

**NATURALEZA JURIDICA DEL ACUERDO ENTRE LAS PERSONAS CAPACES,
PARA LA GESTACIÓN DE UN EMBRIÓN EN VIENTRE AJENO EN EL
DERECHO COLOMBIANO**

MARIA PAULA PADILLA CARRILLO

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2010

**NATURALEZA JURIDICA DEL ACUERDO ENTRE LAS PERSONAS CAPACES,
PARA LA GESTACIÓN DE UN EMBRIÓN EN VIENTRE AJENO EN EL
DERECHO COLOMBIANO**

MARÍA PAULA PADILLA CARRILLO

ID: 68936

**Proyecto de grado para optar el título de
Abogada**

DIRECTORA:

Dra. URSULA FERNANDA CASTELLANOS MORENO, MSc.

Docente de Planta Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2010

Bucaramanga Mayo 11 de 2010

Nota de aceptación:

Dr. Pedro M. Osma Gomez
Decano Facultad de Derecho

Dra. Rocio Serrano
Jurado

Dr. Luis Guillermo Rosso
Jurado

AGRADECIMIENTOS

Gracias a Dios a lo largo de toda mi vida siempre he podido contar la ayuda y el respaldo incondicional de mi familia, mis tíos y mis primos pero especialmente mis padres Dra. Magda Magaly Carrillo y Dr. Teniente Coronel Juan Manuel Padilla; quienes sabían desde un principio cuando decidí estudiar Derecho el camino que me esperaba, porque ellos también lo cruzaron y hoy son unos Abogados que me enorgullecen y son mi ejemplo a seguir, a mis Nonitas Rosalba y Bethy quienes no hicieron más que orar para darme la fuerza de no desfallecer; a mi Nonito, que en paz descansa, que se que desde allá a vivido conmigo cada lagrima, cada traspasado y me ha dado su cálido cariño y ánimo para alcanzar las metas que me he propuesto, ellos me han enseñado que el camino hacia los sueños.. ¡Es duro! pero si es lo que realmente se desea, hay que trabajar para conseguirlos y nunca rendirse, porque cuando más cansada he estado, ellos siempre han estado allí para darme una mano cálida, amorosa y de esta manera han sabido darme la palmadita en mi espalda, para que siga adelante con las metas que me he propuesto.

Este trabajo está dedicado a ustedes en especial a mi madre por su eterna confianza, su amor y por encontrar las palabras adecuadas cuando se

presentaban inconvenientes a lo largo del desarrollo del proyecto llenas de un inimaginable positivismo y comprensión, aunque muchas veces se torno intenso y aburrido el ambiente pero que de una u otra manera me proporciono la energía suficiente para seguir el desarrollo del proyecto y superar los obstáculos. Simplemente con verla y ver lo lejos que ha llegado así no se lo demuestre, fuiste tú mami mi ejemplo a seguir y por lo mucho que te admiro y te quiero, seguí tus consejos así haya sido a regañadientes, porque quiero que te sientas tan orgullosa de mi, como yo de ti.

Gracias a SHU el Ing. Jaime Alberto Acuña Ramírez, por ser la persona que no solo hace feliz a mi mamá sino a mi también y a su vez es un padre para mí, por ese apoyo incondicional y porque con su naturalidad y alegría lograron que los inconvenientes se hicieran más pequeños y los triunfos más grandes. Gracias por darme la confianza y confiar en mí de tal manera que no dudaste en darme tu apoyo y el respaldo que necesite, sino hubiese sido por ese empuje yo no sabría que es trabajar como una abogada, nunca dudaste de mi y eso te lo agradezco.

A mi maestra Dra. Úrsula Fernanda Castellanos, quien no solo fue la directora de este proyecto y jurado en los preparatorios, pues también fue guía, arte y parte del mismo, además de la formación y realización del profesional en derecho que

hoy gracias a sus enseñanzas y dedicación culmina una etapa de la vida con la satisfacción del deber cumplido pese a todos los impedimentos que se superaron.

Un especial y afectuoso agradecimiento al Dr. Pedro María Osma Gómez, decano de la facultad de Derecho, por todo el conocimiento que me brindó no solo a lo largo del desarrollo del proyecto sino toda mi formación profesional, por enseñarme que siempre se puede ser mejor, por brindarme su apoyo y su confianza, por guiarme a través de todo mi estudio en derecho, por el tiempo dedicado por todo lo que logré aprender en todo este tiempo de trabajar a su lado muchas gracias.

