

legis

CONCEPTO ICBF No 08

Fecha: 26/05/2020

Asunto: Consulta sobre alquiler de vientre

Estimada doctora,

En atención a la comunicación enviada por correo electrónico el pasado 5 de mayo, en la que solicita que el ICBF manifieste su postura respecto a la situación del alquiler de vientre o maternidad subrogada en el contexto de una petición de visa que se encuentra tramitando actualmente su dependencia, nos permitimos indicarle que el Instituto sigue las reglas que sobre la materia establece la Corte Constitucional. En este marco, presentamos a continuación los siguientes lineamientos legales y jurisprudenciales que guían la acción de la entidad:

1. Marco General Normativo

La Constitución Política establece, en el artículo 42, el derecho fundamental de protección a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad. Ésta puede construirse de forma voluntaria y responsablemente, por vínculos naturales o jurídicos y en su interior se establece la igualdad de derechos y deberes entre los hijos procreados naturalmente o con asistencia científica. Las formas de reproducción tanto natural como por métodos científicos, son consideradas por la Constitución como formas válidas de establecer la filiación y la familia, respetando así su propio artículo 42 como tratados internacionales ratificados por Colombia tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho a la familia tiene una estrecha relación con los derechos sexuales y reproductivos, considerados por la Corte Constitucional como manifestaciones de los derechos a la libertad personal y el libre desarrollo de la personalidad y que como auténticos derechos merecen una protección y



garantía por parte del Estado. El Alto Tribunal Constitucional en sentencia T-732 de 2009, concordante con las sentencias C-355 de 2006, T-605 de 2007 y T-636 de 2007, ha dicho:

“Los derechos sexuales y reproductivos reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción y otorgan los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación.

Esta primera aproximación nos indica que abarcan pretensiones de libertad, que exigen del Estado abstenciones, pero también contienen reivindicaciones de tipo prestacional, que requieren del mismo una actividad concreta, las cuales deberán ser desarrolladas por el legislador y la administración para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan, tal y como sucede con todos los derechos según la jurisprudencia constitucional. (...)”

Siguiendo esa línea, en la misma sentencia la Corte establece que:

“(...) los derechos reproductivos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva.

Tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, sin embargo, es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado. (...)”

De forma complementaria a lo anterior, la salud sexual y reproductiva ha sido tratada como parte del derecho a la salud donde la Corte Constitucional en sentencia T-528 de 2014 dijo que:

“(...) Interesa en este asunto centrar la atención en la salud reproductiva, que es entendida como “[...] un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”.

De esta forma vemos que la conformación de la familia tiene no solo varios matices, sino toda una convergencia compleja sobre el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas. Ahora,

la equiparación de derechos sobre la diversidad de formas de surgimiento de los hijos y su reconocimiento tanto doctrinal como jurisprudencial, constituye la base constitucional de respaldo y legitimación jurídica de las diferentes formas de reproducción asistida, dentro de las cuales se encuentra la maternidad subrogada.

2. La maternidad subrogada en el derecho colombiano.

La maternidad subrogada, como se mencionó en el acápite anterior es una de las formas para procrear y constituir una familia. La Corte Constitucional en sentencia T-968 de 2009 reconoció esta figura como una modalidad para resolver los problemas de infertilidad de las parejas y, en ese sentido, la legitimó como una de las técnicas de reproducción asistida. Estas técnicas guardan estrecha relación con el derecho a la salud, así como los derechos sexuales y reproductivos.

Particularmente, la maternidad subrogada fue definida en la sentencia anteriormente citada como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste”. De acuerdo a esta proposición, la madre gestante se obliga a llevar a término el embarazo y entregar al niño después del parto, sin aportar material genético para la inseminación *in vitro*, o la técnica de reproducción humana asistida elegida por las partes.

La técnica de maternidad subrogada tiene dos modalidades: i) la tradicional, plena o total y ii) la gestacional o parcial. La primera de ellas consiste en que la madre gestante es la misma madre genética pues sus propios óvulos son fecundados con esperma del padre comitente o de un donante y generalmente el recurso que se usa para lograr la concepción es el de la inseminación artificial. La segunda modalidad consiste en que la concepción tiene lugar a partir de un óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, normalmente la madre comitente. En este caso la fecundación del óvulo u óvulos con espermatozoides del padre comitente o donante se lleva a cabo en un laboratorio a partir de la fecundación “*in vitro*” y posteriormente se transfiere al útero de la madre subrogada el embrión o embriones resultantes.

Según la Corte en sentencias T-968 de 2009 y T-316 de 2018, en la modalidad tradicional de maternidad subrogada existe un amparo constitucional evidente, al no existir duda sobre la propiedad del material genético porque la mujer no “transfiere” su posición y, por lo tanto, sus derechos como madre no son discutibles. En la modalidad gestacional la Corte le hizo la asignación del término “alquiler de vientre” y lo definió como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste”.

En el evento de la modalidad gestacional, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos y de por medio hay un compromiso único de gestar el embrión y darlo a luz. Para la Corte del ordenamiento jurídico no resulta clara tanto la permisibilidad como la prohibición para practicar esta modalidad de reproducción asistida. Explícitamente en la sentencia T-968 de 2009 dijo:

“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”.

(...)

La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas” (Subrayado fuera de texto original)

Como puede apreciarse, la maternidad subrogada gestacional no se encuentra permitida ni prohibida en nuestro país debido a que no hay un marco normativo de leyes y decretos que regulen el tema, salvo las decisiones jurisprudenciales citadas. Si bien hace parte de las técnicas de reproducción humana asistida como las demás, resulta necesario regularlas de forma integral para garantizar su ejercicio de forma responsable con los derechos que ellas involucran.

3. Vacío jurídico – Necesidad de regulación

Partiendo de la base de que la prohibición o permisión de una práctica o modalidad de reproducción asistida es competencia exclusiva del legislador en el ejercicio de la libertad de configuración legislativa que le confiere la Constitución Política, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre este tema en sede de tutela solo abrió la puerta a dar la discusión debido a que los efectos de esa decisión son inter-partes. Por eso mismo es que definió algunos criterios a tener en cuenta para su regulación, pero no zanjó la discusión de lleno al establecer lo siguiente:

“Dentro de este contexto se ha evidenciado la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones” como los siguientes: (i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros”.

4. **Postura del ICBF**

Con el contexto explicado con anterioridad, esta entidad no cuenta con documentos, norma jurídica o pronunciamiento oficial sobre las técnicas de reproducción humana asistida, ni en particular sobre la maternidad subrogada en Colombia. Además, desde el ICBF se considera necesario precisar que el asunto objeto de consulta compete a otras entidades, pues, 1) estas materias se relacionan principalmente con el derecho a la salud, lo cual sobrepasa el ámbito de competencias institucionales y legales del ICBF que se describen en el artículo 21 de la ley 7 de 1979 y 2) estas materias deben ser reguladas normativamente por el Congreso de la República en ejercicio de sus competencias legales.

Por lo tanto, la postura que adopta el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar frente al tema es la de reiterar lo que ha dicho la Corte Constitucional en las sentencias ya expuestas y la necesidad de regular esta materia por parte del Congreso de la República, en el ejercicio de sus facultades y competencias legales. Esta reiteración parte de la base de reconocer el vacío normativo en el que este tema se encuentra inmerso y por lo mismo ajustarse a lo hasta ahora establecido en la jurisprudencia constitucional.

Cordialmente,

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica