpretación y principios que rigen las actuaciones de las autoridades que conozcan casos de violencia. Cuenta con seis decretos reglamentarios que desarrollan temas relacionados con el trabajo, la salud, el acceso a la justicia, la educación, las medidas de atención y sobre exenciones tributarias que empleen a mujeres víctimas.

El carácter querellable, conciliable y desistible de los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar fue eliminado por la Ley 1542 de 2012 en especial en el caso de violencia económica en el que se evidencia constante manipulación para desistir de las denuncias en contra de sus maridos: «En la violencia patrimonial el hombre utiliza su poder económico para controlar las decisiones y proyecto de vida de su pareja. Es una forma de violencia donde el abusador controla todo lo que ingresa al patrimonio común, sin importarle quién lo haya ganado. Manipula el dinero, dirige y normalmente en él radica la titularidad de todos los bienes. Aunque esta violencia también se presenta en espacios públicos, es en el ámbito privado donde se hacen más evidentes sus efectos.»²⁴⁰

La Corte ampara mediante la acción de tutela a cónyuges e hijos maltratados por otros miembros de la familia, con base en dos consideraciones fundamentales, una es la protección constitucional a la familia que prevé el artículo 42 de la Carta y dos, la inexistencia de una vía judicial sumaria y eficaz, encaminada a solucionar la violencia intrafamiliar, en los siguientes términos:

El maltrato intrafamiliar conlleva a un desconocimiento del derecho a la vida, la integridad física, la dignidad humana y la prohibición de someter a tratos crueles, inhumanos o degradantes, contenidos en el artículo 12 constitucional, al causar daños irreparables en la familia, lo que «merece especial protección constitucional, pues es considerada institución básica y núcleo fundamental de la sociedad (artículos 5 y 42 C.N.)» y «sin perjuicio de las prescripciones legales específicas que integran la normatividad civil y de familia, lo relativo a la violencia en el interior de ésta cae bajo las atribuciones de protección confiadas a la Jurisdicción Constitucional en cuanto el artículo 86 de la Carta atribuye a los jueces la responsabilidad de tutelar los derechos fundamentales si éstos son violados o amenazados por acción u omisión de particulares respecto de quien el solicitante se halle en estado de indefensión.»²⁴¹

Visibilizar el fenómeno de la violencia contra las mujeres como un asunto de gran importancia constitucional es cuestión de identificar tales asuntos al tenor de la misma Constitución Política:

«las mujeres están también sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo (CP art. 13) sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas

²⁴⁰ Corte Constitucional Sentencia T-012 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva)

²⁴¹ T-848/2014; T-382/94; T-487/94; T-522/94; T-529/92;

torturas o, al menos, tratos crueles, prohibidos por la Constitución (CP arts. 12, y 42) y por el derecho internacional de los derechos humanos.»

«La violencia grave en el hogar puede interpretarse como forma de tortura y de malos tratos en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos»

También «resulta necesario entender que la violencia de género es estructural, ya que surge para preservar una escala de valores y darle un carácter de normalidad a un orden social establecido históricamente. Según esta perspectiva es necesario analizar las agresiones como sucesos que contribuyen a conservar la desigualdad y no como hechos domésticos aislados, lo que a su vez exige cuestionar la sociedad en la que se desarrollan los actos violentos.»

En lo que se refiere a la violencia por quien es o ha sido compañero sentimental, aunque resulte paradójico, «el hogar es el espacio más peligroso para las mujeres, ya que es en el seno de la familia en donde la violencia se revela con mayor intensidad, situación que se agrava por el secretismo que la envuelve. Este fenómeno afecta a mujeres de todas las edades, culturas y condiciones económicas y se cree que causa más muertes e invalidez que los accidentes de tránsito, el cáncer, la malaria o el conflicto armado en el mundo»²⁴²

Finalmente el embarazo y la maternidad inciden profundamente en la identidad de la mujer, es su derecho a la autonomía procreativa que se desprende directamente del derecho de los padres a determinar el número de hijos que desean tener (CP art. 42), del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16), también el decidir ser o no madre frente al cambio diametral de estereotipos culturales que traen consigo su inserción en el mercado del trabajo.

Para asegurar tal garantía constitucional, es necesario proteger la autonomía reproductiva de la mujer, el no hacerlo, permite que se vulnere el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vez que el derecho a la igualdad de oportunidades. La mujer embarazada goza de un derecho constitucional a la autonomía procreativa. El Estado debe proteger este derecho y tomar las medidas necesarias para que sea efectivo, brindando apoyo a la mujer que desee procrear.²⁴³

Conclusión

La función pública que asimila la Corte Constitucional en administrar justicia, desarrolla la dinámica que tiene el Estado de servir a la persona humana y deberán por tanto adecuarse el poder público, los órganos de control, autoridades, comisiones y hasta las mismas universidades, en asumir un comportamiento acorde al artículo 1º

²⁴² Corte Constitucional Sentencia T-878 de 2014 (MP Martha Victoria Sáchica Méndez); en el mismo sentido la C-408/96.

²⁴³ Corte Constitucional Salvamento de Voto Sentencia C-013 de 1997 (MP José Gregorio Hernández Galindo)

superior; su jurisprudencia que para algunos resulta exótica, es la expresión viviente de lo que es el nuevo Estado colombiano. (Tobo 2004)

A la luz de ese nuevo Estado o nuevo Derecho o nuevo constitucionalismo, esta disertación académica propone una maternidad subrogada libre de cualquier elemento de vulneración, amenaza o inobservancia de derechos que supondría un retroceso en el arduo trabajo que ha llevado reposicionar el papel que desempeña la mujer en el Derecho, en la sociedad y en la familia bajo la categoría impetuosa de sujeto de especial protección constitucional.

Bajo esta lupa, examinada la compatibilidad de la maternidad subrogada, que, en un terreno de principios constitucionales, derechos fundamentales, controles de constitucionalidad y amparos de tutela, resulta ser clave en su fundamentación y respaldo del sistema jurídico, las siguientes consideraciones en su eventual regulación:

a) es una elección, no imposición, ni mucho menos prohibición; que recae en primera medida en la mujer o persona con capacidad reproductiva y de gestar,

b) el punto de equilibrio de dicha elección es el principio constitucional de la solidaridad, que limita la autonomía de las partes y la hace refractaria al *animus lucrandi*,

c) dicha elección con fines solidarios constituye un acto jurídico de índole meramente familiar, para determinar la relación filial entre personas que no la tienen por su naturaleza, lejos de ser un negocio jurídico o civil o comercial, y

d) que debe ser regulada dentro de la estructura de las instituciones jurídico familiares, que le sean más propicias para guardar relación con los mandatos constitucionales aquí expuestos.

Así, con los lineamientos jurídicos y legales aquí esbozados dentro del Derecho colombiano, se puede proyectar y acudir a esta modalidad de reproducción humana asistida siempre y cuando se haga bajo la garantía de los derechos de la mujer, lo que amerita de una regulación para que no se acuda con otros fines diferentes a los solidarios, sin intermediarios ni agencias con ánimo de lucro.

Acudir a las clínicas o centros de salud especializados a causa del principio de corresponsabilidad será el primer paso, puesto que serían aquellas las llamadas a brindar la orientación básica y necesaria sobre los procedimientos y efectos que estas técnicas causarían en cualquier espacio de la vida de una persona tanto físicos, psicológicos, emocionales, familiares, laborales y sociales.

Determinar las autoridades competentes en cabeza de los notarios inicialmente, a fin de legalizar la filiación derivada por el acuerdo suscrito entre las partes; incluso la competencia puede extenderse a los jueces para dirimir los conflictos que se llegasen a presentar en el caso de una eventual controversia. Para ello se debe indicar los legitimados para solicitar legalizar la filiación.

El apoyo, acompañamiento y seguimiento médico psicológico en todo el proceso es indispensable, tanto para tomar la decisión de procrear a través de esta alternativa reproductiva, como para asumir todas las consecuencias médico legales que se puedan derivar de la misma, inclusive, la obligación de cumplir con el derecho a la lactancia

materna, que es un alimento fundamental para el menor. En fin un régimen que comprometa autoridades, familia y sociedad en la garantía de los derechos.

Son más las razones que apuntan a la oportunidad de justicia y legalidad basada en valores progresistas como la solidaridad, la convivencia cívica, el altruismo, la protección de las libertades sobre la madurez de la mujer para tomar sus propias decisiones, que las que están más allá del derecho a fundar una familia, es un derecho a recurrir a la medicina reproductiva e incluir a todas aquellas personas sin capacidad reproductiva (mujeres sin útero (cissexual o transexual), mujeres jóvenes con cáncer u otras patologías, homosexuales, etc.). (Cárcar 2017)

En este orden de ideas, la línea normativa y jurisprudencial hasta ahora trazadas, permite posicionar a la maternidad subrogada en relación con el principio de solidaridad, como un vínculo jurídico que subiste en la medida que permite afianzar en las relaciones familiares; no dista de la solidaridad familiar como obligación moral, ya que permite que la mujer pueda prescindir y elegir subrogar su maternidad a favor de una persona con la que no sólo la une lazos familiares.

Contemplar la maternidad subrogada con fines comerciales, es contrariar el núcleo axiológico que reconoce ampliamente los derechos de la persona, el respeto de «la dignidad humana» y resulta totalmente arbitrario a la calidad que ostenta hoy la mujer como sujeto de especial protección.²⁴⁴

Desde este marco y partiendo de la única referencia expresa en la Constitución Política que se encuentra en el art. 42, incumbe al Estado regular la procreación asistida en términos que salvaguarden la dignidad de la persona humana que, en el caso de la maternidad subrogada, deberá contemplarse con fines solidarios y bajo las reglas de un acto jurídico de índole familiar por medio del cual se pueda establecer la filiación parental.

El ejemplo de países en los que no está regulada, se acude a la práctica de la maternidad subrogada de forma clandestina, así lo sostiene Elenora Lamm frente a la falta de regulación en Argentina, lo que ha implicado un retroceso a los derechos que tanto han luchado las mujeres, además de trivializar la voluntad reproductiva, lo que es incomprensible en una sociedad plural y democrática que reconoce diferentes tipos de familia.

²⁴⁴ Claramente «los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad —la dignidad humana— que lo colocan en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales ésta se vería discriminada, enervada y aún suprimida. Son los derechos fundamentales que le protegen la vida, proscriben la tortura, aseguran su igualdad frente a sus congéneres, amparan su derecho a la intimidad, garantizan su libertad de conciencia, de cultos, de expresión y pensamiento; salvaguardan su honra, le permiten circular libremente, le preservan el derecho al trabajo, a la educación y la libertad de escogencia de una profesión u oficio, las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra; su juzgamiento debe respetar el debido proceso, se le garantiza el derecho a la libre asociación y a formar sindicatos, etc.» (T-419/92). Los derechos fundamentales se caracterizan «porque pertenecen al ser humano en atención a su calidad intrínseca de tal, por ser él criatura única pensante dotada de razonamiento; lo que le permite manifestar su voluntad y apetencias libremente y poseer por ello ese don exclusivo e inimitable en el universo social que se denomina dignidad humana» (T420-/92)

Por tanto, permitir la gestación por sustitución garantiza el acceso a una verdadera diversidad familiar. (Lamm, Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución 2017)

En respuesta de una sociedad incluyente y diversa es imprescindible normas que garanticen el ejercicio de los derechos de una maternidad o paternidad libre y responsable, propone la autora, puesto que la falta de regulación genera numerosos problemas o conflictos como los niños apátridas envueltos en identidades fraudulentas con la mala suerte de no tener una regulación legal que los contemple y resuelva.²⁴⁵

Es de recordar que en el Estado Argentino, la ley nacional de reproducción humana asistida fue el resultado de varios intentos que describen históricamente la lucha que reclama la necesidad reproductiva de muchas personas, que ante problemas de fertilidad se sometían a procesos terapéuticos y tratamientos con el mayor endeudamiento en las familias, y lo que se agudizaba por una espera no muy alentadora ante la incertidumbre del resultado negativo que era tan recurrente y vivido por quienes padecen de infertilidad, no sólo desde la salud, sino peor aún, quienes la padecen por falta de decisión política sin poder acercarse a tratar su enfermedad a través de tratamientos de fertilización asistida.²⁴⁶

Estos elementos básicos deberán tenerse en cuenta por parte de los legisladores para que se adopte la maternidad subrogada en concordancia con las principales instituciones jurídicos familiares, laborales y penales que han quedado aquí definidas, analógicamente y que son la base fundamental para tomar la postura que a continuación se presenta en el siguiente capítulo.

Aunado a las distintas manifestaciones de mujeres luchando por sus derechos se expresa en un grito: «Que Sea Ley»

²⁴⁵ Ya que el tema es viral y noticias son más que normas: «Regular una práctica que se reconoce compleja es la postura que mejor protege a las personas involucradas. Me explico: la prohibición local española «obliga» a la pareja o persona deseosa de tener descendencia a acudir al mercado negro, ampliándose así los posibles abusos e injusticias, o fomenta el «turismo reproductivo» o «exilio reproductivo», según la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología. Sucede que la gestación por sustitución se realiza en muchos países del mundo, y cada vez más países la permiten legalmente (y este no es un dato menor), por lo que las personas que cuentan con recursos económicos viajan al extranjero y acuden a estas técnicas fuera de las fronteras nacionales. En consecuencia, las prohibiciones legales devienen discriminatorias, en tanto que se aplican esencialmente a personas o parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar esos gastos, sin perjuicio de las discriminaciones que devienen de las limitaciones propias de cada país. La regulación se convierte en la solución que mejor satisface el interés superior del niño o niña. La dignidad de la persona nacida no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebida para ser querida y educada por quien no la ha parido; en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño. Por el contrario, la falta de marco legal puede generar situaciones de abuso por personas inescrupulosas (por ejemplo, en el caso de Baby Gammy, en Australia).» (Lamm 2017, 1-2)

²⁴⁶ Ante la suplica incesante del 20% de la comunidad argentina que padece de infertilidad que no cuenta con una legislación que permita que estas familias puedan someterse a tratamientos gratuitos; el 5 de junio de 2013 se aprueba la ley nacional de reproducción humana asistida lo que permite que las personas mayores de 18 años sin límites de edad, distinción de sexo, sin necesidad de estar en pareja, accedan a los tratamientos. Al año 2016 la ley tiene alcance nacional pero no ha recibido aún la adhesión de todas la provincias, la lucha continua para que las garantías del paciente sean resguardadas, ya que se realizan 10.000 tratamientos de reproducción asistida al año y se estima que 60 mil parejas argentinas sufren de esta enfermedad, (Sticca 2016)

CONVENCIÓN SOLIDARIA



Imagen creada con DALL-E de OpenAi: mujer, maternidad, subrogada, Colombia, protección legal, diversidad de género.

CAPÍTULO III

PROPUESTA: CONVENCION SOLIDARIA DE MATERNIDAD SUBROGADA

«las relaciones entre progenitores e hijos, están reguladas por el afecto, por el sentido del honor, por el impulso altruista y por el espíritu de solidaridad, antes que por el ordenamiento jurídico»

(Messineo 1979)

Introducción

Teniendo en cuenta los fundamentos constitucionales y legales para instituir la maternidad subrogada en Colombia, expuestos en el capítulo precedente, es preciso proponer el acto jurídico por el cual se deba celebrar esta práctica como una alternativa reproductiva, pero sin perder de vista, el papel de la mujer que ostenta hoy día en la familia, en la sociedad y en el Derecho.