A mis grandes y mejores amigos Dani Rodríguez, Zulma Galvis, La Chury (Leidy Calvo), Pipía Martínez (Silvia) a mi Parce Andrés, quienes a lo largo de toda mi vida han estado allí para dar conmigo todos aquellos cambios de la vida, aunque muchas veces nuestros múltiples sueños nos separan, siempre cuando los he necesitado son los primeros en decirme “aquí estamos”... amiguitos ¡por fin lo logre! Y muy especialmente al Bu, (Diego Parada), Julián Jiménez, Edwin Pérez, Diego Alejandro Blanco, Javier García Pérez y mi Chiqui (Emerson Villamizar) quienes no hicieron sino llamarme día a día de la recta final de este proyecto con el fin de darme cariño y ánimo. Quienes se idearon la forma de hacer más amena

esta preocupación y se encargaron de miles de aventuras para darle sentido a esta meta y no salir corriendo. Fueron ustedes mis hermosos hombrecitos quienes me dieron la última palmadita para no desfallecer y esto sea lo que es hoy.

No puedo obviar en estas líneas, a mi primer amor y gran amor Gustavo Narváez, quien a pesar de la distancia, siempre ha podido sacarme una hermosa sonrisa cuando la he necesitado. La vida a nuestro alrededor ha estado llena de sorpresas, tanto así que llegaste a mi vida cuando era una niña y me acompañaste en esa meta de niña que era el grado del colegio, y fuiste tú quien me inspiró para escoger el tema de mi monografía, esta vez me diste una gran sorpresa y volviste a mi vida después de seis años para darme los ánimos que necesite para cumplir esta meta... el ser toda una abogada, y sabes no tengo como agradecerle el que me hayas demostrado que lo que ha dicho mi familia en especial mis padres es completamente cierto, tú me has demostrado que la vida reconoce todas aquellas actuaciones hechas con amor, y por eso hoy eres el ser que siempre ha existido no solo como un hermoso recuerdo, sino como una hermosa realidad, gracias por esas palabras que supiste decirme, aun en la terrible distancia en la que te encuentras, que me llenaron de razones para ponerle amor a este proyecto de grado, gracias por darme la confianza en mí misma. Gracias por brindarme esos ánimos llenos de palabras de amor, eres el arte y la esencia de todo mi esfuerzo y de todo mi amor para demostrarle a

aquellos incrédulos que la sociedad cambia y que existimos personas que podemos idear la manera de solucionar las situaciones de la vida, siempre de la mano con la ley, porque la ley es la esencia y guía de cada comportamiento, al igual que el amor. La ley es la inteligencia y el amor, ese el corazón, que le da vida a la inteligencia.

A todos los que mencione, o a los que no y quienes han podido leer este proyecto de grado... GRACIAS, de no ser por ustedes todo este esfuerzo hubiese sido en vano, porque una cosa es tener metas y otra muy diferente es tener con quien compartirlas. "La vida hay que vivirla de muchas maneras pero no de cualquiera" y nuevamente gracias por permitirme compartir esta meta con ustedes.

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	1
METODOLOGÍA	4
OBJETIVOS	5
OBJETIVO GENERAL	5
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	5
JUSTIFICACIÓN	6
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA GRAVIDEZ SUBROGADA	7
1.1. ANTECEDENTES FÁCTICOS	7
1.2. ANTECEDENTES RELIGIOSOS	18
1. 3. ANTECEDENTES JURÍDICOS	24
2. CONCEPTUALIZACION DE LA GRAVIDEZ SUBROGADA	36
2.1 DEFINICIÓN DE LA GRAVIDEZ SUPLENTE Ó SUBROGADA	36
2. 2 CLASES DE GRAVIDEZ SUBROGADA	42

3. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA GRAVIDEZ SUBROGADA	
EN COLOMBIA	44
3. 1 CONCEPTO DE VIDA	45
3.2 CONCEPTO DE PERSONA HUMANA	50
3.3 DERECHOS INVOLUCRADOS: A PROCREAR; A LA PRIVACIDAD; A LA MATERNIDAD, PATERNIDAD Y REPRODUCCIÓN	53
3. 4 FILIACIÓN	56
3.5 CONCEPTUACIÓN JURÍDICA DE LA GRAVIDEZ SUBROGADA EN COLOMBIA	63
3.6 CRITERIOS SOBRE LA VALIDEZ DE LOS ACUERDOS DE SUBROGACIÓN	66
3.6.1. La nulidad de los contratos	70
3.6.2. Licitud del acuerdo	75
3. 7 NATURALEZA DEL CONTRATO DE GRAVIDEZ SUBROGADA	78
3.8. CAUSAS QUE DETERMINAN LA PRÁCTICA DE GRAVIDEZ SUBROGADA	81
4. PROPUESTAS ENTORNO A LA GRAVIDEZ SUBROGADA	84
4.1 EL VACIO LEGAL	84
4. 2 INTERES SUPERIOR DE LA CRIATURA	86

