

Bogotá D.C. Colombia, 9 de marzo, 2025

CONSULTA

DATOS DEL CONSULTANTE

Empresa: ACCER DE COLOMBIA

Funcionario: Dr. Andrés Gutiérrez - Presidente

DATOS DE LA CONSULTA

Fecha: 05/02/2025

Área del Derecho: Derecho Médico - Bioderecho y Bioética

Tema: Actualidad normativa gestación subrogada en Italia

Problema jurídico:

¿Qué consecuencias legales puede acarrear para los centros de fertilidad en Colombia y sus profesionales de la medicina, realizar en Colombia tratamientos de subrogación uterina a nacionales italianos?

DESARROLLO

Introducción

Desde la perspectiva legal de los tratamientos de subrogación uterina, en el Derecho Comparado se pueden identificar diversas formas de regulación: algunas normativas que permiten estos tratamientos, otras que los regulan y/o los condicionan, y finalmente, aquellas que prohíben de manera tajante su práctica.

Es esta última variante normativa, la predominante en Italia desde el año 2004, cuando se prohibió la subrogación uterina en virtud de la Ley No. 40 del 19 de febrero de ese año. La finalidad de esta norma

era permitir el acceso a la reproducción médicamente asistida, bajo ciertas condiciones, una de ellas, eliminar la posibilidad de realizar tratamientos de subrogación uterina¹.

Dicho esto, la gestación subrogada en Italia es ilegal desde el año 2004, ahora bien, en el 2024 bajo una propuesta y agenda legislativa de la Primera Ministra de Italia y líder del partido Hermanos de Italia el partido más conservador de ese país, el Congreso italiano aprobó la Ley No. 169 del 4 de noviembre del 2024, (vigente desde el 3 de diciembre de 2024), el punto más álgido de esta norma es la adición que realiza al artículo 12 de la Ley 40 del 2004, ya que, si los hechos relacionados con la maternidad subrogada se cometen en el extranjero, el ciudadano italiano será juzgado conforme a la ley italiana². Así, se extendió la prohibición a todos los países del mundo, lo que ya de suyo, era una práctica ilegal.

Este estudio está dirigido a determinar la responsabilidad penal de ciudadanos colombianos que en territorio colombiano participen en tratamientos de subrogación de maternidad subrogada donde los pacientes son ciudadanos italianos.

El delito....

En Italia...

Ley No. 40 del 19 de febrero 2004, en el artículo 12, numeral 6 se consagra lo siguiente:

*“El que, bajo cualquier forma, **realice, organice o publicite** la comercialización de gametos o embriones o la maternidad subrogada será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años y multa de 600.000 a 1 millón de euros. ((Si los hechos a que se refiere la frase anterior, en referencia a la maternidad subrogada, se cometen en el extranjero, el ciudadano italiano será castigado con arreglo a la legislación italiana)).”*

Tenemos entonces los siguientes verbos rectores: *realizar, organizar o publicitar.*

El Modelo Descriptivo: *la comercialización de gametos o embriones o la maternidad subrogada.*

Ley No. 169 del 4 de noviembre del 2024, con la intención de extender la facultad del juzgador en Italia, adiciona un párrafo al mismo numeral:

¹ <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2004;40>

² <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2024;169>

*“El que, bajo cualquier forma, realice, organice o publicite la comercialización de gametos o embriones o la maternidad subrogada será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años y multa de 600.000 a 1 millón de euros. **Si los actos mencionados en la frase anterior, en referencia a la maternidad subrogada, se cometen en el extranjero, el ciudadano italiano será castigado con arreglo a la legislación italiana.**”*

Negrilla fuera del texto original.

Terminados afirmando que el sujeto de la acción punible es cualificado, es decir **debe ser ciudadano italiano.**

Veamos un poco la legislación en Colombia...

Es imperativo iniciar este pensamiento, haciendo una corta disertación de los **principios rectores** de nuestro sistema penal.

- Principio de legalidad...

Contenido en nuestro código penal art. 6³, nos indica que ninguna persona en Colombia puede ser acusada de un delito que no esté previamente establecido en la ley penal colombiana.