De cierto modo, la propuesta constituye la estructura básica de un acto jurídico que, consolidado a través de las instituciones jurídico familiares tendientes a establecer la relación jurídico filial entre padres e hijos concebidos por medio de asistencia científica, deje por fuera cualquier tipo de banalidades que contravengan el estatus jurídico de la mujer y del reconocimiento de sus derechos.

Es así que, la fórmula sintética del problema de investigación, conlleva el demostrar a este punto, la relación que existe entre la mujer en su condición de sujeto de especial protección constitucional y la elección de la maternidad subrogada como una alternativa de procreación, a través de una propuesta del acto jurídico que la contendría:



Regular la maternidad subrogada en Colombia, más que una urgente necesidad (como lo ha indicado la Corte Constitucional), es altamente preponderante, no solamente para mitigar la instrumentalización de la mujer (que es uno de los efectos negativos que trae consigo una práctica totalmente carente de una normatividad expresa), sino que, constituye materializar acciones afirmativas a favor de esta.

Ahora bien, para establecer la forma en que se debe regular la práctica de la maternidad subrogada, debe tenerse en cuenta el objeto de estudio de esta disertación, que es nada más ni nada menos, la intersección que se ha conformado entre los capítulos, esto es, la mujer como forjadora del proceso de regulación de la maternidad subrogada, o, en otras palabras, la fuerza emancipadora de una alternativa de reproducción humana asistida:



Esta intersección que señala a la mujer como forjadora o fuerza emancipadora ante la elección a la maternidad subrogada como una alternativa reproductiva, se sostiene en el papel transcendental que ella desempeña en la esencia innata de lo que implica el hecho mismo de la procreación y cuando se trata de fines solidarios, imprime un carácter invaluable.

Dicho carácter, obedece en primera medida, al reconocimiento de la mujer como realidad palpable en el proceso de la procreación, que gratuito, su único valor es cualitativo y no cuantitativo, es decir carece de pecunia, lucro, precio o diacrónicamente

hablando se refiere cuando los humanos se sienten hijos nacidos primero de la madre y después del padre, no de ambos una sola vez. (Sau 2004)

Una explicación desde la psicología del desarrollo, indica que las mujeres están esencialmente más conectadas a otros seres humanos psíquica, emocional y moralmente, cuando éstos son fetos y luego niños. Por ello sienten más empatía por la vida de los otros, de una manera que los hombres no experimentan. Al estar físicamente atadas, la voz moral de las mujeres es de responsabilidad, deber y cuidado hacia esos que están primero físicamente unidos a ellas: «Las mujeres piensan más en función de las necesidades de los otros que en los derechos de los otros, porque las mujeres satisfacen las necesidades materiales, luego físicas y luego psicológicas de los otros». (West 2000, 99)

En segunda medida, la maternidad constituye un derecho esencial e inherente para la dignidad de la mujer, la proyección del libre desarrollo de su personalidad y el ejercicio de su autonomía individual; aunque no aparece en forma expresa en ningún catálogo de derechos, se introduce su protección a partir de una interpretación extensiva y deductiva de otros derechos consagrados en la Constitución. (Marrades 2002)

Un proceso biológico que parece lo más natural e inofensivo del mundo, trasciende al campo jurídico al mismo tiempo que se logra la transformación jurídica del papel de la mujer en la familia como sujeto de derechos y no solamente porque la Carta Política consagra que la mujer durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección por parte del Estado, (art. 43 Superior), sino porque es la mujer quien tiene la facultad de reproducirse y haciendo uso de su autonomía personal, protege su decisión de procrear para si o para otro, y esto es lo que la hace invaluable. (Daza 2011, 178)

La maternidad subrogada se propone como una alternativa para la procreación, que permite satisfacer una necesidad reproductiva, cuando el procrear hace parte del proyecto de vida de la persona que no tiene esa capacidad y está sujeta a un entramado social; pero su problema se agudiza cuando debe comportar su deseo ante la precaria regulación de esta práctica.

Pareciese que, el Derecho se ha olvidado de la persona como forjadora de un proceso social y a la vez producto del mismo que no tiene autosuficiencia, ni vida propia y se estanca con leyes que, inherentes, son ajenas a las necesidades mismas de la persona humana y quien lo alimenta debido a la flexibilidad y adaptabilidad de sus impulsos.²⁴⁷

La persona requiere que el Derecho y la sociedad se adapten en la misma medida que demanda su evolución producida por los cambios en las relaciones humanas, en

²⁴⁷ La teoría sicosociopolítica de Fromm parte del supuesto de que existen en los hombres de todas las épocas unas necesidades comunes primarias, comprendidas bajo el nombre de auto-conservación: hambre, sed, sueño y deseo sexual; pero aquellos impulsos que contribuyen a establecer las diferencias entre los caracteres de los hombres, como el odio, el amor, el deseo de poder, el anhelo de sumisión, el goce de los deseos sexuales y el miedo a este goce, son los resultados del proceso social. (Roll, 2011)

especial, en la forma en que se pueda preservar su raza, es decir, en las nuevas tendencias de su impulso reproductivo.

Frente a este impulso, es válido recordar que la práctica de la maternidad subrogada no es nueva, su uso viene desde la década de los ochenta cuando se incluye dentro de las nuevas tecnologías reproductivas y pleno desarrollo de la FIV a las madres biológicas sustitutas. (Burrows 2011)²⁴⁸

La adaptación tiene un cambio, un carácter dinámico, mediante ella se crean tendencias nuevas y es el modo de vida el factor de conexión entre la necesidad de reproducirse de la persona con el Derecho y la sociedad, o, en otras palabras, con el proceso social que ello implica.²⁴⁹

Es de recordar, que, en ese proceso social, estas nuevas tendencias reproductivas no son del todo bien recibidas, el pensamiento feminista radical, percibe el control masculino sobre las libertades reproductivas de las mujeres, comparando la subrogación con la «cría de bebés» y la explotación de las mujeres como «vasos reproductores». Este argumento sugiere que los hombres usan la maternidad subrogada como un medio para un fin, el fin es satisfacer el deseo de Otro y lograr tener un hijo.²⁵⁰

Cierto es que, la maternidad subrogada instrumentaliza a la mujer; sin embargo, su instrumentalización puede disminuir, en la medida que se regule su finalidad y de conformidad a los derechos constitucionales que esta ostente.

Por tanto, en un sentido más compresivo de la realidad, se requiere mitigar estos efectos negativos para poder adaptar la maternidad subrogada como una alternativa de procreación, sin que ello conlleve a una instrumentalización negativa de la mujer.

Para ello se requiere del empoderamiento potencial que le es propio a la mujer, pero ya no solamente en utilizar su capacidad reproductiva a favor de Otro, sino, desde su facultad y autonomía personal como agente transformador en las relaciones de género.

El empoderamiento potencial de la mujer, es debido, en gran parte, a la utilización de su cuerpo, en donde tiene lugar esa práctica, (lejos se está en que el Derecho permita

²⁴⁸ Incluso, también se refiere en el antiguo testamento (Gen. 16:2): «Y dijo Saray a Abram: «Ya que Yahvé me ha hecho estéril, toma a mi esclava y únete a ella, a ver si yo tendré algún hijo por medio de ella.» Abram hizo caso a las palabras de su esposa.»

²⁴⁹ En relación a los impulsos que señalan al hombre como forjador del proceso social y a la vez producto del mismo, estos permiten conocer, cómo piensa, qué siente y quiere de sí mismo, de los demás humanos, de su medio social, y del universo en general, su única e ineludible realidad: 1. El factor económico determina. 2. El modo de vida. 3. Lo acepta el hombre debido a su tendencia natural de auto-conservación, se adapta. 4. La adaptación a un modo de vida, sobre todo en la niñez, forma un carácter determinado. 5. Las pasiones, deseos y angustias que conforman el carácter, son energías modeladas en formas específicas. 6. Esas energías, se tornan en fuerzas productivas. 7. Las fuerzas productivas determinan el proceso social. 8. El proceso social genera cambios en el orden económico. 9. Un cambio de este tipo, da lugar a un modo de vida determinado. 10. El hombre, por necesidad, se adapta a ese modo de vida. (Roll, 2011, p. 199)

²⁵⁰ El macho es percibido como el actor central en este entorno potencialmente explotador de un contexto reproductivo, donde la maternidad subrogada es el uso del cuerpo de una mujer para el fin de Otro, un ejemplo de opresión patriarcal en el que el control del cuerpo de las mujeres que se verán afectados a lo largo de su vida por los efectos comunes del embarazo. (Burrows, 2011)

crear vida humana en úteros artificiales o de laboratorio); y por otra, una comprensión social de lo que implica la prevalencia del rol de madre en la sociedad. (Burrows 2011)

Delicado es, cuando el cuerpo se construye inevitablemente como objeto propio y dispuesto para ser investido y satisfacer el goce del Otro. Considerar a la mujer objeto privilegiado para el goce, tiene implicaciones que paradójicas, contradictorias y hasta chocantes cierran necesariamente tal consideración como objeto, a favor de un cierto posicionamiento social de igualdad en torno al concepto de sujeto. Sin embargo, para que la mujer pueda consentir ser objeto, será a través de acceder a un goce inédito, pero ya no de la igualdad, sino de la diferencia. (Sanmiguel 2003)

Esto es transcendental en el papel que desempeña la mujer en la maternidad cuando decide subrogarla a favor de otra persona como una alternativa para procrear y mucho más, en «un tiempo de mujer» en el que ostenta una calidad de sujeto de derechos, de especial protección constitucional, autónoma en la toma de decisiones y en el ejercicio de sus derechos, resultado de la lucha histórica de su des marginalización y su reposicionamiento en el Derecho, «El futuro es mujer porque el pasado fue mujer.» (Sau 2004, 115)

Continuando con el planteamiento inicial de que la mujer pueda consentir, distinto es la expresión de explotación comercial del cuerpo, al existir el pago por esa utilización; y otra es, el discurso de la elección como una expresión de autonomía reproductiva, que va de la mano con la finalidad altruista y la disposición de la mujer, que es en cierto modo lo que se pretende proponer.²⁵¹

Se requiere resolver la disyuntiva que se presenta entre las necesidades sociales y el Derecho y la que se agudiza por la falta de regulación de la práctica de la maternidad subrogada; será entonces, a través de una legislación efectiva que ayude a superar el estigma de esta alternativa reproductiva y reconocerla como otra forma de filiación o procreación con fines solidarios, lo que permita establecer el punto de equilibrio entre los derechos reproductivos y los de la mujer.

La ley es fundamental para atender las necesidades reproductivas que trae consigo las nuevas familias y prevenir la explotación de la mujer garantizando sus derechos; para ello se requiere de un nuevo enfoque que considere las obligaciones de todas las personas involucradas, mitigar la mayor parte de los posibles daños tangibles de la práctica, consolidar la función de la ley en relación a rol de la mujer en la familia y en la sociedad en la que aún se lucha por superar modelos tradicionales.²⁵²

²⁵¹ Lo que conduce a la representación de la práctica de la maternidad subrogada como un negocio de venta de bebés, es el pago que está de por medio y la comercialización por parte de profesionales e intermediarios como las agencias. (Burrows, 2011)

²⁵² Las preocupaciones que impulsan a oponerse sobre la regulación que acepte la maternidad subrogada, no son más que ansiedades sociales derivadas de casos problemáticos. El uso la maternidad subrogada, ha cambiado en la última década mejorando las condiciones sociales y políticas desde el punto de vista normativo, lo que permite culminar con resultados exitosos en este tipo de procedimientos de reproducción humana asistida. (Peng, 2013)

Regular favorece la eliminación de la temida explotación, es establecer parámetros, requisitos y condiciones que limiten, controlen y disminuyan los abusos e injusticias que provoca la falta de un marco legal, de los que sus principales víctimas son las mujeres y que la prohibición o falta de regulación no soluciona. (Lamm 2013)

En este orden de ideas, este tercer capítulo tiene por objeto proponer la estructura básica del régimen jurídico de la maternidad subrogada de conformidad a la Constitución Política de 1991 y las normas que rigen las principales instituciones jurídico familiares, que incómunas a los derechos de la mujer como sujeto de especial protección, brinda elementos necesarios para su eventual regulación.

Esta estructura básica, es de carácter personal, de tal forma que se establece sobre la responsabilidad emanada de la voluntad de las personas; dentro de lo que comprende los límites y la prevalencia de los derechos fundamentales, frente a la complejidad que trae consigo el procrear a través este tipo de reproducción humana asistida.

El régimen que viene a continuación, contempla un acto jurídico, por medio del cual, se pueda convenir la maternidad subrogada dentro del marco de las relaciones jurídico familiares, principalmente en los acuerdos que emanan de la voluntad y que le son similares; se establece el acto jurídico más idóneo con los respectivos requisitos para su celebración, incluyendo el restablecimiento de derechos en caso de su eventual vulneración.

Esto se proyecta a fin de evitar los efectos perniciosos que se pueden derivar del ejercicio inadecuado de esta práctica de reproducción asistida, por ello su finalidad deberá estar basada en el principio constitucional de la solidaridad.

Desde esta óptica, la solidaridad familiar es la base para determinar que los intereses perseguidos en la práctica de la maternidad subrogada, no sean otros, que los que orienta el mismo Derecho de familia, puesto que, los derechos de orden familiar no son susceptibles de cesión pues al no ostentar carácter económico alguno, carecerán de interés para venderlos o cederlos, están por fuera del comercio al ser refractarios al *animus lucrandi*, además se garantiza el interés superior frente a los intereses de los individuos. (Daza 2012)

Es así que el acto jurídico familiar de la maternidad subrogada como una alternativa de procreación estará amparado por el interés superior que regula el Derecho de familia y no por los intereses del Derecho privado que, consagra derechos que son eminentemente patrimoniales, siendo renunciables, disponibles, embargables, en otras palabras se regulan conflictos de intereses, principalmente sobre a base de la voluntad y de la responsabilidad de los particulares interesados. (Daza 2015)

De tal manera que, la efectividad de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en la maternidad subrogada, deriva del móvil por medio del cual se constituye el acto jurídico solidario familiar, esto es, el consentimiento de las partes debe ser impermeable al *animus lucrandi*.

Se espera con esto, que los legisladores en su función y por mandato constitucional, realicen prontamente una propuesta de *lege ferenda* para regular la maternidad

subrogada, de conformidad y concordancia con la protección y garantía del interés superior que recibe la familia y los derechos que le asisten a cada uno de sus integrantes.

1.- Convención solidaria de maternidad subrogada como acto jurídico familiar

En un sentido más comprensivo de la realidad, debe entenderse a la maternidad subrogada inicialmente como una alternativa para quienes deseen tener hijos propios, pero que le es imposible ante su carente aptitud reproductiva y que dentro del mundo jurídico se debe ponderar principios y derechos para establecer la vía jurídica que permita legitimar esta forma reproductiva sin alterar el estatus de los sujetos de especial protección constitucional.

Si el principio subyace a la regla, será preciso indicar qué tanto el principio constitucional de solidaridad en el que se basa el Estado Social de Derecho, las reglas de los contratos como la buena fe y la confianza legítima, requieran de una estructura básica que regule las relaciones jurídico familiares emanadas de la voluntad de quienes desean procrear y de la mujer que lo facilitará.

Es por ello que uno de los elementos característicos en este tipo de acuerdos, y que tiene mayor relevancia, es el consentimiento que debe ser libre y voluntario, tanto de quienes pretenden la paternidad o maternidad, como de la mujer o persona con capacidad reproductiva y gestacional quien permitirá llevar a feliz término la procreación deseada.