4.3 EL ACUERDO DE GRAVIDEZ SUBROGADA COMO UNA MODALIDAD DEL CONTRATO DE OBRA O PRESTACIÓN DE SERVICIOS	88
4.4 CLAUSULA DE RETRACTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO	89
4.5 PRESUPUESTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE GRAVIDEZ SUBROGADA	90
5. CONCLUSIONES	92
6. BIBLIOGRAFÍA	99
ANEXO 1 TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA GRAVIDEZ SUBROGADA EN OTRAS LEGISLACIONES	106
1 LEGISLACIÓN SOBRE GRAVIDEZ SUBROGADA Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN OTROS PAISES.	108
1.1. Legislación en España	109
1.2. Legislación Estados Unidos de América	118
1.2.1 Referentes jurídicos	120
1.2.2. Normatividad actual	124
1.3. Legislación en Argentina	126

RESUMEN GENERAL DE TRABAJO DE GRADO

TITULO: NATURALEZA JURIDICA DEL ACUERDO ENTRE LAS PERSONAS CAPACES, PARA LA GESTACIÓN DE UN EMBRIÓN EN VIENTRE AJENO EN EL DERECHO COLOMBIANO

AUTOR (S): MARIA PAULA PADILLA CARRILLO

FACULTAD: Facultad de Derecho

DIRECTOR (A): Dra. Úrsula Fernanda Castellanos

RESUMEN

La gravidez subrogada es un fenómeno de amplias connotaciones sociales y culturales. La importancia jurídica de dicha práctica es que se realiza a través de un contrato o acuerdo de voluntades, mediante el cual una mujer presta su vientre para que se lleve a cabo el proceso de gestación de una criatura que pertenece a otra persona. La mujer de alquiler de vientre o madre subrogada tiene la obligación de guardar cuidado con el fin de no perjudicar el desarrollo gestacional de la criatura, y la otra mujer, madre genética, en cambio acuerda pagar un precio. La figura es confundida con el arrendamiento de bien inmueble y con el contrato de compraventa, no obstante, otra parte de la doctrina sostiene que la verdadera naturaleza del acuerdo corresponde a un contrato laboral de prestación de servicio o de ejecución de obra cuya obligación final es la entrega de la criatura en condiciones normales, una obligación de medio y no de resultado. Diferentes estamentos sociales han calificado la conducta desde su propia órbita moral. La iglesia católica, la comunidad científica, y los jurisconsultos más reconocidos a nivel internacional, no se han apartado de contribuir en la resolución del caso. Existe un vacío legal al respecto que debe desaparecer, pues en caso de que la cuestión se maximice, la arbitrariedad judicial aumentaría desproporcionadamente. El legislador en un sano ejercicio de hermenéutica jurídica, tiene la responsabilidad de consultar otras disciplinas, y de esta manera establecer una postura legal para cada caso.

PALABRAS CLAVES: NATURALEZA JURIDICA.

GENERAL ABSTRACT THESIS PROJECT

TITLE: JURIDICAL NATURE OF THE AGREEMENT BETWEEN THE CAPABLE PERSONS, FOR THE GESTATION OF AN EMBRYO IN FOREIGN BELLY IN THE COLOMBIA LAW

AUTHOR(S): MARIA PAULA PADILLA CARRILLO

FACULTY: Faculty of Law

DIRECTOR(A): Dra. Úrsula Fernanda Castellanos

SUMMARY

Maternity Surrogacy is a phenomenon of broad social connotations. The legal significance of particular practice is being done through a concurrence of wills or contracts. A woman gives her womb so that it performs the process of gestation of a creature that belongs to another. Women surrogacy or surrogate mother is obliged to keep carefully in order not to harm the baby's gestational development. The other woman who can be genetic or intentional mother agrees to pay a price in exchange for services. The case is confused with the lease of immovable property and the contract of sale, however, the most advanced doctrine holds that the true nature of the agreement is for a contract to provide service or execution of work whose ultimate obligation is that delivery of the child in normal conditions, medium and not of result. Different social classes have described the behavior from their own moral orbit. The Catholic Church, the scientific community, the most renowned jurists and others internationally have not veered to contribute in solving the case. There is a legal vacuum in this respect must disappear, because if the issue is maximized to reach very large dimensions, arbitrary court would increase disproportionately. The legislator in a healthy exercise of legal interpretation, has the responsibility to consult the subjects that inform the law, and thereby establish a particular legal position.

KEY WORDS: JURIDICAL NATURE

INTRODUCCIÓN

El derecho es una ciencia que debe valerse del aporte de otros saberes como la filosofía, sociología, historia y psicología, en miras de generar conocimiento y beneficio a la sociedad, para lo cual debe acercarse a la realidad y a los sucesos que en ella acontecen, para brindar de la manera más acertada posible regulación de las situaciones sociales.

El derecho no puede limitarse a la norma como prescripción hipotética, su objeto de estudio también debe ser el ser en sí mismo.

