

DE LA ACADEMIA

Maternidad subrogada.

Concepto emitido por la Academia Nacional de Medicina a la Comisión Primera Constitucional

Título del Proyecto Estatutaria de Ley: “*Por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia*”.

Autor: Ministro de Justicia y del Derecho - Néstor Iván Osuna Patiño, Ministra de Salud y Protección Social - Diana Carolina Corcho Mejía.

Comisión para trámite: Comisión Primera Constitucional Permanente.

No. de proyecto: 345 de 2023-Cámara.

Tipo de Ley: Estatutaria (PLE).

Objeto de proyecto: “Regular la subrogación uterina para la gestación en Colombia, estableciendo los parámetros que reglamentan el proceso asistencial y clínico, el tipo de acuerdo entre las partes, las relaciones filiales y la protección de la subrogante y del fruto de la gestación, en garantía de los derechos a la libertad de desarrollo de la personalidad y los derechos sexuales y reproductivos como parte integral del derecho fundamental a la salud, conforme los principios de dignidad humana, autonomía reproductiva e igualdad”.

Consideraciones generales

El Gobierno a través del Ministerio de Justicia y del Derecho (MJD) y el Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), presentó el Proyecto de Ley Estatutaria “por medio del cual se regula la subrogación uterina para la gestación en Colombia”, en cumplimiento de la orden 6 de la sentencia T- 275 de 2022, que exhorta al Gobierno Nacional para que, “en los próximos seis meses desde la notificación de esta sentencia, presente ante el Congreso de la República un proyecto de ley orientado a regular la «maternidad subrogada» en Colombia”.

En concordancia, el PLE 345 de 2023, Cámara, establece:

- ◆ El objetivo del proyecto de ley Estatutaria.
- ◆ Elementos, solemnidad y seguimiento del acuerdo de subrogación uterina para la gestación.

- ◆ Consentimiento informado de todos los actos asistenciales en salud necesario dentro del Acuerdo.
- ◆ Proceso asistencial, manejo de tejidos reproductivos y embriones.
- ◆ Filiación.
- ◆ Seguridad social y, otras disposiciones.

Independientemente de que el procedimiento de la subrogación uterina, según la literatura, pueda definirse y clasificarse de diferentes maneras, el PLE adopta el tipo de subrogación en la cual la persona que gesta no tiene ningún vínculo genético con el producto del embarazo, refiriéndose a la subrogación gestacional.

El PLE cuenta con un extenso soporte jurídico, en la medida en que toma en cuenta los pronunciamientos previos de la Corte Constitucional, especialmente los contenidos en las sentencias T-968 de 2009, T-844 de 2011, T-398 de 2016, T-316 de 2018, U-074 de 2020, T- 357 de 2022. Igualmente, considera las garantías del nacido vivo con la legislación vigente y las rutas de protección establecidas en términos de infancia, a través de las leyes 75 de 1968, 12 de 1991, 1098 de 2006, 1295 de 2009 y 1804 de 2016.

Así mismo, el PLE toma en consideración la regulación disponible en el país sobre infertilidad, interrupción voluntaria del embarazo, parto humanizado, atención de la gestación y el parto, así como lo relacionado con donación de tejidos y órganos, de la misma manera que los pronunciamientos de la corte constitucional sobre las otras Terapias de Reproducción Humana Asistida -TRHA.

Para la Academia Nacional de Medicina -ANM, es clara la necesidad de legislar sobre la materia dado que el peor escenario es la desregulación existente, en donde la gestación subrogada no está permitida, pero tampoco prohibida. Teniendo en cuenta el vacío jurídico existente, los acuerdos de voluntades se hacen al arbitrio de los participantes y ni las au-

toridades ni los agentes de la seguridad social tienen elementos jurídicos para proceder en consecuencia.

La Academia considera que la normatividad que se establece cumple con el deber de proteger a las mujeres que, de forma altruista optan por solidarizarse con las personas o parejas que tienen problemas para concebir y encuentran en la gestación subrogada una alternativa viable para conformar una familia. Es decir, dentro de las TRHA, además de todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo, se incluye la gestación subrogada altruista para los nacionales colombianos que cumplan con los requisitos establecidos en el PLE. El proyecto está bien formulado, técnica y científicamente soportado, en el marco ético profesional pertinente, orientado a generar condiciones dignas y seguras para que quienes realicen esta práctica tengan la posibilidad de hacerlo con observancia de todos sus derechos fundamentales, incluyendo las garantías básicas en materia de aseguramiento para la persona gestante y el recién nacido; se establecen los lineamientos necesarios para generar un proceso seguro, como el consentimiento libre, informado y cualificado, buscando la correcta protección de los derechos de los intervinientes.