Este precepto tiene su origen en nuestra Carta Política en sus artículos: (art. 4⁴) La Constitución es Norma suprema, siendo un deber de nacionales y extranjeros acatar la ley colombiana, (art. 6⁵) Los particulares en Colombia solo son responsables por infringir la constitución y ley. (art. 29⁶) El Debido

³ CP. **ARTÍCULO 6º.** *Legalidad.* Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicara, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía solo se aplicará en materias permisivas.

⁴ CN. **ARTÍCULO 4.** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

⁵ CN. **ARTÍCULO 6.** Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

⁶ CN. **ARTÍCULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.



Calle 101 #13-23 . Oficina 102
Edificio Viracocha
Bogotá - Colombia



+ 57 301 345 09 40



info@saga.legal



www.saga.legal

proceso, nadie podrá ser juzgado sino conforme a las **leyes vigentes** previamente a la acción u omisión objeto de reproche.

- **Principio de Igualdad...**

Contenido en el código penal art. 7⁷, nacionales o extranjeros sin distinción alguna están sometidos a las leyes colombianas. Principio que guarda total conexión con el art. 13 de nuestra Carta Política⁸, donde claramente se indica que no puede haber alguna distinción o discriminación en razón a su origen nacional (entre muchos otros).

- **Punibilidad...**

En Colombia para que una conducta sea punible⁹ debe contar con tres elementos (1) *tipicidad*¹⁰, que este previamente descrita en la ley penal como delito, (2) *antijuridicidad*¹¹, que cause daño o agravio injustificado y, (3) *culpabilidad*¹², que esté presente en la acción u omisión alguna de las formas de culpa.

- **Prevalencia...**

⁷ CP. **ARTÍCULO 7º. Igualdad.** La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del Artículo 13 de la Constitución Política.

⁸ **ARTÍCULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

⁹ **ARTÍCULO 9º.** Conducta punible. Pará que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Pará que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

¹⁰ CP. **ARTÍCULO 10º. Tipicidad.** La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.

¹¹ **ARTÍCULO 11. Antijuridicidad.** Pará que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

¹² **ARTÍCULO 12. Culpabilidad.** Solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

Nuestro código penal es norma de normas, debemos resaltar este principio rector, como quiera que su fuerza vinculante no soporta oposición alguna y se torna de obligatorio cumplimiento, incluso para la interpretación en el juzgamiento en casos concretos¹³.

- **La territorialidad...**

En principio todo ciudadano nacional o extranjero que pisa territorio colombiano está sometido a sus leyes, con las excepciones consagradas en el derecho internacional, que, dicho sea de paso, no hemos identificado algún tipo de excepción para el asunto objeto de estudio.

Código Penal Art. 14¹⁴, para que una acción u omisión se considere ejecutada en territorio colombiano, se requiere que:

- Se ejecute total o parcialmente en Colombia.
- Su resultado se presente en territorio colombiano.

Precepto que se respalda en nuestra Constitución en el art. 9¹⁵, soberanía nacional.

Los extranjeros en territorio colombiano gozarán de los mismos derechos y contarán con las mismas obligaciones que tienen los ciudadanos colombianos, salvo excepciones como derechos políticos, así está consagrado en el art. 100 de nuestra Carta Política¹⁶

Por excepción, se aplica la extraterritorialidad, que se fundamenta en la pretensión de cada país de extender la vigencia de sus leyes en el extranjero y que como se dijo en la introducción no se inspira

¹³ CP. **ARTÍCULO 13.** *Normas rectoras y fuerza normativa.* Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación.

¹⁴ CP. **ARTÍCULO 14.** *Territorialidad.* La ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional.

La conducta punible se considera realizada:

1. En el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción.
2. En el lugar donde debió realizarse la acción omitida.
3. En el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado.

¹⁵ CP. **ARTÍCULO 9.** Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

¹⁶ CN. **ARTÍCULO 100.** Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital.



en el capricho del legislador nacional, si no en temas de interés general que comportan un grave riesgo para la seguridad, estabilidad, de ese país. La subrogación uterina no podría estar en este conjunto de delitos, más cuando se conocen cerca de 60 países que no lo registran como delito.