Ilustrando con mayor claridad lo anteriormente expuesto, H. J von Kirchmann dice:

Los juristas se ocupan sobre todo, de las lagunas, los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas; de lo que hay en ellas de falso, de anticuado, de arbitrario. Su objeto es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador...Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingente; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura¹

Sin embargo, se identifica una abismal discrepancia entre el contenido del derecho y las actuales exigencias sociales, ya que el derecho casi nunca recurre a la

¹ KIRCHMANN, H. J v. La Jurisprudencia no es Ciencia. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1961. P. 49

sociológica para detectar cuales son las auténticas causas de los diversos malestares sociales.

Una situación fáctica que debe ser regulada por el derecho es la gravidez subrogada, un asunto biológico que será objeto de análisis jurídico en el presente trabajo, y que nos enfrenta a un dilema protagonizado por la ciencia y el derecho en constante tensión. Los avances científicos han permitido que muchas familias infértiles puedan hacer realidad su deseo de ser padres. Años atrás, el trasplante de corazón era una práctica mal vista desde el ámbito religioso y jurídico, pero con el paso del tiempo se fueron aclarando algunas nociones del diario social, y hoy día la instalación de un órgano ajeno a otra persona es una práctica normal y completamente aceptable.

Este ejercicio académico se basa en el principio de la interdisciplinariedad en la construcción del conocimiento. Implantar una asociación armónica entre las diferentes disciplinas del saber humano con miras a tener una mirada holística de la vida. El problema jurídico que se propone resolver es determinar cuál es el régimen jurídico colombiano para la gravidez subrogada, y en caso de no existir presentar una propuesta desde el derecho.

El primer capítulo del presente texto ubica los antecedentes de la gravidez subrogada, en lo fáctico, lo religioso y lo jurídico. Los antecedentes jurídicos se plantean desde la óptica del derecho comparado en el transcurso de la historia.

Dentro del segundo capítulo encontraremos una conceptualización del fenómeno de la gravidez subrogada, las diversas connotaciones que existen en torno a la práctica.

El tercer capítulo aborda la legislación colombiana, algunos problemas jurídicos que enfrenta la gravidez subrogada específicamente algunos conflictos de intereses y derechos y la ilicitud actual del acuerdo sobre la práctica del procedimiento médico – científico y presenta la imposibilidad actual de reconocer en contrato en torno a la gravidez subrogada.

En el cuarto y quinto capítulo se exponen los resultados académicos de la investigación, concretamente una propuesta frente al vacío jurídico encontrado en la legislación colombiana y finalmente las conclusiones como hallazgos de todo el trabajo investigativo, es decir de lo que a lo largo de este informe final presentado puede precisarse.

METODOLOGÍA

El presente informe del proyecto de investigación se desarrolló sobre los parámetros de la metodología cualitativa basada en el análisis sistémico comparativo y hermenéutico. Para el análisis sistémico comparativo se hizo necesario recurrir a la revisión tanto de legislación como de doctrina foránea, dado que en la búsqueda documental no fueron hallados documentos nacionales.

Se incursionó, pese a la mirada jurídica, por un lado en referentes históricos sobre la gravidez subrogada descrita en las Sagradas Escrituras, y por otro lado en las bases científicas de la inseminación artificial.

Este proyecto de grado desde el punto de vista metodológico se enmarca bajo un proceso explorativo y busca exaltar desde la óptica de un análisis jurídico social, que culmina en una propuesta para la regulación jurídica de una realidad, propuesta que queda para la discusión, es falseable y está a la disposición de todas las personas, pues no tiene pretensiones de verdad.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL:

Identificar la situación jurídica actual del fenómeno de gravidez subrogada.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Observar el panorama jurídico de la gravidez subrogada a la luz de otras legislaciones.
2. Determinar la situación jurídica de la gravidez subrogada en Colombia.
3. Establecer una propuesta personal de acuerdo al criterio elaborado durante el desarrollo del trabajo.

JUSTIFICACIÓN

Este estudio se realiza porque existe una realidad de la gravidez subrogada desde años atrás, incluso desde épocas bíblicas y en la actualidad se presentan aun más debido a todos los adelantos científicos, la importancia se deriva de la inquietud que genera su práctica tanto para la ciencia, el derecho, la ética, la política, como para la opinión pública. La ciencia aporta el avance y la aplicación de nuevas técnicas, la moral, la política y la opinión pública se encargan de darle un calificativo especial a estas situaciones, mientras el derecho está encargado de regularlas con un concepto ordenador.

A pesar de que en Colombia el fenómeno no ha generado una impactante conmoción debido a las bajas tasas de infertilidad reproductiva, es conveniente reconocer que el legislador ha tardado mucho en fijar los parámetros normativos que regulen el ámbito de las técnicas de reproducción humana asistida, incluyendo, el procedimiento de la gravidez subrogada. Por ende se da la hipótesis de que existe un vacío jurídico en nuestra legislación y por consiguiente se realiza una amplia investigación basada en la pregunta ¿Cuál es la situación jurídica de la gravidez subrogada en Colombia?