Ese mutuo disenso, es necesario e imperioso elevarlo, desde las voluntades requeridas, al escenario de los actos jurídicos familiares que le sean similares; como lo es, por ejemplo, el consentimiento informado en las adopciones de menores de edad y así comprender los derechos otorgados y las obligaciones impuestas a quienes intervienen en el acto.

El consentimiento perfecciona el acto voluntario, e indiscutiblemente va más allá de la simple manifestación de la voluntad (el sí quiero, el sí estoy de acuerdo); por tanto, deberá estar libre de vicios y no podrá estar constreñido por la supervivencia económica que ostente alguna de las partes y suplida por la otra.

Además, es importante proyectar en el acto jurídico de la maternidad subrogada, una causa teleológica contenida en una finalidad solidaria y no lucrativa; toda vez que, en Colombia la tasa de natalidad se mantiene debido en parte a su aspecto cultural que es predominante y superior a la infertilidad, lo que no justifica que se regule comercialmente en los casos que se requiera para procrear.

Por tanto, para construir el acto jurídico de la maternidad subrogada es importante tres ejes temáticos: reconocer los hechos y actos jurídicos familiares; postular la convención como el acto jurídico acorde a las alternativas reproductivas; y definir los elementos jurídicos en la que se soporta su estructura.²⁵³

²⁵³ El contenido básico de un hipotético convenio, sería un negocio jurídico especial de Derecho de familia cuya finalidad de interés público es afrontar la infertilidad y favorecer la paternidad

1.1.- Características generales

La decisión de procrear de una persona, por el medio que le sea posible, hace que su responsabilidad se ajuste a los hechos y actos jurídicos que tienen que ver con el estado civil de las personas: el nacimiento como hecho jurídico y la filiación como acto jurídico.

Se dispone por legislación civil que el nacimiento es un hecho jurídico, del que se deduce la concepción, se defiende al recién nacido el pleno goce de sus derechos y constituye el principio de la existencia legal de toda persona; de ahí la obligación de declararlo y solicitar su registro.²⁵⁴

Teniendo en cuenta que la concepción precede al nacimiento y el parto constituye el hecho biológico que demuestra *ipso jure* la maternidad, debe anteceder un acuerdo que, suscrito ante autoridad competente, se ponga de manifiesto que, al momento del registro del menor, la mujer que ostenta la calidad de madre subrogará dicha calidad a quien la ha deseado para sí.

Esto es jurídicamente sustentable desde el origen de las filiaciones voluntarias, que obedecen a un acto jurídico que tienen como fuente la procreación desde una creación legal y no como un hecho natural; tal y como sucede con la filiación por adopción o con la establecida en los casos en que los hijos son concebidos con técnicas de reproducción humana asistida. (Abello 2007).

Por tanto, al hecho jurídico del nacimiento de una persona procreada mediante la práctica de la maternidad subrogada, le debe anteceder un acto jurídico previamente celebrado mucho antes de su concepción, con el lleno de unos requisitos y características que lo hacen distinguirse de cualquier otro civil o comercial.

Para efectos de interpretación y determinar el acto jurídico idóneo que permita acordar la práctica de la maternidad subrogada, como una alternativa reproductiva, se debe tener en cuenta que, a falta de regla especial, la teoría y los principios generales de los actos jurídicos, comprenden y son aplicables a los asuntos del Derecho de familia; siempre y cuando el acto jurídico familiar contenga principios en el interés superior de la familia y de la niñez.

En este orden de ideas, la maternidad subrogada como acto jurídico de derecho familiar deberá precisar en su contenido fines y efectos jurídicos de la manifestación de la voluntad; por tanto, tendrá las siguientes características:

1.1.1.- Personal

Es personal con efectos patrimoniales, toda vez que, los sujetos se proponen efectos exclusivamente de derecho de las personas como lo es el reconocimiento del hijo; sin

biológica, formalizándose en documento público notarial realizado con anterioridad al embarazo de la mujer gestante. (Vela Sánchez, 2015)

²⁵⁴ Artículo 92 y 93 del Código Civil y Art 45 de la Ley 1260 de 1970.

embargo, al definirse el estado civil por dicho acto, este otorga efectos patrimoniales como lo es el derecho hereditario.

1.1.2.- Bilateral

Es bilateral, ya que para su formación o constitución se requiere de la declaración o manifestación de la voluntad de ambas partes. Aunque en principio el reconocimiento del hijo es un acto unilateral. Aquí se trata de subrogar la calidad de madre que ostenta la mujer que ha dado a luz por el hecho jurídico del nacimiento. Requiriéndose la voluntad de la madre que gesta y la de los padres que asumirán su responsabilidad como tal.

1.1.3.- Solemne

Es solemne, por cuanto la eficacia está sujeta a la solemnidad y esta constituye un elemento estructural o como requisito de validez constituida por la asistencia del funcionario, cuya función, es velar por el interés superior de la familia y de la niñez.

1.1.4.- Gratuito

Es gratuito al no ostentar contraprestación valorable en dinero, distinto será las obligaciones económicas en virtud de los alimentos forzosos o debidos por ley y que requiera la mujer embarazada para los gastos del embarazo, del parto y el de su sostenimiento, en el eventual caso que se trate de mujer desempleada o desamparada.

1.1.5.- De libre discusión

De libre discusión, aunque la disposición de derechos de familia está sujeta en general a la adhesión de las prescripciones legales, las personas pueden acordar, convenir y aun contratar y discutir o deliberar, pero siempre sobre los derechos que reglamenta el Derecho de Familia.

Con este criterio, todo acto de familia sería de adhesión. Sin embargo, cuando las partes pueden modificar las relaciones de familia o pueden extinguirlas, el acto es de libre discusión, por supuesto, dentro del marco legal, tal como los acuerdos sobre modificaciones de obligaciones de la autoridad paterna y materna.

En todo caso, con estas características, el acto jurídico por el cual se llegue a convenir la maternidad subrogada, cumple el mismo objeto que el de los contratos, el cual consiste en obligarse y el objeto de la obligación es cumplir.

1.2.- La convención como categoría principal

Teniendo en cuenta que, los actos jurídicos son de tipo contrato o convención, se deberá determinar cuál de las dos categorías se deberá emplear en la práctica de la maternidad subrogada, y para ello, se utilizará la interpretación de la finalidad del acto, a través del siguiente procedimiento:

- Desde la interpretación propiamente dicha, que busca establecer el significado efectivo o de fijación del contenido del negocio jurídico, teniendo en cuenta los intereses de los contratantes;

- Desde la calificación, que es la etapa dirigida a determinar su real naturaleza jurídica y sus efectos normativos;
- Desde la integración, como aquel momento del proceso que se orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley interpretativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar.²⁵⁵

Siguiendo las reglas establecidas por el alto tribunal, la finalidad que persigue la maternidad subrogada, es el interés básico de las partes dirigido a crear, modificar y extinguir las obligaciones que surgen entre padres e hijos, en virtud del hecho jurídico del nacimiento e interpretada de la siguiente manera:

- Crear la filiación y la calidad de progenitores entre las personas que optaron por esta práctica de reproducción asistida y el hijo que no pudieron procrear naturalmente; para esto se requiere,
- Modificar la calidad de madre que se otorga por el nacimiento o parto, del hijo que ha procreado en cabeza de otras personas; y
- Extinguir la filiación y sus efectos entre la mujer y el hijo que parió a favor de quienes lo desearon procrear.²⁵⁶

Al calificar el acuerdo de voluntades que se deriva de lo anterior, resulta que su real naturaleza jurídica, inicialmente podría ser estrictamente contractual, puesto que, el objeto del contrato es producir obligaciones; sin embargo, son los efectos con respecto a la filiación los que se deben establecer, y para ello, la convención a diferencia de los contratos, no solamente crea obligaciones, sino que además las modifica y las extingue.²⁵⁷

La integración de estos elementos, indica que la práctica de la maternidad subrogada como acto jurídico, obedece principalmente a la categoría de una convención, la cual permite crear obligaciones filiales a las personas que optan por esta alternativa reproductiva, modificar entonces la titularidad de los progenitores y extinguir en últimas los efectos que no correspondan.

Por tanto y desde esta óptica, la convención de la maternidad subrogada es una creación jurídica y legal, que se constituye como fuente de la filiación, la que ostenta carácter de derecho fundamental cuando su titular es un menor de edad, y por ello mínimamente requerirá para celebrarse:

²⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, Sentencia Sc-148062017- 20 de septiembre de 2017 (MP Álvaro Fernando García Restrepo)

²⁵⁶ Todo esto está lejos de alquilar, vender, sustituir el vientre, el útero o la gestación. La gestación no se sustituye o delega, ya que es una condición fisiológica del mismo cuerpo humano. Mientras que la maternidad sí se subroga o sustituye porque es un rol, una calidad jurídica o legal.

²⁵⁷ La convención a diferencia del contrato, que como acuerdo de voluntades se encamina exclusivamente a generar obligaciones; «puede ir en pos no sólo de este objetivo, sino también en modificar o extinguir obligaciones ya creadas» Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, Sentencia del 18 de octubre de 1972.

- entre personas mayores de edad,
- que ninguna de las partes se encuentre embarazada,
- una de las partes representada por una persona o una pareja con patología reproductiva,
- la otra parte es una mujer con capacidad de gestar,²⁵⁸
- el ánimo de procrear con fines solidarios,
- corresponsabilidad del centro especializado en técnicas de reproducción humana asistida,
- el hijo tendrá como progenitores a quienes desean procrear y de ellos es la responsabilidad parental,
- la filiación no se podrá impugnar y es inoponible frente a terceros.

Esta categoría jurídica de la maternidad subrogada, resulta totalmente adecuada por la complejidad de los efectos jurídicos y legales que se deprenen de ella; permite subrogar la calidad jurídica de madre, establecer la filiación entre personas que no la tiene por su naturaleza y garantizar los derechos fundamentales de todas las partes.

1.3.- Elementos jurídicos que la estructuran

La convención de la maternidad subrogada, comporta dentro de la teoría y principios del hecho y acto jurídico válidamente aplicable en el Derecho de familia, elementos que la constituyen como un acto jurídico familiar.

Los elementos estructurales del acto jurídico, emanan por la manifestación de la voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos, que ciertamente traducen el fin jurídico o propósito que se persigue y se concretan según el sujeto, el objeto y la forma:

- a) por los sujetos o personas que intervienen, constituyen una institución jurídico familiar dentro del marco del interés superior de la familia y del niño;
- b) desde el objeto o el propósito querido, se determina su finalidad, que refractaria al *animus lucrandi*, determina la filiación bajo el principio constitucional de solidaridad; y
- c) la forma o el modo de emitir la voluntad será solemne, por lo que, revestirá de una serie de características que lo hacen esencial a la persona humana y disímil a otro tipo de actos jurídicos que le sean contrarios.

Según lo anterior, estos elementos se puntualizan hermenéuticamente en la convención de la maternidad subrogada así:

²⁵⁸ Refiérase mujer a la persona que siendo de sexo femenino o masculino, conserve el aparato u órgano reproductor femenino con la capacidad fisiológica de llevar a un proceso de gestación y lactancia materna.

1.3.1.- Institución jurídico familiar

Según el sujeto, el primer elemento que se estructura en el convenio de la maternidad subrogada, es la categoría de institución jurídico familiar.

La convención solidaria de maternidad subrogada, es sin lugar a dudas, una institución jurídico familiar; toda vez que, su radio de acción va más allá del simple acuerdo celebrado entre las partes, los efectos jurídicos involucran a otros sujetos distintos a los contrayentes produciendo vínculos familiares entre si y con sus demás parientes.

Esto es debido, al hecho mismo que la filiación voluntaria se extiende a los diferentes vínculos jurídicos familiares, tal y como sucede con las otras formas de filiación; lo que comporta relaciones de parentesco, no sólo entre los padres y el hijo, sino también este con los consanguíneos de sus progenitores.

Por tanto, es por los efectos que produce la convención de la maternidad subrogada en las relaciones familiares, lo que hace que se considere como una institución jurídico familiar.

1.3.2.- Finalidad solidaria

Según el objeto, la convención de la maternidad subrogada, tiene una finalidad solidaria entre las partes.

La finalidad que persigue la convención de maternidad subrogada es la procreación como una característica o elemento esencial que enmarca una causa teleológica en las relaciones jurídico familiares. La procreación genera como consecuencia la descendencia que busca la conservación de la raza humana, y esta a su vez, la correspondencia de los efectos jurídicos como lo es el parentesco del que se deriva una serie de derechos y obligaciones.

La filiación esta determinada por la procreación como presupuesto biológico y por el parto como hecho biológico, que demuestra ipso iure la maternidad. Por ello, lo que se busca en subrogar, es el estatus que se otorga en virtud del hecho jurídico del nacimiento, es decir, «la calidad de madre o maternidad», lo cual merece una finalidad protectora y solidaria a favor de los menores, como de quien desea procrear.

Así las cosas, estos elementos permiten marcar con mayor ahínco la diferencia entre maternidad subrogada y gestación por sustitución:

La gestación se le llama así, por que cumple una finalidad específica: gestar con una disociación y rechazo de un vínculo afectivo o materno. La maternidad subrogada por el contrario puede verse inmersa en vínculos afectivos que al final constituyen el impulso de la solidaridad, que es el consentimiento de esa mujer de subrogar su maternidad a favor de un menor en cabeza de otro, de subrogar esa responsabilidad de ser padres.

Diferencia también con la adopción, que es una medida de restablecimiento de derechos, y que puede darse por voluntad propia de los padres o por abandono o por otra circunstancia de vulneración o amenaza de derechos.

Es un traslado de la responsabilidad de ser padres sanamente sin perjuicio o vulneración alguna de derechos, es un acto consciente.

La gestación es una producción y la gestante es sólo una productora, un vehículo, un medio, eso es una explotación. La maternidad incluye elementos que dentro de los vínculos jurídicos se basan también en sentimientos que una persona da a otra para sobrevivir, es decir, los cuidados que una madre hace antes, durante y después del parto.

Ese conjunto de responsabilidades, derechos y obligaciones a favor de un menor, hace que se considere la labor de una madre gestante. Es madre, desde que decide concebir así sea para que la responsabilidad la asuma otra persona, es madre por el cuidado responsable que brinda en el desarrollo del feto, desde su concepción hasta su nacimiento y posterior a este.

Se entenderá entonces, por convención de maternidad subrogada, el acuerdo suscrito entre dos partes, en el que solicitan al juez de familia autorizar el procedimiento de reproducción humana asistida con maternidad subrogada, para que por medio de esa autorización se de inicio al tratamiento de procreación con asistencia científica en cada una de sus etapas (preparación, fertilización, fecundación y gestación), y que una vez culminado con el nacimiento del hijo, se conceda y apruebe la filiación en cabeza de las personas que desearon procrear a través de ese medio.

1.3.3.- *La solemnidad*

Finalmente, según la forma de convención que se desee celebrar, deberá estar suscrita dentro de los actos jurídico solemnes y que tienen que ver con el estado civil de las personas.

Por la naturaleza jurídica que descansa en el convenio de maternidad subrogada, es más que necesario, revestirlo de un acto jurídico solemne, se rechaza la consensualidad por ser contraria a la protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas que intervienen.