Consideraciones específicas

Luego de definir su objetivo, el PLE establece definiciones claras sobre la parte comitente (quién o quiénes solicitan el acuerdo de subrogación uterina), precisando que, al menos una de las partes comitentes debe estar vinculada genéticamente con el producto del embarazo, cuando médicamente sea posible; sobre la persona gestante, que incluye a todoa individuo con capacidad biológica de quedar en embarazo y atravesar el proceso de gestación, estableciendo que, para efectos de la ley, se entenderá que la persona gestante no provee su propio material genético.

“Producto de la gestación”. Se define como el producto de la concepción, implantación y gestación, independiente de la edad gestacional, el cual será entregado a la parte comitente finalizado el período de gestación. La Academia recomienda el término **“fruto de la concepción”**, más apropiado y humanizante del bebé por nacer, dado que no es un producto como sujeto de comercialización.

Terminología escogida. El PLE en estudio adopta el término de **“subrogación uterina para la gestación”** en lugar de **“maternidad subrogada”**, toda vez que considera al primer término más adecuado, sin perjuicio de la utilización reiterada del segundo. Así, también considera el PLE que la terminología de **“alquiler de vientre”** o denominaciones similares no es idónea para tratar la problemática objeto del proyecto de ley.

Nomenclatura. Ciertamente, en el estudio realizado por la Academia, en la literatura se encuentran términos como: útero subrogado, vientre de alquiler, donación temporal de útero, maternidad subrogada, gestación subrogada, gestación por sustitución, maternidad intervenida, además de los términos en inglés: **“surrogacy, comercial surrogacy, gestational surrogacy y surrogate parentage”**. No se alquila un vientre para que lleve a cabo la gestación, se trata de una mujer en su integridad que conlleva una gestación solicitada por otra persona o pareja, con todo lo que ello implica desde el punto de vista fisiológico, social, psicológico y económico; razón por la que la ANM sugiere que se use el término **“gestación subrogada”** por ser integral, humanizante y más apropiado al considerar que se trata de una mujer gestando y no solamente de una parte de su cuerpo.

Prohibiciones. El PLE, con el fin de proteger los derechos de las personas participantes y al futuro recién nacido, en el artículo 4 establece una serie de prohibiciones que la Academia considera pertinentes, como la práctica con fines comerciales; la práctica transfronteriza; el número de participaciones limitado a dos (2) ocasiones; la negación de la filiación, toda vez que la parte comitente celebra el acuerdo de gestación subrogada con la claridad

de que al nacimiento surgirá una relación filial con el recién nacido. Igualmente se prohíben con buen criterio la intermediación o la publicidad con fines comerciales.

Prohibición bilateral del retracto. Se prohíbe específicamente cuando es bilateral. Para la Academia, debe prohibirse sea uni o bilateralmente, a fin de evitar situaciones de conflicto o que dejen desprotegido al fruto de la concepción, salvo lo establecido en la Sentencia C-055 de 2022 y la Resolución 051 de 2023 del MSPS.

Acuerdo de Subrogación. El artículo 5 establece el acuerdo de voluntades entre las partes: el o los comitente(s) y la persona gestante, incluyendo una compensación para que esta use su capacidad biológica de gestación con el propósito de dar lugar al nacimiento de un ser humano y entregar al recién nacido de conformidad con los términos establecidos en el PLE.

La ANM comparte el criterio de que la subrogación altruista no implica que la gestante subrogada no deba recibir una compensación proporcional a las implicaciones y gastos ocasionados por el tratamiento para las terapias de reproducción humana asistida para obtener el embarazo, más lo relacionado con el control prenatal de alto riesgo, el parto y el puerperio, así como el asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos gastos que sean consecuencia directa o indirecta de la gestación subrogada, la licencia de maternidad, incluido el daño emergente y el lucro cesante que deba realizar la persona gestante para cumplir con las obligaciones generadas por el acuerdo de subrogación para la gestación; así como los daños secundarios o complicaciones imprevistas en el proceso.

Requisitos habilitantes. En los artículos 6 y 7 se establecen requisitos tanto para la parte comitente como para la persona gestante. En ambos casos se incluye como requisito el estar **“afiliados al sistema de seguridad social colombiano, dentro del régimen contributivo o el que haga sus veces”**. La Academia los considera discriminatorios de las personas afiliadas al régimen subsidiado.

Material reproductivo. En el artículo 16, numeral 11, se establece: “*En lo atinente al parto, vaginal o por cesárea, con respecto al parto digno y humanizado, deberá reconocerse la participación de los comitentes en la definición del plan de parto, respetando los acuerdos establecidos entre las partes y estableciendo un enfoque diferencial para el plan*

de parto, post parto y puerperio, siempre y cuando no se afecte los derechos fundamentales de la persona gestante”. Para la ANM, en dicho artículo se deberá tomar en cuenta la autonomía del médico tratante, según lo definido en el artículo 17 de la Ley Estatutaria en Salud 1751 de 2015.