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA GRAVIDEZ SUBROGADA

1.1 ANTECEDENTES FÁCTICOS

Para abordar la gravidez subrogada, es indispensable hacer una primera referencia a los antecedentes fácticos, porque el presente tema no representa un paradigma socio - cultural propiamente moderno o novedoso. Desde la antigüedad hasta nuestros días la gravidez subrogada o alquiler de vientres ha sido una opción médico – científica cuya implementación encierra múltiples causas. El estudio de su historia, permite denotar el alcance social de dicha práctica en distintas comunidades.

Los primeros registros históricos de la gravidez subrogada se remontan a la época judaica, siglos antes al advenimiento de Cristo. Aunque las causas materiales que forjaron el apareamiento de determinada práctica han variado un poco, se puede decir en términos precisos que las motivaciones actuales son en la gran mayoría de casos similares o iguales a las de antaño. La imposibilidad de procrear obligó a mujeres y hombres de la antigüedad a recurrir a métodos alternativos de reproducción con el fin de satisfacer su legítima demanda de tener descendientes

que los sucediesen en consanguinidad o estirpe patriarcal, lo anterior se puede observar en las sagradas escrituras:

Viendo Raquel que no daba hijos a Jacob, tuvo celos de su hermana, y decía a Jacob: Dame hijos o me muero. Jacob se encendió en cólera contra Raquel y le dijo: ¿Estoy yo acaso en lugar de Dios, que te ha negado el fruto del seno? Dijo ella: Ahí tienes a mi sierva Bilhá. Únete a ella; que dé a luz sobre mis rodillas, y tenga también yo un hijo por ella. Y le dio a Bilhá su sierva, por esposa, y Jacob se unió a ella. Concibió a Bilhá y dio a Jacob un hijo. Dijo Raquel: Dios me ha hecho justicia: escuchó también mi voz y me ha dado un hijo. Por eso lo llamó Dan²

No obstante, existe otra cita más antigua al respecto en la cual se dilucida la problemática planteada. A efectos de ser esclarecida la gravidez disputada entre el natural sentimiento de arraigo de la madre sustituta y la mujer que tuvo el ánimo inicial de ser madre, se consigna lo siguiente en un aparte de la Biblia:

Saray, mujer de Abraham, no le había dado hijos; pero tenía una esclava egipcia, de nombre Agar. Dijo Saray a Abraham: Ya ves que Yavéh me ha hecho estéril: llégate, pues, a mi esclava; quizá yo obtenga hijos por ella. Escuchó Abraham la voz de Saray. Al cabo de diez años de habitar Abraham en tierra de Canaán, tomó Saray, mujer de Abraham, a la egipcia Agar, su esclava y se la dio por mujer a Abraham, su marido. Se llegó a él a Agar, que concibió; y viéndose ella encinta, miró con desprecio a su ama. Dijo entonces Saray a Abraham: Reaiga sobre ti la afrenta que se me ha hecho. Fui yo la que puse a mi esclava en tu seno; pero al verse ella encinta me mira con desprecio. Juzgue Yavéh entre tú y yo. Y respondió Abraham a Saray: Mira en tus manos está tu esclava; haz con ella lo que bien te parezca. Entonces Saray la maltrató, y ella huyó de su presencia.³

² Biblia. Antiguo Testamento, Libro del Génesis, capítulo 30, versículos del 1 al 6.

³ Ibídem, Capítulo 16, versículos 1 – 6.

A estos hechos es necesario hacerles una lectura analítica para desentrañar utilidad para efecto de este estudio. En los pasajes bíblicos anteriormente citados, se encuentran casos de gravidez subrogada, cuya incidencia social está plagada de los mismos cuestionamientos de orden moral, cultural y jurídico que en la actualidad inquietan a la comunidad en general. La mujer que tuvo la pretensión de ser madre a través de la figura de gravidez subrogada o alquiler de vientres reclama al hijo procreado, mientras la mujer que prestó el vientre y soportó el período de gestación se niega a entregar a la criatura que cree suya. Haciendo un paralelo con la realidad actual, se vislumbra un panorama que si bien no es idéntico, engloba ciertas características considerablemente similares.

Para hacer alusión al tema desde un punto de vista más técnico es necesario centrar la cuestión en épocas más recientes, donde se encuentren ejemplos históricos que lo ilustren con mayor propiedad.

El doctrinante Lee M Silver⁴ nos dice que fue tan solo hasta mediados del siglo XIX cuando se admitió que el óvulo y el espermatozoide eran células pero el fisiólogo y sacerdote italiano, Lázaro Spallanzani entre los años 1776 a 1782 experimentó congelando espermatozoides y en la etapa culminante de sus ensayos logró inseminar artificialmente a un perro; solo hasta inicios de la

⁴ SILVER, Lee M. Vuelta al Edén: más allá de la clonación en un mundo feliz, segunda edición. Madrid: Grupo Santillana de ediciones S.A. 1998. p. 210.

segunda mitad del siglo XIX se admite que el óvulo y el espermatozoide son materiales genéticos; en 1779, bajo la tutoría del médico escocés John Hunter, un hombre introdujo sus muestras seminales en una jeringa e inyectó vaginalmente a su esposa, efectuando así una inseminación artificial en seres humanos.