La solemnidad inspecciona que esta convención, tenga ciertas particularidades que la hacen diferente a los demás actos jurídicos civiles y comerciales, por ende, será:

- Típico, en la medida que esté establecido y regulado en la ley.
- Bilateral, ya que las obligaciones que surgen serán para ambas partes.
- *Intuitio personae*, por las cualidades y calidades de la persona.
- Principal, al no depender de ningún otro acto jurídico.
- Conmutativo, pues los derechos y obligaciones serán iguales para ambas partes, en el entendido que ambas partes tendrán que cumplir con su afiliación vigente en el sistema general de seguridad social y de salud.
- Tracto sucesivo, hace que todos los días hasta su culminación, renazcan las obligaciones.

- Gratuito, no es oneroso lo que lo hace refractario al *animus lucrandi* de conformidad al principio constitucional de solidaridad.

Así las cosas, la convención solidaria de maternidad subrogada, como un acto jurídico familiar, es garantista en la medida de ser equitativa y justa en la asignación de obligaciones y reconocimiento de los derechos entre las partes.

2.- Requisitos dirimentes para celebrar la convención de maternidad subrogada

- De conformidad con lo anteriormente expuesto, para celebrar una convención con el objeto de procrear mediante la maternidad subrogada con fines solidarios, se requieren de unos requisitos que permitan dirimir su eficacia y efectos que de esta se pueden derivar.
- Estos requisitos, son tomados de cualquier acto jurídico, pero con el imperativo que caracteriza al Derecho de familia en la garantía y la eficacia de los derechos fundamentales. Los cuales son de fondo, de forma e impedientes.

2.1.- Requisitos de fondo

Los requisitos de fondo determinan la estructura y la eficacia del acto jurídico, implica que, ese acuerdo de voluntades, deberá acatar siempre el interés superior que se busca garantizar.

Estos requisitos son aquellos que la ley exige para todo acto jurídico, de tal manera que su pretermisión conlleva a la nulidad o inexistencia del mismo.

Se clasifican en generales, al estar contemplados en el art. 1502 del Código Civil Colombiano, y en especiales, al dirigirse directamente al centro del acuerdo de voluntades, lo que lo diferencia de los distintos acuerdos y contratos en materia civil.

2.1.1.- Requisitos de fondo generales

Para efectos del Acto Jurídico Solidario de Maternidad Subrogada se requiere que una persona se obligue con otra, teniendo en cuenta y obedeciendo a lo preceptuado en el Art. 1502 C.C. que indica que el acto o declaración de voluntad debe contener como requisitos generales la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa.²⁵⁹

1. *Capacidad*: en asuntos de Derecho familiar la capacidad para contraer obligaciones esta determinada por la edad y lo que, a ella respecta, puede ser plena o semiplena.

La Capacidad plena es la voluntad sana y reflexiva que tienen las personas mayores de edad para obligarse. Toda persona mayor de 18 años es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces (Art. 1503 C.C.).

²⁵⁹ De conformidad al art. 1502 del Código Civil para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. Que sea legalmente capaz; 2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. Que recaiga sobre objeto lícito; 4. Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma.

La capacidad semiplena obedece al rango de edad que tiene el adolescente que sin cumplir la mayoría de edad puede obligarse en ciertos asuntos como lo es el de contraer matrimonio siempre y cuando cuente con la autorización o consentimiento de sus representantes legales (Art. 117 C.C.).

Para contraer las obligaciones de la convención de la maternidad subrogada, se requiere que ambas partes sean plena y legalmente capaces, esto es, cuenten con la mayoría de edad; en ningún caso, podrá celebrar este tipo de convenios quien no sea plenamente capaz.

2. *Consentimiento*: El Consentimiento es por excelencia uno de los requisitos para la válida celebración de todo acuerdo de voluntades y que en los asuntos de Derecho de familia es esencial para el perfeccionamiento de los mismos; como por ejemplo el contrato de matrimonio (Art. 115 C.C.).

El consentimiento es la esencia misma del acto jurídico que por ninguna potestad humana puede suplirse, es un acto de la voluntad por el cual ambas partes se obligan, acuerdan y aceptan; por lo que, no basta que conozcan siquiera de manera vaga la naturaleza del acto como el mero deseo, voluntad y querer cuando no se contraponen al otro, sino que además, sea plenamente consientes y consecuentes con los efectos que el mismo produce en el estado civil de las personas.

También se trata de un consentimiento libre de vicios y en el momento de su manifestación ante autoridad competente tendrá que ser perceptible sin dejar duda, el que se plasma en la firma del pacto y a pesar de que su presentación presupone la gravedad de juramento, se requiere rectificación de este por parte de la autoridad competente.

3. El objeto de la convención es obligarse y el objeto de la obligación es cumplir, pues el concurso real de la voluntad de dos o más personas en los contratos o convenciones como fuente de las obligaciones, sirve como fundamento para afirmar que el objeto de los contratos es hacer surgir obligaciones (Art.1494C.C.).

El Objeto del acto jurídico solidario de la maternidad subrogada, como convención, será producir, modificar y extinguir obligaciones, pues los efectos personales de este acto convergen en las obligaciones y derechos paterno filiales. Se modifica las obligaciones que nacen con el vínculo filial por el hecho del parto, para crearlas en cabeza de quien desea procrear asumiendo su progenitura y extinguirlas con respecto a quien dio a luz.²⁶⁰

²⁶⁰ En la mayoría de legislaciones occidentales el término *mater certa semper est*, se tiene como principio que identifica la maternidad con la realidad biológica de la gestación y el parto, de este modo para probar ser madre de una persona se acredita por el hecho jurídico mismo del parto, convirtiéndose el hecho natural del parto en un hecho jurídico que determina el estatus madre. El principio de filiación materna adoptado por el código Civil Colombiano en el que se regula lo eventos en que también puede adulterarse o alterarse la realidad de la maternidad en cuyos casos es viable impugnarla bajo los supuestos presentados en el título denominado «De la maternidad disputada», en los art. 355 ss. (Rueda, Mejía y Pinzón 2015)

4. La Causa de la convención de la maternidad subrogada es teleológica por el motivo que induce el acuerdo de voluntades, pues es la causa, motivo o fin lo que mueve a los convencionistas a celebrar la negociación (Art. 1524 C.C.).

La finalidad común entre las partes es facilitar una técnica de reproducción humana asistida, que motivada solidariamente, cumpliría el fin propuesto de una de ellas que es el de procrear.

2.1.2.- *Requisitos de fondo especiales*

Son ciertas exigencias o circunstancias que se requieren y deben hacerse exigibles para la válida celebración de la convención de la maternidad subrogada y que demandan su existencia por su naturaleza jurídica, estas son:

1. Capacidad reproductiva y del estado fisiológico de gestar: teniendo en cuenta que lo que lleva a recurrir dentro de las técnicas de reproducción humana asistida a la maternidad subrogada, es precisamente que uno de los convencionistas carece de capacidad reproductiva o que teniéndola no tiene el estado fisiológico de gestar.

Para el caso en cuestión, se requiere demostrar como requisito esencial que una de las partes que es la persona que desea procrear a través de este medio, tenga impedimento fisiológico de concebir (no es apto para concebir, gestar y parir con asistencia científica porque su aparato reproductor no se lo permite por ningún otro medio de reproducción humana asistida o por su impedimento natural); y que la otra parte por el contrario si lo es.

2. Consentimiento informado: el consentimiento requerido para la maternidad subrogada además del indicado en los requisitos generales, debe ser informado y deliberado, lo que significa que debe otorgarse con plena conciencia, advertencia de la mente y con perfecto asentimiento de la voluntad de asumir obligaciones de gran impacto y compromiso familiar.

Implica que exista conformidad del lenguaje, entre lo que se expresa y el querer interno; de lo contrario, habría simulación que consiste en aseverar o dar a entender externamente con signos o palabras lo que en verdad la voluntad no quiere.²⁶¹

Es preciso indicar el papel que desempeña la cultura, el desempeño u ocupación u oficio, el grado de estudios alcanzados, en la toma de decisiones para que éstas

²⁶¹ El deber de información al paciente y el consentimiento informado se encuentran vinculados a los derechos fundamentales en relación con tratamientos de enfermedades e intervenciones quirúrgicas, su único titular es el paciente y la ausencia de información conlleva una infracción a la *lex artis* que en el caso de servicios médicos es elemento esencial la *lex artis ad hoc* en la aplicación de los mismos por parte del médico encargado. La falta de información o suministro incompleto conlleva a que el consentimiento sea ineficaz y se produce por el temor de dar a conocer algunos riesgos o posibles consecuencias de la técnica o tratamiento que puedan acarrear grave daño. La prueba de la existencia del consentimiento informado relacionados con su salud es considerada jurídicamente como una *quaestio facti*, lo que corresponde al juez dirimir. (Daza y Morales 2016)

correspondan al consentimiento real y verdadero con aceptación de todos los derechos y obligaciones que ello conlleva.

El consentimiento tiene como fundamento una razón antropológica que es la libertad humana y que garantiza que ningún hecho o acto distinto de la libre expresión pueda llegar a producir efectos jurídicos de gran envergadura.

Por lo que, se requiere manifestarlo ante los centros médicos especializados preferiblemente de la misma institución que realizará el procedimiento de reproducción asistida, bajo la responsabilidad de un equipo médico interdisciplinario, que ilustre a los interesados de las minucias y riegos del tratamiento, procedimiento, gestación, nacimiento e incluso la lactancia.

Tanto la persona que va a subrogar la maternidad, como la interesada en procrear a través de este medio de reproducción asistida, deben ser ampliamente y debidamente informadas sobre las consecuencias jurídicas y psicosociales de la decisión, por un equipo interdisciplinario que les explique e ilustre toda aquella información que sea relevante y pertinente para lograr una cabal y real comprensión del significado e implicaciones concretas y precisas de su decisión.

Es de advertir, que no se trata de la cantidad de información, sino la forma y la manera con la que debe proveerse, con un lenguaje complementario del técnico. Esto implica un tiempo de reflexión para asimilar, comprender y decantar la información, en un espacio respaldado por lazos familiares y afectivos.

Cuando ambas partes logren dimensionar los alcances de su decisión, otorgaran su consentimiento informado, y será la institución la que lo avale.

Además, contarán con un plazo para revocar el consentimiento manifestado ante la institución de reproducción asistida, no menos de 30 días y no mayor a 90 días. Una vez vencido el plazo, la institución emitirá el respectivo informe en el que conste el acta de consentimiento informado y manifestado por las partes, la respectiva constancia de que el consentimiento se encuentra en firme al no ser revocado en el plazo concedido, y el procedimiento por el cual se llevó e instruyó a los interesados sobre las técnicas de reproducción humana asistida con maternidad subrogada.

Dicho informe será presentado a la autoridad competente, junto con la solicitud de celebrar una convención de maternidad subrogada, para que se conceda la autorización de iniciar el tratamiento de reproducción asistida.

3. Nacionalidad: Las partes celebrantes de la convención deberán ser colombianos, mayores de edad por regla general. Excepcionalmente una de las partes podrá ser extranjero siempre y cuando tenga lazos de parentesco con la otra.

Lejos se estaría de permitir que los convencionistas sean ambos extranjeros sin residencia en el país colombiano, o en calidad de turistas. Los vínculos de parentesco que deberá acreditar el extranjero con el nacional son: de consanguinidad hasta el cuarto grado, de afinidad hasta el segundo grado, y de civil hasta el primer grado.

4. La autoridad competente que se requiere para celebrar el acto jurídico solidario de la maternidad subrogada, deberá circunscribirse a las autoridades que le son propios los asuntos de filiación, como es ante juez de familia del domicilio de las partes en atribución de competencia por el factor territorial.

Esta autoridad será quien verifique de los convencionistas su libre y mutuo consentimiento, les hará saber la naturaleza jurídica de la convención, los derechos y obligaciones que van a contraer, dará trámite a la solicitud ordenando la práctica de pruebas que considere pertinentes antes de autorizar dar inicio al procedimiento médico de reproducción asistida, y después del nacimiento proferirá sentencia judicial en la que se determine la filiación a favor del hijo que se deseó procrear, a través de esta alternativa reproductiva.

Otra autoridad que resulta ser competente para este tipo de asuntos, son las defensorías de familia, que cuentan con los equipos interdisciplinarios requeridos y necesarios para garantizar, proteger y restablecer los derechos, bajo la vigilancia y responsabilidad del proceso administrativo dirigido por el defensor de familia, del mismo modo en el que se da trámite a la solicitud de adopción con consentimiento determinado.

5. Legitimidad: Están legitimados para subrogar la maternidad, la mujer o persona que, a criterio médico especializado, tenga la capacidad reproductiva y esté apta fisiológicamente para gestar a favor de una persona con la que sea o no pariente, y con el previo cumplimiento de los requisitos para la celebración del acuerdo o convención.

Esa persona podrá ostentar cualquier estado civil soltero, casado, viudo, divorciado siempre y cuando no haya sido declarado cónyuge culpable; y separado de cuerpos decretada judicialmente.

Es decir, la persona que facilitará el proceso terapéutico de procreación, deberá tener definida su situación jurídica y estado civil, por la responsabilidad que tendrá que asumir en cumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud de la convención de maternidad subrogada; por lo que, la persona casada o con unión marital de hecho deberá contar con el apoyo y respaldo de su cónyuge o compañero permanente.

6. Filiación póstuma: el hijo tendrá como padres a las personas que lo desearon procrear a través de ese medio de reproducción asistida, así fallecieren antes de su nacimiento o con posterioridad a él, sin que se hubiese proferido la sentencia que aprobase la convención de maternidad subrogada y por ende la filiación.

Lo que dará lugar posteriormente a iniciar un proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor del recién nacido para resolver su situación jurídica; ya sea, con la familia extensa de los padres fallecidos o con una resolución de

adopabilidad; en este último caso la mujer o persona que lo gestó y parió, tiene la prelación de adoptarlo si es su decisión.

2.2.- Requisitos de forma

Para celebrar la convención de maternidad subrogada, la formalidad caracteriza la esencia también del acto induciéndolo de solemnidades; aún en este tiempo, el formalismo contribuye a la vitalidad y estabilidad de las instituciones al exteriorizar la alternativa de una procreación y dotar a los convencionistas de la prueba como tal; por ello la solemnidad tiene doble función: formalista y probatoria, que son asimilados a los trámites de jurisdicción voluntaria.

Si se ha definido a la maternidad subrogada como una convención solemne, quiere decir que para su perfeccionamiento no basta con el sólo consentimiento o mutuo disenso, sino que, se requiere expresarse con el lleno de ciertos formalismos que permiten conducir el rito o la celebración del acto jurídico como tal, y para ello se realizaran en tres momentos denominados requisitos anteriores, coetáneos y posteriores.

2.2.1.- *Requisitos de forma anteriores o formalidades previas a su celebración*

Antes de la celebración del acto jurídico, ya sea, ante juez o ante notario, se deberá preparar el camino para el mismo, para lo cual es necesario el cumplimiento de las siguientes diligencias previas:

1. La solicitud o aviso al juez mediante un acuerdo o convención: todos los que quieran procrear a través de la asistencia científica con maternidad subrogada deberán acudir ante juez de familia para manifestarle su propósito.

La solicitud debe formularse por escrito, presentarse personalmente mediante apoderado por ambas partes interesadas, dando a conocer al funcionario encargado de presenciar y avalar el acuerdo, la intención de procrear a través de asistencia científica con maternidad subrogada.

La solicitud se entiende formulada bajo la gravedad de juramento y contendrá lo siguiente:

- identificación de cada una de las partes: nombres y apellidos completos, documentos de identidad, lugar de nacimiento, edad, ocupación, domicilio, estado civil (indiciar en el caso de cónyuges o compañeros permanentes si la sociedad conyugal o patrimonial se encuentra vigente o disuelta y liquidada), el número de hijos mayores y menores de edad, si hablan o no el mismo idioma y en caso contrario si entienden uno el del otro;
- que es de su libre y espontanea voluntad consiente y libre de vicios acordar, por una parte, procrear a través de ese medio de reproducción humana asistida, y por otra, facilitar el tratamiento (fertilización, fecundación

- asistida, gestación y parto) subrogando la calidad de madre que le confiere el hecho jurídico del nacimiento;
- si entre las partes existe o no vínculo de parentesco y lo que ha motivado a la partes a celebrar el acuerdo pre-escrito ante el centro de fertilización.
2. Los anexos: se deberá allegar junto con la solicitud los documentos que acrediten la información suministrada en ella, en especial la constancia del consentimiento informado con su respectivo informe, valoraciones psicosociales y epicrisis del caso clínico, que acredite el proceso de acompañamiento y asesoría que las partes han recibido por la respectiva EPS o centro de fertilización, que realizará el tratamiento de reproducción asistida; junto con el acuerdo pre-escrito de las partes.
 3. Admisión de la solicitud: radicada la solicitud, el juez procederá a verificar si la misma reúne con todos y cada uno de los requisitos de fondo, proferirá un auto admisorio de la solicitud, en el que de oficio, ordenará la práctica de pruebas que bien estime pertinente, como lo es, solicitar informe pericial del psicólogo judicial del consentimiento de las partes, y que estas se encuentre amplia y debidamente informadas sobre el procedimiento y tratamiento de reproducción asistida con modalidad de maternidad subrogada.
 4. Plazo de retracto y fijación fecha de audiencia para aprobación judicial del acuerdo: si pasados 30 días después de la admisión de la solicitud ninguna de las partes se retracta, queda en firme el propósito de la misma y se procederá a fijar fecha y hora para la audiencia dentro de los ocho días siguientes, en la que el juez procederá a constatar todo lo anterior y celebrará así la convención de maternidad subrogada solicitada.

2.2.2.- Requisitos de forma coetáneos:

Una vez agotados los requisitos anteriores o practicadas las diligencias previas y llegado el día y hora de la audiencia programada se procederá a la celebración de la convención de la maternidad subrogada, las partes se presentarán ante el juez quien preguntara si es su libre y espontanea voluntad celebrar la presente convención, les hará conocer la naturaleza jurídica del acto, los derechos y obligaciones recíprocas que van a contraer, así:

1. Lectura del acuerdo o convención, derechos y obligaciones, que van adquirir los convencionistas sobre el procedimiento y tratamiento médico reproductivos para la procreación asistida científicamente con maternidad subrogada:
- Ambas partes deberán seguir afiliadas al sistema de salud y seguridad social que actualmente tengan, independientemente del centro o clínica de fertilización donde se lleve el tratamiento, y deberán consentir previamente el número máximo de intentos de embarazo permitidos médicamente.

- La mujer o persona que actúa como facilitadora en el proceso de reproducción asistida, deberá cumplir con todas las etapas del tratamiento previamente indicado y consentido para su preparación, fertilización, fecundación (se debe indicar la clase FIV o inseminación artificial que se va a utilizar, con donación de uno o ambos gametos y si la facilitadora donará sus óvulos o no), gestación y parto, incluyendo todos y cada uno de los controles prenatales y a toda asistencia médica especializada que requiera durante todo el procedimiento, incluso post-parto. Podrá desempeñar el cargo u ocupación que viene ejerciendo si este no es contraproducente para ella.
- La parte quien desea procrear deberá suministrar todos y cada unos de los gastos del tratamiento y procedimiento de reproducción asistida. En el caso que la mujer o persona facilitadora no tenga empleo o carezca de los medios necesarios para vivir, deberá proveer para esta todos estos recursos y los que valgan como si fuese su empleador. También deberá asumir los gastos de embarazo, parto y post-parto. En ningún caso habrá compensación o pago por el gesto de solidaridad. Esto es tan sólo el cumplimiento de las obligaciones que todo padre debe proveer a título de alimentos a su hijo que esta por nacer.
- El centro médico en el que se realizará el procedimiento velará para que se protejan los derechos del *nasciturus* y de la mujer gestante. Expedirá el certificado de nacido vivo y lo entregará a quienes van a ejercer la paternidad y/o maternidad para que sean ellos los que lo alleguen al juez y este profiera la sentencia de filiación por maternidad subrogada.
- Una vez proferida la sentencia de filiación ambas partes si llegasen a ser empleados, notificaran a sus empleadores para el otorgamiento por parte de estos a la licencia de maternidad y periodo de lactancia.
- En aras de garantizarle al recién nacido su derecho fundamental a la lactancia materna, los padres deberán permitir que la mujer que parió su hijo lo lacte para proveer a este su único y esencial alimento hasta mínimo el sexto mes de nacido. La parturienta no podrá negarse a la lactancia salvo prescripción médica, ya sea por que a causa del parto se encuentra en estado de coma u otra situación que imposibilite gravemente proveer dicho alimento. En ningún caso las partes acordaran la alimentación con leches de fórmula para evitar la normal lactancia.
- Se le advierte al centro de fertilización elegido por las partes, que esta prohibido suscribir cualquier tipo de contrato de arrendamiento o alquiler de vientre, gestación por sustitución o cualquier otro con la facilitadora. Tampoco se le podrá pedir que renuncie a su derechos y deberes con el cuidado que debe proveer al *nasciturus* y posteriormente al recién nacido.
- Se instruye sobre los efectos de la convención y del restablecimiento de los derechos de la mujer en caso de encontrarse estos en situación de vulneración, amenaza o inobservancia.

2. Expresión del consentimiento: una vez leído el punto anterior, los convencionistas deben pronunciarse en voz perceptible, sin equivocación ni titubeos ratificando su consentimiento. En el caso del sordo, por señales que no dejen duda, pero para mayor comprensión y seguridad del juez, se podrá valer de un interprete.

Esta etapa incide en la eficacia del negocio jurídico, por cuanto el consentimiento lo perfecciona:

- a) Aprobación de la convención: por parte del juez, en nombre de la República de Colombia por la autoridad conferida, aprobará la convención de maternidad subrogada con fines solidarios, para que se proceda con el tratamiento y procedimiento de reproducción humana asistida entre las partes (por un lado, la mujer facilitadora y por otra los que desean ser padres) ante el centro de fertilización debidamente señalado. Una vez se produzca el nacimiento se hará llegar al despacho el respectivo certificado de nacido vivo para proferir la sentencia de filiación por maternidad subrogada.
- b) Levantamiento del acta: como acto seguido el juez leerá el acta que debe recoger todo lo acaecido en la audiencia o celebración de la convención, la que firmarán las personas convencionistas, o a ruego si alguna de ellas no pudiere firmar. Si alguna de ellas se niega a firmar el acta, se entenderá como vicio de la voluntad y se dejará la constancia de la invalidez del acto y nulidad de todo lo actuado.
- c) Con la respectiva Acta de la convención de maternidad subrogada, las partes podrán dar inicio al tratamiento y procedimiento de reproducción humana asistida.

2.2.3.- Requisitos de forma posteriores

Estos requisitos tienen una característica ulterior y consiste en que, una vez acaecido el nacimiento, inmediatamente las partes allegaran al despacho del juez el certificado de nacido vivo con el que el funcionario profiere la sentencia de filiación y ordenará el registro civil de nacimiento con lo suscrito y avalado en la convención por maternidad subrogada, indicando quienes serán los padres del recién nacido. Dicha sentencia judicial de filiación, se protocolizará en una notaría u oficina de registro, para lo cual se ordenará que se entreguen las copias necesarias a los interesados.

2.3.- Requisitos impedientes o prohibitivos

Serán impedimentos para celebrar una convención solidaria de maternidad subrogada, las siguientes prohibiciones, que, aunque sean graves, no inciden en la eficacia del negocio jurídico, sino que, trae consecuencias de tipo pecuniario en caso de su incumplimiento y dará lugar a iniciar las acciones judiciales penales respectivas.

Lo que quiere decir que la filiación del recién nacido no se vera afectada, pues esta recae en cabeza de quienes lo desearon procrear y asumirán su responsabilidad que la ley les impone como tal, al estar obligados bajo el ejercicio de la patria potestad.

Estos requisitos son:

1. De acuerdo con los delitos penales en contra de la persona y a fin de evitar el tráfico de migrantes y trata de personas, la mujer no podrá subrogar su maternidad a personas extranjeras, salvo que, tengan entre sí vínculo de parentesco; tampoco la mujer podrá viajar al extranjero para ser madre gestante con fines comerciales o alquilar el vientre dentro o fuera del país.
2. Esta prohibido el contrato de gestación por sustitución o alquiler de vientre suscrito ante los centros de fertilización y reproducción humana asistida o agencias intermediarias con fines lucrativos. Estos centros se circunscribirán únicamente a prestar el servicio de reproducción asistida y en el evento de requerir la maternidad subrogada para llevar a feliz término el procedimiento, porque así su paciente lo requiere, podrá servir de intermediario sin ánimo de lucro. En caso de su incumplimiento no sólo tendrá sanciones de tipo pecuniario e indemnizatorias, sino que además perderá su licencia de funcionamiento al igual que las de los trabajadores profesionales.
3. Esta prohibido el reclutamiento o internamiento de mujeres para maternidad subrogada, ya sea por parte de los centros de fertilización o agencias intermediarias para tal fin, con o sin su consentimiento.

3.- Ineficacia de la convención de maternidad subrogada

La convención de la maternidad subrogada por solidaridad familiar producirá efectos con respecto al estado civil de las personas, en lo que tienen que ver con la filiación del hijo que se desea procrear a través de esta alternativa reproductiva.

Busca que la maternidad subrogada sea compensada, es decir que, bajo los principios de un Estado Social de Derecho, exista equilibrio entre el reconocimiento de derechos y obligaciones, los cuales no se les puede eximir a las partes.

Debido a los efectos producidos, la ineficacia opera como sanción que se impone al acto jurídico familiar de la maternidad subrogada cuando en su celebración se desconoce o contiene la voluntad del legislador, por lo que se requiere declararla.

También a causa del incumplimiento de los deberes de las partes puede verse amenazado o inobservado o vulnerado, los derechos del recién nacido, por lo que se deberá restablecer cada uno de ellos.

3.1.- Ineficacia y mutabilidad

La eficacia jurídica de los actos jurídicos, es el pleno cumplimiento de sus normas y preceptos de organización y conformación, de ahí que la ineficacia es vista como fenómeno genérico de censura cuando se contiene los principios que la ley exige sean obedecidos.

Sin embargo, por el contenido estrictamente de carácter personal de la convención de la maternidad subrogada, se aplicará por analogía la doctrina de la invalidez e ineficacia de los actos jurídicos familiares.

3.1.1.- Ineficacia

La ineficacia de la convención de la maternidad subrogada se da por dos sanciones: inexistencia y nulidad del acto.

La inexistencia, como sanción, tiene un fundamento específico que implica negación de la vida del negocio familiar celebrado, equivale a un acto inexistente por la ausencia de ciertos requisitos, no nace a la vida jurídica y no produce efectos, por lo que no requiere ser declarada. Mientras que la nulidad el acto jurídico nace viciado:

Nulidad: será nula la convención de maternidad subrogada si no se realiza por medio de sentencia judicial proferida por el juez de familia, puesto que, la falta de instrumento público no puede suplirse por otras pruebas ya que de ello depende su solemnidad y se mirará como no ejecutados ni celebrados. También será causa de nulidad el consentimiento viciado por error o fuerza.

Inexistencia: si la convención de maternidad subrogada se pactó en documento privado.

3.1.2.- Mutabilidad

La mutabilidad del acto puede observarse en tres cuestiones a saber, que sea inoponible frente a terceros, irrevocable y su término de caducidad:

- Inoponibilidad frente a terceros: carecen de eficacia jurídica la convención de maternidad subrogada que se otorgue después de efectuada la fecundación in vitro o inseminación artificial. Después de la FIV con embarazo positivo no se admitirá las actas que alteren o adicionen la convención de maternidad subrogada inicialmente celebrada ante juez.
- Irrevocabilidad: una vez iniciado el proceso de FIV, la convención de maternidad subrogada no podrá revocarse ni alterarse. Sólo antes de iniciar la FIV o inseminación podrá revocarse de igual forma como se realizó, ante el respectivo juez.
- Caducidad o vigencia: sólo si está contemplado y las condiciones estipuladas cambian. Teniendo en cuenta que la convención de maternidad subrogada precede a la inseminación, fecundación, gestación y nacimiento del hijo que se desea procrear a través de ese medio de reproducción humana asistida, tiene una vigencia que se encuentra sometida a las fórmulas del proceso de fertilización.

Tiene vigencia desde su celebración hasta el registro del nacimiento del hijo, que es la garantía del cumplimiento de la causa teleológica de la convención de maternidad subrogada.

Se tendrá en consideración el término que estipulen las partes como un periodo máximo de espera, en el que, sino se logra la fecundación exitosa, se revoca la convención y no tendrá efecto alguno.

3.2.- Efectos e impugnación de la paternidad y maternidad

Los efectos que genera con respecto a la filiación son con respecto al hecho jurídico del nacimiento, se extingue la filiación que ata jurídicamente al hijo de la madre que lo parió. Así se modifica a favor del hijo su filiación que quedará en cabeza de las personas que desearon procrearlo por este medio de reproducción humana asistida; toda vez que, la fuente de esta filiación no será la procreación por hecho natural, sino por creación jurídica. Por tanto, el hijo que es concebido con asistencia científica, no podrá impugnar la paternidad o maternidad, ni tampoco los herederos del causante.

- a) La paternidad y maternidad en razón de maternidad subrogada por solidaridad no son impugnables.

La filiación de una persona que ha sido gestada y nació por técnicas de reproducción humana asistida y que no tenga material genético de sus padres legales, no se puede impugnar por obvias razones; así mismo lo será para quien haya nacido por maternidad subrogada por solidaridad familiar, así comparta material genético de la madre subrogante porque el procedimiento conllevo a que donara sus óvulos. Es así que la madre subrogante puede donar sus óvulos sin que se vea comprometida en la responsabilidad de madre legal.

- b) Del pago de las obligaciones.

Teniendo en cuenta que la convención es gratuita, pero genera el pago de ciertas obligaciones como garantía de los derechos de la mujer y del hijo que esta por nacer, la parte interesada en procrear a través de este medio, deberá siempre, así la mujer facilitadora este trabajando, pagar a esta una cuota alimentaria a favor del hijo que esta por nacer, para soportar la alimentación y dietas requeridas a causa del embarazo. Esta obligación será efectiva desde la aprobación de la convención proferida por el juez hasta el nacimiento del hijo que quedará bajo la responsabilidad de sus padres.

3.3.- Restablecimiento de derechos en caso de su incumplimiento

Los derechos pueden verse en situación de vulneración, amenaza o inobservancia a causa del incumplimiento de los deberes acordados entre las partes. Un derecho esta inobservado cuando esta en situación de omisión o negación de acceso a un servicio o ante el incumplimiento de los deberes y responsabilidades; esta amenazado cuando esta en situación de inminente peligro o de riesgo; y esta vulnerado ante la situación de daño, lesión o peligro; todas estas situaciones impiden garantizar, permitir o procurar el ejercicio de los derechos. Estas situaciones en la maternidad subrogada se entenderán como:

Situación de Inobservancia: se presenta cuando a la mujer o persona facilitadora no se encuentra afiliada al sistema integral de salud y seguridad social, lo que generará

la negación o acceso a los servicios de salud que requiera, incluso distintos a los de su estado de embarazo. Por lo que su restablecimiento estará a cargo de los padres del que esta por nacer, asumiendo en su totalidad la afiliación del sistema, independientemente de los servicios prestados por parte del centro de fertilización o reproducción asistida.