- *La extradición...*

La extradición es un mecanismo de cooperación entre Estados. La extradición pasiva se refiere a cuando el estado es requerido por encontrarse en su territorio un acusado o procesado por un delito cometido en otro Estado o con efectos en este¹⁷.

El marco legal, lo encontramos en el art. 35 del Código Penal¹⁸, para resaltar solo se puede extraditar colombianos por delitos cometidos en el exterior, que sean considerados delitos en Colombia.

Como se dijo anteriormente, la regla es que el delito se considera realizado en el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción (art 14 Código Penal). Según la territorialidad objetiva, hay soberanía estatal en el territorio.

En virtud del principio de doble incriminación, para la extradición es requisito que el hecho sea delito en ambos países (arts. 490 y 493 CPP). El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 490 dispone: *“La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto con la ley.”*

El artículo 490 continúa con: *“Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por los delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana”.*

Finalmente, acerca de la normativa internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (de Palermo) del 2000, ratificada por Colombia en 2004, se aplica la extradición, conforme al artículo 3, en los siguientes casos:

- Delitos graves: Con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. El delito en estudio en Italia la pena más alta sería de 2 años, por lo que este presupuesto no se cumpliría.

¹⁷ <https://www.cancilleria.gov.co/extradicion>

¹⁸ CN **ARTÍCULO 35.** La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley.

Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana. **La Ley reglamentará la materia.**

(Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-543 de 1998.)

La extradición no procederá por delitos políticos.

No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma.

- Cometido por un grupo delictivo organizado: Tampoco aplica, ni siquiera si la maternidad subrogada implica la participación de un grupo de personas, porque no se unen para cometer un delito y no lo hacen, porque en Colombia no es un delito. Este presupuesto tampoco se cumple.

El Tratado entre la República de Colombia y la República italiana sobre asistencia legal recíproca en materia penal, aprobado por la Ley 2233 de 2022, no dice nada sobre extradición sino sobre el traslado temporal y, por último, Colombia no es miembro del Convenio Europeo de Extradición.¹⁹

- **Concurso o la coparticipación**

Este punto, que no es en manera alguna menos importante, solo debemos decir que en Colombia la conducta es desplegada por²⁰: (1) autores²¹ (el que realiza la conducta punible o utiliza a otros como instrumento) y/o (2) los partícipes, que puede ser el determinador (el que instigue o inspire la conducta publica) o el cómplice (el que contribuye a su realización).

En el caso en estudio no podemos hablar ni de autores, ni de partícipes, como quiera que en Colombia no es un delito.

- **Del delito en particular TIPICIDAD...**

En Colombia tenemos en nuestro código penal, delitos que pueden guardar relación directa o indirecta con la con la gestación subrogada:

¹⁹ <https://www.prontuario.org/prontuario/es/Penal/Consulta/Convenio-Europeo-de-extradicion--hecho-en-Paris-el-13-de-diciembre-de-1957#:~:text=Pa%C3%ADses%3AAlbania%2C%20Alemania%2C%20Andorra,%2C%20Letonia%2C%20Liechtenstein%2C%20Lituania%2C>

²⁰ CP. **ARTÍCULO 28.** *Concurso de personas en la conducta punible.* Concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes.

²¹ CP. **ARTÍCULO 29.** *Autores.* Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

- Manipulación Genética²²
- Repetibilidad del ser humano²³
- Fecundación y tráfico de embriones humanos²⁴
- El delito de tráfico de migrantes, el artículo 188 del Código Penal indica: El que promueva, induzca, constriña, facilite, financie, colabore o de cualquier otra forma participe en la entrada o salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el ánimo de lucrarse o cualquier otro provecho para si u otra persona, incurrirá en prisión (...). Este delito no puede asimilarse a la maternidad subrogada porque, en primer lugar, la interpretación de la ley penal, como la de toda norma prohibitiva, es restrictiva y no admite analogía. Por otro lado, el delito se encuentra en el capítulo 5 del Código Penal, por lo que el bien jurídico que protege es la autonomía personal, lo que no se ve vulnerado con la maternidad subrogada que se realiza con un adecuado consentimiento informado. Además, el delito incluye el ingrediente normativo del ánimo de lucro o provecho (al incluir la expresión “con intención de”), es decir, que exige una motivación que no se evidencia en estricto sentido con la maternidad subrogada. Por último, el traslado del menor no implicaría en sí mismo un incumplimiento de la normativa migratoria.