Continua diciendo Silver⁵, que las costumbres morales de la sociedad de la época explican en algún modo la clandestinidad de determinados estudios médico – científicos, como por ejemplo la inseminación con semen de donante, la cual solo tuvo lugar a finales del siglo XIX cuando el doctor William Pencoast aprovechando el semen de un estudiante de medicina, decide embarazar a una mujer.

Vidal Martínez⁶ también nos comenta que hacia el año de 1975 en el Estado de California, Estados Unidos (ver anexo), comienza a narrarse la historia pública de las madres sustitutas, gracias al apareamiento de un anuncio en el periódico oficial de esa ciudad en donde se solicita a una mujer para ser inseminada artificialmente, a encargo de una pareja estéril que a cambio ofrecía una ostentosa retribución económica. Posteriormente surgen los primeros centros de asistencia técnica para la reproducción humana, generando un impacto a nivel social, así como serios debates jurídicos entre las facciones que rechazaban la amplia

⁵ Ibídem., p. 211.

⁶ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. Las nuevas formas de Reproducción Humana. Madrid: Editores Civitas. 1988. p. 180.

elasticidad de la práctica y aquellas que en cambio proponían reformas legislativas, capaces de ajustarse a las exigencias materiales de esta nueva modalidad de procreación humana, tenemos por ejemplo que:

El 25 de julio de 1978, nació Louse Brown, por fecundación in vitro, fue cuando se demostró que la concepción del ser humano podía producirse por fuera del vientre de la madre⁷.

Posteriormente, en 1984 nació, en la ciudad de Los Ángeles, una criatura gracias a la transferencia de un embrión fecundado al vientre de una mujer estéril.⁸ Ante el tema tratado, María Eleonora Caro nos narra un hecho de grandes connotaciones:

Uno de los casos más resonantes fue el denominado “Baby M” ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebé, y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de U\$S 10.000.

⁷ MENESES ORTIZ, Luis Henry y otros. Efectos legales de los procedimientos de fecundación humana asistida heteróloga cuando no existe consentimiento del marido o compañero permanente. Bucaramanga: editorial Universidad Cooperativa de Colombia. p. 24.

⁸ *Ibíd.*, p. 25.

El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whithead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebé⁹.

Al respecto Lee Silver¹⁰ nos narra otro caso de iguales proporciones. En el año de 1987 Patricia Anthony una mujer de Johannesburgo (Sudáfrica) a la edad de 47 años dio a luz a David, José y Paula, sus nietos, cuyo material genético provenía de su hija Karen y su yerno Alcino; esto da un lanzamiento a la popularidad de la gravidez subrogada, pues dados los resultados satisfactorios de la técnica y la sana relación que de la situación de los padres se produjo, muchas parejas creen encontrar en esta práctica la respuesta al deseo de tener hijos propios.

⁹ CANO, María Eleonora. Breve aproximación entorno a la problemática de maternidad subrogada. En: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>. extraído 16 de agosto 2008.

¹⁰ SILVER, Lee M. Op. cit. p. 197.

En el año de 1993 bajo la tutoría del profesor Robert Choysman, se dio el primer nacimiento de un clon humano por fertilización in vitro. El señalado científico diseccionó un embrión fecundado, para producir de él gemelos idénticos¹¹.

La especialista María Eleonora Cano nos comenta que hacia el año de 1994 un matrimonio japonés que tenía problemas de infertilidad y que además el Estado le había negado la posibilidad de adoptar a un niño, contrató los servicios de gravidez subrogada de una mujer norteamericana. La madre sustituta o de alquiler de vientre debía gestar la criatura que era producto de una inseminación in vitro conseguida a través del óvulo de una donante y el espermatozoides del marido comitente¹². Cabe subrayar que esta práctica es prohibida por la legislación japonesa, lo que obligó a la pareja a exportar el material genético a los Estados Unidos para que allá se efectuara el procedimiento médico – científico. Los costos por la aplicación de esta técnica ascendieron aproximadamente a 80.000 dólares.

En la Unión Europea el asunto parece ser más abierto, pues como relata el diario El Mundo de España en su página editorial del 1 abril de 2000:

Recientemente, el 17 de febrero de 2000 una jueza del tribunal Civil de Roma autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una madre de alquiler. En el caso, nos encontramos frente a una mujer que

¹¹ MENESES ORTIZ, Luis Henry y otros. Op. cit. p. 24.