Situación de Amenaza: el embarazo de por sí constituye una situación de riesgo, más aún, cuando se ha insistido artificialmente; por tanto esta situación de amenaza se presenta cuando la mujer o persona facilitadora no cuenta con una póliza de vida y de salud, que cubra cualquier daño o perjuicio en su salud y vida a causa del embarazo, y/o en cualquier etapa del tratamiento de fertilización, fecundación, gestación, parto y post-parto, como lo puede ser incluso la pérdida de su útero a causa de una cesárea mal practicada, cambios degenerativos en cualquiera de sus sistemas ya sea hormonal, nervioso, neuronal, psicológico, y en fin, el sin número de patologías generadas por esta causa solidaria. Es así que los futuros progenitores deberán suscribir a favor de la mujer facilitadora de su proceso de procreación, una póliza de vida y de salud integral.

Situación de Vulneración: cuando a causa de no restablecer las situaciones de amenaza o inobservada y acaece el daño o perjuicio irremediable o irreparable, los progenitores deberán asumir en su totalidad el pago de una pensión vitalicia a favor de la mujer que pario su hijo.

Conclusión

Cuando se ha decidido procrear por medio de ayuda o asistencia médico científica, es porque queriendo, no se puede de manera natural y aún acudiendo a las distintas técnicas de reproducción, tampoco es posible culminar exitosamente su tratamiento de fertilidad debido a la incapacidad de gestar, haciéndose necesario recurrir a una mujer que distinta a los interesados tiene dicha capacidad.

Este tipo de alternativa reproductiva contiene en sí misma una situación compleja, primero, resolver la frustración de las personas que desean procrear y que le es imposible; segundo, se requiere involucrar a una tercera persona para que pueda culminar el tratamiento reproductivo y lo lleve a feliz término; tercero, tratándose de intereses reproductivos, necesariamente se debe regular desde el Derecho de familia por los vínculos filiales y efectos que estos producen.

Ante tal complejidad, este tipo de opciones en la salud reproductiva de las personas, no pueden estar totalmente dimitidas ante un supuesto *libre arbitrio*; toda vez que, todo ese procedimiento sin que medie una regulación clara y expresa al respecto, puede dejar en riesgo el reconocimiento, la garantía, la protección y la eficacia de los derechos, en reciprocidad con el cumplimiento de las obligaciones.

El haber tomado por analogía las principales instituciones jurídico familiares como, el parentesco, el matrimonio, la filiación y la adopción, posibilitó proyectar el régimen por el cual se debe regular esta alternativa de procreación, el cual servirá de pauta para que el deber legislativo reglamente sin escepticismo que la maternidad

subrogada con fines solidarios, facilita la culminación de las técnicas de reproducción humana asistida.

Es entonces que se propone la convención solidaria de maternidad subrogada como un acto jurídico familiar, que permite determinar la relación jurídico filial entre quienes no la tienen por su naturaleza, esto es, entre el hijo y quienes jurídica y legalmente serán sus padres, compartan o no la carga genética, e independientemente de que su existencia la haya facilitado una mujer que no ostenta la calidad de progenitora pues finalmente subrogó la condición de madre que se confirió en virtud del hecho jurídico del nacimiento y/o del parto.

Se habla de mujer o persona con capacidad reproductiva que desea solidariamente facilitar el procedimiento de procreación asistida con maternidad subrogada, de tal manera que no sólo va dirigido a la mujer como tal, sino también a aquella mujer que cambio su género al masculino, pero conservó su aparato y sistema reproductor femenino con capacidad reproductora.

Ahora bien este leguaje inclusivo, vincula a los que desean ser padres independientemente de: su estado civil (solteros, casados, viudos, separados, divorciados, en unión marital de hecho), si han tendido o no hijos, el tipo de patología de infertilidad que padezcan (nuevos desafíos o necesidades por los cambios hormonales, padecer de esterilidad, haber perdido el útero por cuestiones médicas o por nacimiento (hermafrodita)), incluyendo a los transexuales que no conservaron su aparato reproductor femenino y también se beneficia a los que no pueden concebir por su propia naturaleza (las parejas homosexuales).

El «siempre y cuando se actúe por solidaridad» fortalece las relaciones familiares, permite unir a las familias, reincorpora el sentido de la familia por medio de los lazos de unión y devoción, todo esto es refractario al *animus lucrandi* exigiéndose la prohibición de transar cualquier tipo de convenio oneroso o lucrativo entre las partes, ya sea directamente o por medio de agencias, centros o clínicas especializadas en este tipo de reproducción asistida.

No debe entenderse la solidaridad como la renuncia de los derechos, sino de asumir las responsabilidades propias que emanan de la procreación, del nacimiento, de la existencia legal de las personas y sus vínculos tanto jurídicos, legales y familiares, sin sacar provecho económico o lucrarse a razón de ello.

Además, el convenio solidario no es *per se* contrario a la dignidad de la mujer gestante ni a la del hijo, pues no debe subestimarse su capacidad de consentir informada y libremente lo que comulga también con el interés superior del menor y los derechos fundamentales de la libertad, del libre desarrollo de la personalidad y los constitucionalmente reconocidos a la familia y a cada uno de sus integrantes.

En este orden, la reglamentación que se espera estipule Colombia, sea la de conducir a la práctica de la maternidad subrogada como alternativa reproductiva y facilitadora en las técnicas de reproducción asistida para aquellas personas que no tienen

la capacidad de gestar. Sin embargo, a fin de disminuir el impacto negativo, se deberá observar que:

- dentro de un sistema de tolerancia es refractario al animus *lucrandi* y no se podrá reclamar ni pactar el pago de derechos de carácter económico o patrimonial;
- a través de los fines solidarios, podrán reclamarse derechos indemnizatorios, en el caso que los hubiera, y su pago como el de los aportes obligatorios al sistema de salud, seguridad social, cuotas alimentarias, gastos derivados del tratamiento de fertilidad, gestación, nacimiento y lactancia, se realizarán a título de beneficiarios y correrán por cuenta de la parte que desea procrear;
- por medio de un régimen personal y no comercial, se establece la filiación a favor del hijo acordada previamente a su concepción, mediante una convención solidaria y solemne de maternidad subrogada y a través de las características propias del acto jurídico familiar.

El legislador deberá regular la materia, en estricta obediencia a la dignidad humana y el marco constitucional, destacar de la maternidad subrogada los fines para lo cual fue creada promoviendo intereses reproductivos solidarios que pueden ser distorsionados por quienes pretendan sacar provecho económico y lucrarse a expensas de las necesidades ajenas.

En búsqueda de un equilibrio entre las distintas modalidades que existen de la maternidad subrogada regulada en el exterior, se determinó como punto de inflexión los derechos de la mujer y su estatus en el Derecho colombiano, lo que consolidó un modelo solidario que desarrolla principios constitucionales y sintoniza con las normas del código civil, lo que mitiga el ruido que produce la dinámica social con la obligación del Estado en proteger a la mujer.

La regulación de la maternidad subrogada se encuentra en mora por parte del Congreso General de la República, sin mayor justificación, puesto que como quedo expuesto, se cuenta con un marco normativo y constitucional que la proyecte como una institución jurídico familiar garante de los derechos de la mujer, materializada en el Derecho de familia colombiano y en otras instituciones del sistema jurídico que le son conexas.

CONSIDERACIONES FINALES



Ilustración de ALÓGENNA [Lina Hernández Sepúlveda].

CONSIDERACIONES FINALES

«El cuerpo se construye inevitablemente de esa manera (como objeto propio y dispuesto a ser investido con goce) y eso muestra por qué vía somos materia dispuesta para el goce del Otro» (Sanmiguel 2003)

Estudiar la maternidad subrogada desde el reconocimiento y reposicionamiento de las personas como sujetos de derechos en Colombia, que es un país megadiverso, converge bajo el influjo de tres principios fundamentales y fines del Estado Social de Derecho: el respeto de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad.

Estos principios desarrollados por la jurisprudencia constitucional, reivindica a la mujer en el Derecho como un sujeto de especial protección que, al modernizar las obsoletas normas contenidas en la legislación, la desmarginaliza en su papel en la familia y en la sociedad, para lo cual le reconoce dentro de la autonomía, libertad e igualdad, la facultad del ejercicio pleno de sus derechos que le son esenciales.

Desde esta arena y de conformidad a su propia y única fisiología, se permite estudiar el rol que desempeña la mujer en las técnicas de reproducción humana asistida, no como paciente de una patología de fertilidad que le impide llevar a feliz término el fin propuesto de procrear, sino como el medio para ayudar a quien la padece.

El móvil de este tipo de procreación, es un marco altruista que se cimienta básicamente desde el principio constitucional de la solidaridad, es entonces cuando una mujer libremente decide cooperar con el tratamiento científico de procreación asistida tomando el lugar de quien lo desea pero que le es imposible iniciarlo, desarrollarlo y culminarlo exitosamente.

Esta libre y solidaria elección es impetuosa en las relaciones jurídico familiares por los efectos legales y jurídicos que se originan en virtud de la existencia legal de la persona, es

decir, de su nacimiento y no de su procreación. De ahí que la filiación como atributo de la personalidad que se originó en el parto y otorgó la calidad jurídica materna a quien parió, se deba subrogar a la persona que deseó procrear y que sólo le fue permitido por ese método de reproducción asistida.

En este orden de ideas, erigen estas consideraciones finales tres ejes centrales al estudiar el papel que desempeña la mujer en la elección a la maternidad subrogada: el primero de ellos obedece al reconocimiento de la mujer como sujeto de derechos; el segundo avala a la maternidad subrogada como una alternativa en la reproducción humana asistida; y tercero, para finalmente considerar que, la autonomía de la mujer es fuerza emancipadora en la maternidad subrogada, lo que crea un compromiso de doble vía: al derecho y al deber.

1.- La mujer como sujeto de especial protección constitucional

La mujer más que un sujeto de derechos, es un elemento primordialmente fundante en la sensibilización de las obligaciones que trajo consigo la nueva visión del Estado Social de Derecho, para recibir protección por parte de este y el reconocimiento de sus derechos que implicó trascender en el papel que desempeñaba en la familia y que en otros términos se conoce como construcción jurídica de la igualdad de géneros o la igualdad sustantiva.

Una nueva función del Estado plantea a la mujer como sujeto jurídico y el problema de acabar con la marginalidad contemplada en la legislación ya no se centra en la igualdad del hombre y la mujer, como quedo visto en la Constitución de 1991, sino en remediar el problema social que esto ha implicado para ella.

Esa nueva condición de la mujer constituye una nueva subjetividad que disgrega las estructuras sociales, las que a través del tiempo se habían conformado y en este panorama, la autonomía plantea un bien positivo pero con ciertos márgenes que se cruzan con la moral, lo que le impide tomar decisiones en el uso de su cuerpo como es el caso de la maternidad subrogada.

Esta apreciación plantea, en que sí la mujer se asume como una entidad autónoma, por lo menos corporalmente, la mujer tendría el derecho de decidir si subroga o no la maternidad, y en ese juego de individualidades y fragmentación de entidades tradicionales, hace parte de la realidad social que de hecho muestra el carácter jurídico de los sujetos que están en el Derecho y la poca posibilidad de una connotación natural.

Todo esto debido al nuevo Derecho que es una puerta abierta a la subjetividad, tanto del juez que juzga, como de las subjetividades jurídicas que crea el Derecho, una nueva dimensión de comprensión tanto a partir de comprender el Estado y su función, como la función misma del Derecho en sociedad.

En este panorama las acciones positivas o afirmativas del Estado, desarrolladas por ejemplo por el poder judicial, materializan una medida o dispositivo de articulación de los fines de dicho Estado frente a un contexto tradicionalmente adverso para algunos sectores, en aras de conseguir la *igualdad sustantiva* de la mujer.

El nuevo concepto de mujer, lleva en si misma la responsabilidad social que tiene el juez en superar condiciones de marginalidad, inequidad, injusticia social y que, ante los reclamos históricos, no puede seguir leyendo con visiones de tipo tradicional, que se basan en modelos hegemónicos o estándares monolíticos y que han generado la desigualdad histórica.

Como tarea de superar condiciones de marginalidad, es la de reglamentar urgentemente la maternidad subrogada, puesto que su falta de normatividad, podría constituir una amenaza de marginalización de la mujer, toda vez que, al involucrarla en estas prácticas de reproducción asistida sin que medie una regulación expresa que garantice sus derechos, claramente la instrumentaliza y es ahí donde las acciones afirmativas se estancan y la discriminación positiva de la mujer se desvanece.

La jurisprudencia se ha pronunciado tímidamente al respecto y el problema radica que, ante la ausencia de una regulación, se esta haciendo mal uso de las prácticas reproductivas que, dependiendo del libre arbitrio e interés particular, se distorsiona la maternidad subrogada convirtiéndola en el mercado del alquiler de vientres, en hijos abandonados y rechazados cuando nacen con problemas o defectos físicos y en últimas generando sujetos en condición de vulnerabilidad.

Regular la actividad de la maternidad subrogada como una alternativa reproductiva, no es equiparable a la inducción del tráfico de personas, ni mucho menos atenta contra la dignidad de la mujer, sino antes, por el contrario, es una forma de garantizar los derechos de la mujer que solidariamente elige facilitarle a una persona la posibilidad de procrear.

La mujer en Colombia cuenta con un respaldo constitucional, legal y jurisprudencial, lo que la postula como punto de inflexión para que al permitir la práctica de la maternidad subrogada esta se regule con fines solidarios y reducir los efectos negativos que eventualmente pudiese traer consigo los derechos que se disputen.

En resumidas cuentas, el problema que se logra determinar a causa del reconocimiento fragmentario de los derechos de la mujer en Colombia, hace de esta el anclaje entre la maternidad subrogada y los fines del Estado Social de derecho, siendo compatible con la constitución de 1991 siempre y cuando se regule teniendo en cuenta a la mujer como sujeto de especial protección constitucional.

2.- La maternidad subrogada como alternativa de procreación solidaria

Si bien es cierto, que en el ordenamiento jurídico colombiano no está regulada la maternidad subrogada, también lo es, que no existe norma expresa que la prohíba, ni tampoco que impida realizar este tipo de convenios o acuerdos; el problema está en la falta de una normatividad que los respalde y de conformidad a la consideración final antes expuesta, es decir, los derechos de la mujer.

Es clara la necesidad de una regulación exhaustiva, pero también lo es, que hasta el momento queda entre dicho la validez de todos los acuerdos de maternidad subrogada celebrados por las partes, al no encontrarse contemplados en la ley y en caso de

presentarse un conflicto, este se resolverá teniendo en cuenta los únicos criterios jurídicos claramente establecidos, esto es, el interés superior del menor y su prevalencia.

Así las cosas, a pesar de que la práctica de la maternidad subrogada pudiese ser una alternativa de procreación para resolver los problemas de infertilidad, que como enfermedad del sistema reproductivo interfiere negativamente en el proyecto de vida de las personas que la padecen, no resulta en Colombia una medida eficaz hasta tanto no se regule de manera amplia y explícitamente de conformidad a los ordenamientos constitucionales y legales, inclusive todos los efectos jurídicos que se desprenden de ella.

Pues, además, es una pena que en Colombia no se cuente siquiera con una legislación sobre las técnicas de reproducción humana asistida, que asistan de manera eficaz a las personas que se encuentren en situación de incapacidad reproductiva.