Ninguno de ellos puede adecuarse a la conducta de tratamientos de reproducción humana asistida con útero subrogado.

Conclusiones...

²² CP. **ARTÍCULO 132.** *Manipulación genética.* El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente 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, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses.

Se entiende por tratamiento, diagnóstico, o investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, cualquiera que se realice con el consentimiento, libre e informado, de la persona de la cual proceden los genes, para el descubrimiento, identificación, prevención y tratamiento de enfermedades o discapacidades genéticas o de influencia genética, así como las taras y endémicas que afecten a una parte considerable de la población

²³ CP. **ARTÍCULO 133.** *Repetibilidad del ser humano.* El que genere seres humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.

²⁴ CP. **ARTÍCULO 134.** *Fecundación y tráfico de embriones humanos.* El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título.

Debemos concluir que todo paciente de nacionalidad italiana que se presente en Colombia, para contratar un tratamiento de medicina reproductiva humana en el que se incluya la subrogación uterina, conforme a la ley italiana, **está incurso en el delito y podrá ser juzgado en Italia.**

Ahora bien, la pregunta que motiva este estudio es, si los ciudadanos colombianos (médicos especialistas) y los centros de reproducción humana (persona jurídica que no es sujeto de acción penal) esta incurso en el delito, como autores o partícipes de este.

Veamos...

Aun cuando la Ley 40 de Italia del 2024 amplió el alcance de la punibilidad, solo lo hizo para ciudadanos italianos que fuera del territorio realicen este tipo de tratamientos. Nuestra consideración es que, realizado este tratamiento en Colombia, por ciudadanos de cualquier nacionalidad distinta a la italiana, no pueden ser cobijados por esta normatividad.

Las razones son entre otras:

- La Ley No. 169 del 4 de noviembre del 2024 de Italia, expresamente indica que... ***“el ciudadano italiano será castigado conforme a la ley italiana”***. No se hace alusión a los ciudadanos de otras nacionalidades, que estando en territorio extranjero realicen esta conducta, esto es, en absoluto respeto al principio de soberanía de los pueblos.
- El delito se considera realizado en el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción y en Colombia dicha acción no es un delito.
- En Colombia, la maternidad subrogada no es un delito, y por lo tanto no sería admisible que se extraditara a un colombiano por su participación en la maternidad subrogada.
- En virtud del principio de doble incriminación, para que proceda la extradición es requisito que el hecho sea delito en ambos países (arts. 490 y 493 CPP). Como ya se dijo, en Colombia, ni es un delito, ni puede ser equiparado a otros.
- Tampoco se cumple con el requisito de la pena mínima de 4 años (la pena de este delito es de 2 años) y los tratados internacionales suscritos entre ambos países, no contemplan la extradición para casos como este.
- Solo se puede extraditar colombianos por delitos cometidos en el exterior, que sean considerados delitos en Colombia.

- La extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por los delitos cometidos en el exterior, si son considerados como tales en la legislación penal colombiana.

Riesgos colaterales importantes que considerar...

Siendo claro que cualquier ciudadano italiano que en Colombia solicite y realice un tratamiento de medicina reproductiva humana con útero subrogado, está cometiendo un delito conforme a las leyes de su país de origen, siendo claro que es muy posible que sea llamado a juicio y condenado en Italia, por lo que surgen otros no menores problemas:

- El riesgo de apatridia del nacido del tratamiento.
- El riesgo que enfrentaría el nacido del tratamiento en temas como cuidados, salida del país
- El riesgo reputacional de los médicos especialista y los centros de medicina reproductiva humana que por estos tiempos está siendo suficientemente cuestionado.

Concepto:

Por las razones expuestas, se considera como una práctica de alto riesgo y por lo tanto resulta imprudente aceptar contratos para tratamientos de medicina reproductiva humana con útero subrogado, donde los contratantes sean ciudadanos italianos.

NOTA: El concepto se emite con sustento en la información suministrada.

Cordialmente,



Hernando Garzón Losada
Dirección Jurídica
SAGA Abogados SAS