¹² CANO, María Eleonora., Op. cit. <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>, extraído 16 de septiembre de 2009.

debido a una malformación en su aparato genital se encontraba impedida para llevar adelante un embarazo, aunque si podía producir ovocitos. Ello así, en 1995 la pareja mediante el método de la fecundación artificial, procedió a congelar sus embriones a la espera de encontrar una mujer a quien implantárselos; una amiga se ofreció a cumplir este cometido en 1999. Sin embargo, durante este tiempo, la Federación de Médicos Italianos, sancionaba un código deontológico que prohibió expresamente la “gravidez subrogada”. Ante esta circunstancia, y debido al vacío legislativo en la materia, la pareja recurrió a la justicia solicitando autorización para que los embriones sean implantados en la madre sustituta. El fallo hizo lugar a la petición aduciendo que la intervención se llevaba a cabo “por amor y no por dinero” y porque los embriones ya hacía cuatro años que estaban congelados. No obstante, según la ley italiana, el nacido será hijo de quien lo ha dado a luz, esta mujer procederá a no reconocerlo y de este modo los padres genéticos podrán adoptarlo.

En Colombia, existe el Centro de Fertilidad y Esterilidad (CECOLFES), organismo encargado de desarrollar programas de fertilización in vitro y transferencia embrionaria, los cuales se consideran como los más avanzados de Latinoamérica. Este define como “Técnicas de Reproducción Humana Asistida” (THRA o TRA) a todos los procesos desarrollados en un laboratorio específico o con ayuda de éste, cuyo propósito conduce de manera artificial a la unión de las gametas masculinas y femeninas con el fin de favorecer el embarazo. Es decir, hace viable la posibilidad real de engendrar hijos de manera tal que para la fecundación de un óvulo por el espermatozoide no se requiere acudir a una relación sexual”¹³.

¹³ CECOLFES. Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida. En: <http://www.cecolfes.com/>. Consultado el día 15 de Noviembre de 2009

CECOLFES ha desarrollado gran variedad de técnicas de reproducción humana, y han sido reconocidas a nivel mundial las siguientes, entre otras

- **INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (I.A.)** CECOLFES¹⁴ precisa que esta técnica consiste en el depósito de espermatozoides en el tracto reproductor femenino con el propósito de conseguir una gestación para cuyo proceso se requiere que la mujer se encuentre en pleno periodo de ovulación y que disponga de por lo menos de la integridad anatómica de una trompa de Falopio. Dependiendo del origen del semen la I.A. se cataloga como Homóloga, cuando el semen es del esposo; o Heteróloga cuando el semen es de donante, término éste que algunos científicos consideran no apropiado, razón por la cual han optado por denominarla Inseminación Artificial con semen de Donante (IAD).

- **FERTILIZACIÓN IN-VITRO CON TRANSFERENCIA EMBRIONARIA (FIV-ET):** CECOLFES¹⁵, la denomina esta técnica como “bebé probeta”. La palabra In-Vitro significa “en vidrio”, término que indica que este procedimiento se da en una cápsula de laboratorio por fuera del cuerpo. De esta manera una vez el óvulo es fecundado se obtienen embriones que

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem

posteriormente pueden ser transferidos a la cavidad uterina en donde se implantan y continúan la gestación normal.

- **DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREFERTILIZACIÓN Y PREIMPLANTACIÓN (PGD)** CECOLFES¹⁶ la describe como un procedimiento en el que “utilizando técnicas de reacción en cadena de la polimerasa (PCR) e hibridación in-situ (FISH), para diagnóstico en las parejas y posterior a esto el diagnóstico genético Pre implantación (P.G.D) en los embriones logrados mediante técnicas de reproducción asistida (A.R.T.)”, es decir, en la primera fase se registra un diagnóstico médico mediante un procedimiento basado en la reacción consecutiva de las composiciones genéticas, y en la segunda fase, simplemente, se introduce el material genético requerido.¹⁷

En 1995 nace en Colombia por inseminación artificial el primer bebé en el mundo libre de hemofilia (enfermedad de la sangre que le impide coagularse normalmente), mediante procedimiento realizado en Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad “CECOLFES”, y con este suceso inicia el programa de Pre implantación Genetic Diagnosis “PGD” , mediante el cual se puede eliminar la cadena de transmisión de enfermedades como la Hemofilia tipo A y la fibrosis Quística.

¹⁶ Ibidem

¹⁷ Ibidem.

- **FERTILIZACIÓN IN VITRO Y TRANSFERENCIA DE PRE-EMBRIONES**

(FIVTE): CECOLFES¹⁸, al igual que la anterior describe que esta técnica hace parte de las invasivas y se desarrolla también en cuatro etapas básicas: inicia con estimulación ovárica controlada con ayuda de hormonas; tras esta primera fase le sigue la captura de los Oocitos directamente del ovario utilizándose para el efecto una laparoscopia o mediante punción transvaginal dirigida con control ultrasonográfico, procedimiento que se lleva a cabo con la mujer sedada pero es de tipo ambulatorio. La tercera fase se realiza en el laboratorio en donde se procede a la selección y cultivo de los oocitos. Por último tras un periodo de cultivo que no sobrepasa las diez horas se procede a la inseminación de cada Oocito, posteriormente se monitorean los óvulos y tras un día de observación, previa corroboración del desarrollo del pre-embrión se procede a la transferencia de los mismos.