Por ello el Estado colombiano esta llamado a resolver el problema de desprotección que se da por insuficiencia de una regulación clara, específica y sostenible, para el acceso a la maternidad subrogada como una alternativa positiva que permita resolver asertivamente los tratamientos reproductivos.

Es así, que se debe contemplar estipulaciones con el cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones, a fin de evitar: la mediación lucrativa o concebir bajo consideraciones de carácter económico; la desprotección de los derechos de la mujer y del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos originados por un eventual desacuerdo entre las partes involucradas.

Si el Estado no regula prontamente las técnicas de reproducción humana asistida y la maternidad subrogada dentro de estas, puede convertirse como segundo agresor de una eventual violación de derechos al no adoptar acciones afirmativas tendientes a superar las afectaciones en la salud reproductiva.

Lo anterior es invisibilizar que la progresividad del derecho fundamental a la salud, requiere que el Gobierno revise la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización in vitro, e incluir la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas.

Además, la regulación que opte el Estado con respecto a la maternidad subrogada como alternativa reproductiva, deberá ser de manera imparcial y adoptar en términos razonables medidas de protección con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos de las mujeres, atender una perspectiva de género y establecer mecanismos de control para prevenir y sancionar actos de violencia que se puedan ocasionar.

Por ello se debe denominar este tipo de reproducción asistida como maternidad subrogada, porque alberga una función legal que sólo se puede sustituir o cambiar por quien la ostenta: la mujer que ha gestado y ha parido un hijo para otra persona que únicamente podía procrear a través de ese medio. Lo que no sucede con la mal llamada gestación por sustitución, puesto que gestar es un estado fisiológico del propio cuerpo humano imposible de delegar al no salir de él y hacer parte del mismo.

Observar esta técnica sólo desde la función gestacional y denominarla como tal, invisibiliza e instrumentaliza a la mujer sujetándola a un escenario reproductivo como si fuese una productora de bebés, un útero artificial o de laboratorio, sin derechos, sin sentidos, sin ninguna responsabilidad.

3.- La autonomía personal de la mujer, en la elección de la maternidad subrogada

La elección a la maternidad subrogada, se ha convertido en una alternativa de procreación, pero lo cierto es, que esa elección obedece a una expresión de autonomía reproductiva en cabeza de la mujer que ostenta tanto la capacidad para procrear, como la calidad de sujeto de especial protección constitucional.

Este empoderamiento de la mujer se fundamenta en el valor esencial de su dignidad, igualdad y libertad, es decir, en un conjunto sistemático de sus derechos, que es el requisito para frenar a la maternidad como un hecho que condicione a la mujer a verse sometida a la discriminación, sobre todo en el ámbito laboral.

El consentimiento, es elemento por el cual se perfecciona el acto jurídico de la maternidad subrogada, tal y como se sustentó en la propuesta presentada en el tercer capítulo y que instruye la forma en que se debe regular la maternidad subrogada en Colombia como una alternativa de procreación sin ánimo de lucro, que garantice la plena autonomía de la mujer y libre de cualquier circunstancia de constreñimiento.

Pero esa voluntad de las partes aunada con la causa teleológica, se encuentra materializada por el principio constitucional de la solidaridad y constituye un carácter dinámico para crear una tendencia nueva en las instituciones jurídico familiares relacionados con la tradicional y cíclica filiación que no contempla otras formas reproductivas.

Esa adaptación, que conlleva un cambio en las relaciones filiales, señala a la mujer como forjadora del proceso transformador de las viejas u obsoletas normas y de crear las que aún no existen, para superar los retos y satisfacer las necesidades que trae la dinámica social, cuando se trata de instituir vínculos filiales emanados de un acuerdo de voluntades, en el que ella solidariamente permite a través de su cuerpo que otra persona pueda procrear.

Esta última consideración es aditamento de las dos consideraciones finales anteriormente señaladas; conlleva a contemplar la idea de la mujer en calidad de sujeto de derechos y de especial protección constitucional, como fuerza emancipadora en las técnicas de reproducción humana asistida y con mayor ahínco en la práctica de la maternidad subrogada, lo que quiere decir:

Que, la urgida y necesaria legislación que se requiere que adopte el Estado, en lo que a la maternidad subrogada respecta, debe sostenerse en la finalidad solidaria como el punto de equilibrio entre el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de quienes los reclaman y el reconocimiento, la garantía y la protección de los derechos de la mujer.

Que proveer para las familias del nuevo milenio que padecen de disfunción reproductiva, es avanzar más allá de los impedimentos que impone la ley y la bioética

en el acceso de los tratamientos de reproducción asistida y la de trascender a la perpetuidad de la normativa tradicional.

Que, la frustración que hoy acompaña a una persona por no ser madre o padre, puede ser superada por la solidaridad de una mujer sea su madre, hija o hermana o no tenga ningún vínculo de parentesco, y sí es así, ¿qué es la ley para impedirlo? ¿qué es un Estado Social de Derecho ante los truncados proyectos de vida de la persona y las familias a quienes por principio constitucional se les reconoce sus derechos íntimos y familiares frente a las enfermedades que padecen de infertilidad y/o incapacidad reproductiva? ¿El Estado de qué teme, de que se restringe?

Que, ante tales cuestionamientos existe una respuesta universal y es que ninguna norma constitucional puede interpretarse solamente de si misma, los bienes jurídicos normados en la Constitución fusionan límites y contenidos de los derechos fundamentales cuyo sentido es garantizar el *status libertatis* y que mediante las disposiciones del derecho penal y del derecho civil se encuentran limitados por conceptos de un contenido material y tradicionalmente determinado.

Que, aunado a lo anterior todo derecho fundamental está bajo la reserva tanto de leyes generales como especiales y cuando colisiona con otros bienes jurídicos constitucionales, el principio de ponderación determina los límites admisibles a fin de evitar ser utilizados los unos contra los otros.

Que, la Constitución debe reconocer a favor de un Estado Social y de los derechos fundamentales, un ordenamiento global basado en la libertad, en el que el principio de la ponderación es el parámetro para la determinación de los límites admisibles a los derechos fundamentales, los cuales no están los unos respecto de los otros en una relación como de supra o subordinación, sino más bien, están coordinados los unos con los otros.

Que, la libertad de los derechos fundamentales debe poseer carácter social debiéndose actualizar en la vida diaria del ciudadano y cuando se priva de su ejercicio, se afecta en un conjunto la sociedad.

Que, en caso de concurrencia de derechos fundamentales en cabeza de los titulares que intervienen en la maternidad subrogada, la ponderación los llama a ser utilizados en un sentido más de cooperación que de subordinación en relación a las libertades individuales reconocidas en la Constitución; por ello que, el punto de equilibrio constitucional entre el derecho reproductivo que reclama una parte y los derechos que le asisten a la mujer, es que ambos se ejerzan en desarrollo al derecho y principio de libertad situados desde la solidaridad como ley fundamental.

Así las cosas, se ilustra la hipótesis planteada y la maternidad subrogada resulta ser compatible con la Constitución de 1991, que en respuesta de no solamente una libertad formal, sino sustantiva, debe ser regulada, permitida e implementada dentro de las técnicas de reproducción humana asistida como alternativa de procreación y de conformidad a las siguientes:

1. Se debe regular, permitir e implementar la maternidad subrogada dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, como un compromiso de doble vía (al derecho y al deber), donde la persona que tiene derecho a procrear, adquiere deberes con la persona que se lo facilitará.

Aquí tanto la mujer que gestará como la persona que desea procrear serán solidariamente responsables con las obligaciones que se deriven antes, durante y después del proceso de reproducción asistida.

2. Lejos está la posibilidad de reglar esta medida de procreación con fines lucrativos por lo que las partes no contarán con agencias ni intermediarios, sino solamente con el acompañamiento médico científico profesional de los servicios que contratarán en los centros o clínicas especializadas o en las respectivas EPS si llegasen a contemplar dentro del plan obligatorio de salud estos servicios de reproducción asistida.
3. Se debe reconocer a ambas partes los derechos laborales como consecuencia del nacimiento, esto es, de la licencia de maternidad/paternidad y del periodo de lactancia materna, esto reduciría los efectos negativos que conlleva la procreación ante la pérdida eventual de empleos o carencia de estabilidad laboral.
4. Se sugiere como nombre de la ley que regule la maternidad subrogada «Ley NIDO» que además de ser compatible con su sentido etimológico se proyecta el siguiente significado: «N» de nuevo, *nasciturus* y neonato; «I» de inclusión e intercambio; «D» de derechos y deberes; «O» de oportunidad. Lo que quiere decir que ante las nuevas formas de constituir familia y de procrear, hay mecanismos de inclusión familiar con intercambio recíproco de roles, donde los derechos se convierten en deberes y las obligaciones en oportunidades; es así, que es válido «el derecho que tiene una persona en procrear, pero también el de tener deberes con esa mujer que facilitará la oportunidad de serlo».
5. Es en el principio constitucional de la libertad, además del de solidaridad, que se deben reconocer, garantizar, proteger, establecer, promover y desarrollar los derechos y con respecto a la maternidad subrogada, no hay libertad si se ofrece una compensación toda vez que involucra un aspecto económico.

Ahora bien, no hay compensación por gastos de parto y embarazo, toda vez que estos son obligaciones y que recaen en los padres quienes deben asumir a favor de su titular «el *nasciturus*».

Es por ello que el carácter de solidaridad respalda que la maternidad subrogada como acto jurídico familiar, coincida con el modelo de Estado Social de Derecho que impera en Colombia a través de su Constitución Política de 1991 y en la misma medida que la naturaleza jurídica de la familia, deja por fuera del *animus lucrandi*, este tipo de actuaciones.

Por ende, la compensación es una relación que involucra solamente a padres e hijos, y aquí la mujer que subroga la maternidad antes de concebir se hace responsable de un proceso de gestación que culmina con el parto.

Para evitar que la maternidad subrogada se corrompa por intereses lucrativos como lo es el alquiler de vientre o gestación por sustitución, es necesario blindarla de todo incentivo económico que no sea el del cumplimiento moral y legal de las obligaciones de los padres con sus hijos.

Además, que en estos asuntos los derechos de la mujer están llamados a perpetuarse como protagonistas y piedra angular en todas las decisiones legislativas, que sin carácter retrospectivo de las relaciones jurídico familiares, deberán estar garantizados antes de cualquier tipo de intervención.

Después del debate que ha suscitado la maternidad subrogada como alternativa de reproducción humana asistida y los derechos reproductivos que le asisten a las personas ante su incapacidad reproductiva, es la mujer como sujeto de derechos y de especial protección constitucional lo que le hará ruido al poder legislativo para optar por su regulación.

Lo que quiere decir que, para regular este tipo de reproducción humana asistida se deberá tener en cuenta el estatus de la mujer y el ejercicio de su autonomía, que la postula como fuerza emancipadora en la existencia legal de las personas, a través de tres elementos, el hecho jurídico del nacimiento, la potestad parental y la solidaridad familiar, así:

1. En el mundo jurídico la existencia legal de la persona proviene del hecho jurídico del nacimiento que le proporcionó una mujer.
2. Por el hecho jurídico del nacimiento, es la mujer quien tiene la potestad de subrogar la calidad materna o filial que le fue conferida, independientemente que se comparta o no la misma carga genética.
3. Subrogar esa calidad jurídica, se justifica únicamente con fines solidarios y obedece a la misma esencia invaluable que posee la maternidad (altruista y no onerosa).

Finalmente, la maternidad subrogada se considera como una alternativa reproductiva únicamente con fines solidarios; por ende, se debe dejar de mirar como un tabú y aceptarla en el mundo jurídico como una alianza entre el Derecho y el estatus que hoy día tiene la mujer; de tal suerte, que su regulación valla de acuerdo con la protección y garantía de sus derechos, para reducir con ello los efectos negativos de su instrumentalización.

La instrumentalización de la mujer es inevitable, pero la forma en como se regula la práctica de la maternidad subrogada puede generar que esta instrumentalización de la mujer sea positiva o negativa. Tal y como se ha expuesto, será positiva en la medida que sea regulada en concordancia al principio constitucional de la solidaridad, lo que presupone contrarrestar su efecto negativo que esta determinado por la comercialización o incluso por la prohibición.

Todo ese proceso histórico del reconocimiento del papel de la mujer en la familia, en la sociedad y en el Derecho, es de gran trascendencia constitucional, empoderándola en el ejercicio de su autonomía personal que protege su decisión de procrear, sea para sí o solidariamente para otra persona.

Es así, que la instrumentalización de la mujer se vera disminuida en la medida que se regule la práctica de la maternidad subrogada, como una alternativa reproductiva con fines solidarios y se evite cualquier tipo de negociación o intermediación lucrativa, esto garantiza en últimas una voluntad libre de constreñimiento y presiones económicas.

BIBLIOGRAFÍA

- Abello, J. (2007). *La filiación en el derecho de familia*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Abramovich, V., & Curtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos elegibles*. Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (2ª edición ed.). (M. A. Espejo, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. (L. Villar Borda, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alonso, C., de Montalvo, F., López, M., Bellever, V., Cadena, F., de los Reyes, M., y otros. (2017). *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Bilbao: cbe Comité de Bioética de España.
- Amador, M. (2010). Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. *CS* (6), 193-217.
- Atienza, M. (1996). *Derecho y Argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho*. México: Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 134. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Balaguer, M. (2017). *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*. Madrid., España: Ediciones Cátedra. Universitat de València.
- Bernarte, F. (2004). El Código Penal Colombiano de 1890. *Estudios Socio Jurídicos*, 6 (2).
- Bobbio, N. (2002). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.
- Bourdieu, P., & Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Burrows, C. L. (2011). *Deconstructing Motherhood: A critique of the legal regulation of surrogacy*. Durham: Durham theses, Durham University. Available at Durham E-Theses Online: <http://etheses.dur.ac.uk/3192/>.
- Cadelo, A. (2004). «Hábito e ideología Criolla en el Semanario del Nuevo Reino de Granada». (S. P. Castro Gómez, Ed.)
- Castro, S., & Restrepo, E. (2008). *Genealogías de la colombianidad. Formaciones discursivas y tecnologías de gobierno en los siglos XIX y XX*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Cepeda, M. J. (2007). *Polémicas Constitucionales*. Bogotá: Legis.

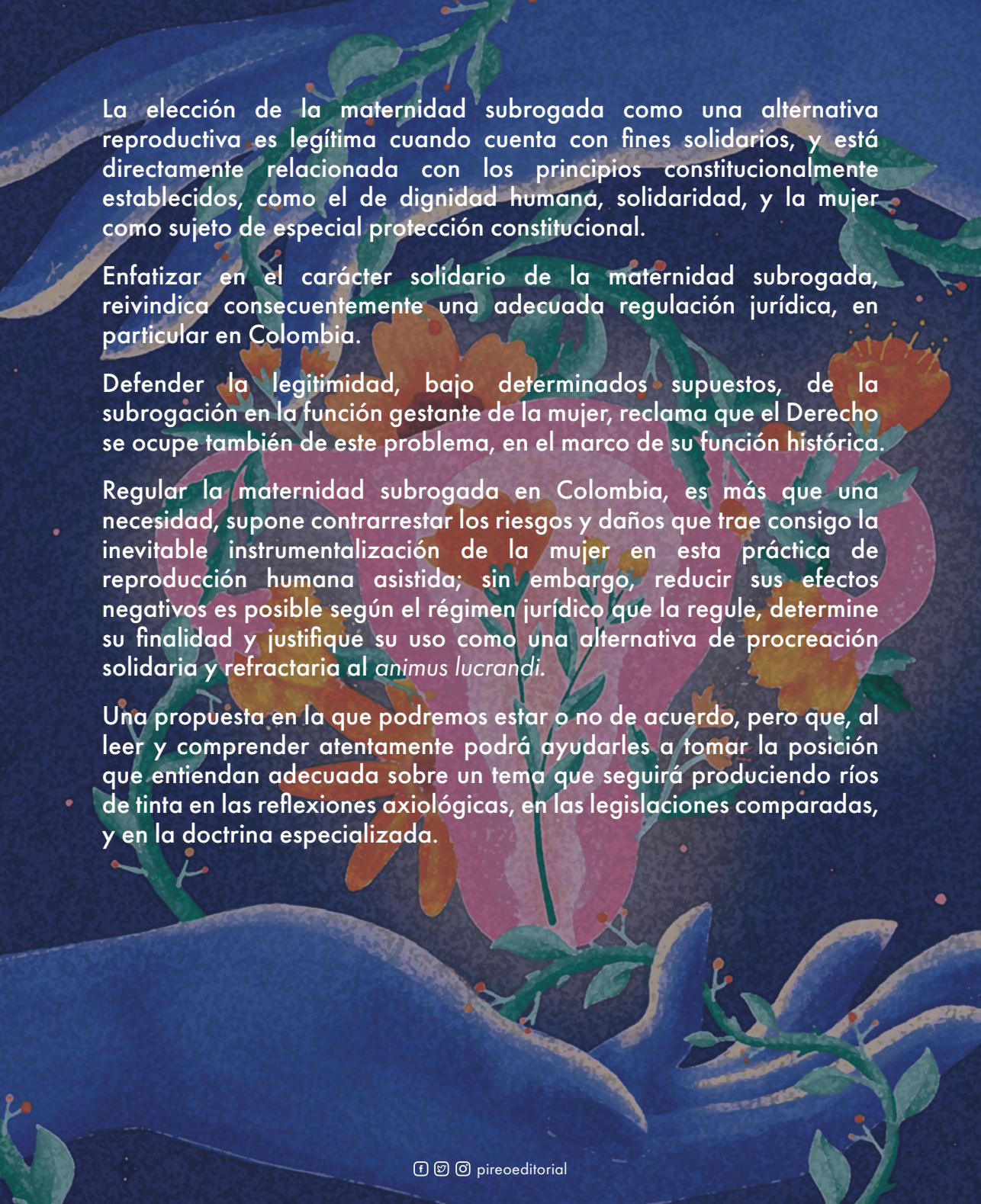
- Cepeda, M. (febrero de 2001). La ubicación de la Corte Constitucional en el sistema político. *Jurisdicción Constitucional en Colombia, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura*, 530-538.
- Cerda, H. (1992). *La investigación total: la unidad metodológica en la investigación científica*. Bogotá: Magisterio.
- Corea, G. (1988). *The Mother Machine: reproductive Technologies from Artificial Insemination To Artificial Wombs*. London: Women's Press.
- Cotarelo, R., Giulia Minasi, M., & Greco, E. (2011). Reproducción asistida en Italia: Del «salvaje oeste» a la ley de reproducción asistida más restrictiva de Europa. Un país que se adapta al continuo cambio en la legislación. *Actualización Obstetricia y Ginecología 2011*, 1.
- Creative Family Connections. (2016). *Creative Family Connections*. Recuperado el 19 de Julio de 2018, de Creative Family Connections: <https://www.creativefamily-connections.com/us-surrogacy-law-map/>
- Cruz, L. M. (2006). *Estudios Sobre el Constitucionalismo*. México: Porrúa.
- Cárcar, J. (2017). La gestación por sustitución dentro del derecho a la asistencia sanitaria: su configuración y prioridad en una futura regulación. *Comunicaciones*, 27, 160-173.
- Daltabuit, M. (1995). Mujeres mayas: fertilidad y desarrollo económico. En R. Ramos Rodríguez, & S. López Alonso (Edits.), *Estudios de Antropología Biológica Volumen V* (2ª edición ed., pág. 439). México: Instituto de Investigaciones Antropológicas, UNAM Ciudad Universitaria.
- Daza, S. M. (2011). *El papel de la Mujer en la familia, un desafío constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad La Gran Colombia.
- Daza, S. M. (2015). *Derecho de Familia. Apuntes sobre la estructura básica de las relaciones jurídico familiares en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Daza, S. M. (2012). *Lecciones de Derecho de Familia*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Daza, S. M., & Morales, S. (2016). El deber de información al paciente, el consentimiento informado y el tratamiento ambulatorio en España. *NovumJus*, 10 (2), 11-34.
- De Sousa, B., Van, P., Gosepath, S., Cortés, F., Giraldo, J., López, L. M., y otros. (2001). *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*. (M. A. Alonso, & J. Giraldo Ramírez, Edits.) Medellín: Escuela Nacional Sindical.
- Dema, S. (2000). *A la igualdad por la desigualdad: la acción positiva como estrategia para combatir la discriminación de las mujeres*. Oviedo: KRK Ediciones.
- Derrida, J. (1989). *La Escritura y la Diferencia*. (P. Peñalver, Trad.) Barcelona: Anthropos. Editorial del Hombre.
- Díez-Picazo, L. (1984). *Familia y Derecho*. Madrid: Civitas.
- Duhamel, O., & Cepeda, M. J. (1997). *Las Democracias. Entre el derecho constitucional y la política* (Primera edición ed.). Bogotá: Tercer mundo editores- Universidad de Los Andes – Facultad de Derecho.

- Durkheim, É. (2001). *Las Reglas del Método Sociológico* (1ª edición en francés 1895; 1ª edición en español 1986; segunda reimpresión 2001 ed.). (E. Champourain, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.
- Durán, A. (2014). Sentencias TEDH, caso Mennesson y Labassee c. France. Interés superior del menor y gestación por sustitución. *Reseñas de Jurisprudencia Internacional Privado*, 2, 280.
- Dworkin, R. (1997). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Egis, K. (2017). *El ser y la mercancía. prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Barcelona, España: Edicions Bellaterra.
- Farnós, E. (27–30 de Junio de 2010). European Society of Human Reproduction and Embriology 26 th. Annual Meeting. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 10-11.
- Farnós, E. (2017). Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho. *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas*, 40.
- Fernández, L. (2017) Reconocimiento de la licencia de maternidad en eventos de subrogación de útero, Concepto 201711601828841 (Minsalud 18 de Septiembre de 2017).
- Foucault, M. (2000). *Defender la sociedad*. Curso en el Collage de France (1975-1976): Fondo de Cultura Económica.
- García Jaramillo, L. (2008). El Nuevo Derecho en Colombia ¿Entelequia innecesaria o Novedad pertinente? *Revista de Derecho* (29), 295.
- García Sarmiento, E. (1992). *La familia, el menor y las personas de la tercera edad en la Constitución Política de 1991*. Bogotá: El Foro de la Justicia.
- García Villegas, M., Uprimny, R., & Rodríguez, C. A. (2006). ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. En M. García Villegas, *El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia* (págs. 201-233). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contra mayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Gaviria, C. (2002). *Sentencias. Herejías constitucionales*. México: Fondo de Cultura Económica–Filial Colombia.
- Guerra, M. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria (SESPAS)*, 31 (6), 31.
- Gómez, H. (2002). *La mujer colombiana y el proceso histórico de sus derechos*. Tunja: Academia Boyacense de Historia.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Hart, H. (1995). *El concepto de derecho*. (G. R. Carrio, Trad.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Heidegger, M. (2000). *Los problemas fundamentales de la fenomenología*. Madrid: Trotta.

- Häberle, P. (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. (J. B. Camazano, Trad.) Madrid, España: Dykinson.
- Kelsen, H. (2007). *Teoría pura del Derecho* (15ª edición ed.). México: Porrúa.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica*. (T. y. Medina, Ed.) Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Lamm, E. (2017). Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución. *Gaceta Sanitaria*, 31 (6), 2.
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, España: Universitat de Barcelona.
- Lamprea, P. (1994). *Principios fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Jurídica Radar.
- Latorre, V. (2012). *Bases metodológicas de la investigación jurídica*. Valencia: tirant lo blanch.
- Lema, C. (2001). El futuro de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida y embriones: Problemas pendientes y Constitución. En C. Lema, C. Amoedo, D. López, M. Iglesias, A. Cambrón, M. Casado, & A. Cambrón (Ed.), *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad* (págs. 15-56). Madrid, España: Totta.
- Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglos del Hombre Editores. Universidad de los Andes.
- Llanes, M. (2010). *Del sexo al género. La nueva revolución social*. Pamplona, Navarra, España: Ediciones Universidad de Navarra S.A.
- López, D. E. (2004). *Teoría Impura del Derecho, La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*. Bogotá: Legis Editores.
- López, D. E. (2000). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis Editores.
- MacKinnon, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado* (Feminismos ed.). Madrid: Ediciones Cátedra Universitat de València Instituto de la Mujer.
- Mackinnon, C. A. (2006). Feminismo, marxismo, método y Estado: hacia una teoría del derecho feminista. En M. García Villegas, *Crítica Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Marrades, A. (2017). La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española: una cuestión de derechos. *Estudios de Deusto*, 65/1, 219-241.
- Marrades, A. (2002). *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimineto*. València, España: Universitat de València.
- Martínez, R., & Viciano, R. (2013). La Constitución democrática: entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. *Debates constitucionales en nuestra América* (48), 63-84.
- Martínez-Pereda, J., & Massigoge, J. (1994). *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Madrid, España: Dykinson.
- Messineo, F. (1979). *Manual de Derecho Civil y Comercial. T.III Derechos de la Personalidad. Derecho de la Familia. Derechos reales*. (Vol. III). (S. Sentis Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Ejea.

- Mir, L. (2010). La maternidad invertida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. *Revista Redbioética* , 1 (1), 179-188.
- Moncayo, V. M. (2004). *El Leviatán derrotado. Reflexiones sobre teoría del Estado y el caso colombiano*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Patiño, B. (1995). *Las mujeres y el crimen en la época colonial. El caso de la ciudad de Antioquia, en las mujeres en la historia de Colombia* (Vol. 11). Bogotá: Norma.
- Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, Á. (1997). *Derecho Civil. Parte General y Personas* (Vol. I). Bogotá: Temis.
- Peng, L. (2013). Surrogate Mothers: An Exploration of the Empirical and the Normative. *American University Journal of Gender Social Policy and Law* , 21 (3), 555-582.
- Prieto, L. (1990). *Estudios sobre Derechos Fundamentales* . Madrid: Editorial Debate.
- Pérez, A. E. (2004). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Rawls, J. (2002). *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona: Paidós.
- Recanséns, L. (1980). *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México: Porrúa.
- Rodríguez, M. L. (2005). *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. BOGOTÁ: Universidad Externando de Colombia.
- Roll, D. (2011). *La política al diván. Las explicaciones psicológicas de la política en Freud, Fromm y Marcuse*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Rueda, E., Mejía, O. A., & Pinzón, I. (2015). La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre. *Revista de Derecho y Genoma Humano (Law and the Human Genome Review)* (43), 83–122.
- Samper, M. (1992). Nuevo Constitucionalismo Colombiano. En L. C. SÁCHICA, *Nuevo Constitucionalismo Colombiano* (pág. 45). Bogotá: Temis.
- Sanmiguel, P. (2003). El objeto en el lazo social. *Desde el jardín de Freud* (3), 14-23.
- Schmitt, C. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. (M. Herrero, Trad.) Madrid: Tecnos.
- Sevilla, E. (17 de Septiembre de 2013). La ansiedad y la depresión serán la principal causa de baja laboral en 2020. *Heraldo* , pág. http://www.heraldo.es/noticias/suplementos/salud/2013/09/17/la_ansiedad_depresion_seran_principal_causa_baja_laboral_2020_249495_1381024.html.
- Shanley, M. L. (2001). *Making babies, making families : what matters most in an age of reproductive technologies, surrogacy, adoption, and same-sex and unwed parents' rights*. Boston, Massachusetts, United States of America: Beacon Press.
- Silver, L. (1998). *Vuelta al Edén. Más allá de la clonación en un mundo feliz*. (J. García Sanz, Trad.) Madrid, España: Taurus Pensamiento.
- Spar, D. (2006). *The baby busines: how money, science, and politics drive the commerce of conception*. Boston , Massachusetts, United States of America: Harvard Business School Press.
- Sticca, F. (Escritor), & Sticca, F. (Dirección). (2016). *Vientre* [Película]. Buenos Aires, Argentina.

- Szpigler, D. (29 de julio de 2009). *Aftonbladet*. Recuperado el 10 de Junio de 2018, de Surrogatmamma maste bli lagligt: <https://www.aftonbladet.se/debatt/article11938880.ab>
- Taboada, L. (1986). *La maternidad tecnológica: De la inseminación artificial a la fertilización in vitro*. Barcelona: Icaria.
- Tobo, J. (2004). *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad*. Bogotá D.C.: Ibañez.
- Ulloa, M. (17 de Septiembre de 2017). En Colombia se alquilan vientres desde \$5 millones ¿Cómo funciona y quién presta su cuerpo para dar vida a bebés que después se entregan. *El Tiempo*, págs. <http://www.eltiempo.com/vida/salud/como-funciona-el-alquiler-de-vientres-en-colombia-131472>.
- Umaña Luna, E. (1995). *Estado y Familia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Uprimny, R. (2001). El dilema de la interpretación constitucional. En *Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992–2000. Realidades y Perspectivas* (págs. 455–464). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Valencia Villa, H. (1987). *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Valencia Zea, A., & Ortiz, Á. (1997). *Derecho Civil. Parte General y Personas* (Vol. I). Bogotá: Temis.
- Valpuesta, R. (2012). El derecho de familia. En G. Díez-picazo, G., *Derecho de Familia*. Navarra: Thomson Reuters–Civitas.
- Villegas, C. (2006). *Del hogar a los juzgados: reclamos familiares en los juzgados superiores en el tránsito de la Colonia a la República 1800–1850*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- West, R. (2000). *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes Instituto Pensar Siglo del Hombre Editores.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (M. Gascón, Trad.) Madrid: Trotta.



La elección de la maternidad subrogada como una alternativa reproductiva es legítima cuando cuenta con fines solidarios, y está directamente relacionada con los principios constitucionalmente establecidos, como el de dignidad humana, solidaridad, y la mujer como sujeto de especial protección constitucional.

Enfatizar en el carácter solidario de la maternidad subrogada, reivindica consecuentemente una adecuada regulación jurídica, en particular en Colombia.

Defender la legitimidad, bajo determinados supuestos, de la subrogación en la función gestante de la mujer, reclama que el Derecho se ocupe también de este problema, en el marco de su función histórica.

Regular la maternidad subrogada en Colombia, es más que una necesidad, supone contrarrestar los riesgos y daños que trae consigo la inevitable instrumentalización de la mujer en esta práctica de reproducción humana asistida; sin embargo, reducir sus efectos negativos es posible según el régimen jurídico que la regule, determine su finalidad y justifique su uso como una alternativa de procreación solidaria y refractaria al *animus lucrandi*.

Una propuesta en la que podremos estar o no de acuerdo, pero que, al leer y comprender atentamente podrá ayudarles a tomar la posición que entiendan adecuada sobre un tema que seguirá produciendo ríos de tinta en las reflexiones axiológicas, en las legislaciones comparadas, y en la doctrina especializada.

f i o p [pireoeditorial](https://www.pireoeditorial.com)