En la revista ABC del bebé se enuncia un caso colombiano:

Este fue el caso de Carolina. Después de pasar por diversos centros de reproducción asistida, donde se sometió a inseminaciones y fertilizaciones in Vitro sin éxito alguno, encontró en útero prestado la posibilidad de ser madre por segunda vez, pues su endometrio no le permitía anidar a su bebé. Una familiar aceptó ayudarme. Le transfirieron un embrión formado con mi óvulo y los espermatozoides de mi pareja. La cuidamos todo el embarazo y velamos por su bienestar... yo la acompañaba a todos los controles prenatales para ver cómo se desarrollaba mi bebé”, cuenta. Aunque el parto fue prematuro, el bebé nació sano. El único problema que enfrentó fue el registro del infante, pues en el certificado de nacido vivo apareció

¹⁸ Ibidem

como hijo de su familiar, inconveniente que luego logró resolver en una notaría a la hora de registrarlo. “Desde el comienzo ella entendió cómo eran las cosas y lo hizo por mí, pues se me volvió una obsesión volver a ser mamá”, recuerda. No estoy de acuerdo en que la gravidez subrogada le resuelva el problema económico a una mujer que quiera solucionar su condición de pobreza o por lucro debe ser un acto médico y en casos específicos”, afirma el doctor Ramírez. Una paciente sin útero pero con ovarios puede ser madre a través de otra persona y esto podría hacerse en cualquier centro de reproducción asistida, explica el ginecólogo Fidel Cano, director de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. “Simplemente se estimula su ovulación, se capta un número determinado de óvulos, se unen con el semen de su pareja y los embriones se transfieren a un útero receptor previamente preparado”, comenta el especialista.¹⁹

1.2 ANTECEDENTES RELIGIOSOS

La Iglesia Católica ha trazado sus lineamientos sobre los diferentes temas inherentes al ser humano a través de las encíclicas papales. Hasta antes del apostolado de Juan XXIII, estos documentos eran dirigidos especialmente a mediar, a través de la fe, sobre los diferentes tópicos económicos y sociales propios de la época: discriminación racial, diferencias políticas, redistribución de la riqueza, entre otros.

Con los cambios de paradigmas a nivel global, las encíclicas y documentos de instrucción emanadas por la Santa Sede han tomado nuevos visos. Juan XXIII en

¹⁹ LINARES GÓMEZ, Andrea. Úteros ajenos para hacer realidad el sueño de ser padres. En: <http://www.abcdelbebe.com/node/153940>. extraído el 29 de septiembre 2009.

su encíclica de 1961 “Mater et Magistra” empieza a delinear un nuevo periodo con otros argumentos que se aproximan más hacia la discusión de los avances científicos. Los hombres de nuestra época han profundizado y extendido la investigación de las leyes de la naturaleza; han creado instrumentos nuevos para someter a su dominio las energías naturales; han producido y siguen produciendo obras gigantescas y espectaculares. Sin embargo, mientras se empeñan en dominar y transformar el mundo exterior, corren el peligro de incurrir por negligencia en el olvido de sí mismos y de debilitar las energías de su espíritu y de su cuerpo.²⁰

En 1968 a través de su encíclica “Humanae Vitae”, el Papa Pablo VI de manera más expedita se refiere al tema de los avances científicos y señala con nombre propio a los diferentes actores involucrados en el tema. Manteniendo un riguroso dogma de fe expresa:

Estos actos, en los cuales los esposos se unen en casta intimidad, y a través de estos se transmite la vida humana, son, como ha recordado el Concilio, “honestos y dignos”, y no cesan de ser legítimos si por causas independientes de la voluntad de los cónyuges, se prevén infecundos, porque continúan ordenados a expresar y consolidar su unión. De hecho, como atestigua la experiencia, no se sigue una nueva vida de los actos conyugales. Dios ha dispuesto con sabiduría leyes y ritmos naturales de fecundidad que por sí mismos distancian los nacimientos. La Iglesia, sin embargo, al exigir que los hombres observen las normas de la ley natural interpreta por su constante doctrina, enseña que

²⁰ Su santidad Juan XXIII. Carta encíclica Mater et Magistra: Un grave peligro. El olvido del hombre mayo 15 de 1961.

*cualquier acto matrimonial debe quedar abierto a la transmisión de la vida.*²¹

En el aparte aludido de la encíclica, si bien en el fondo se preocupa más por el control de natalidad a través de métodos anticonceptivos, no obstante hace un llamado al cuerpo médico y paramédico para que sean prudentes en sus actuaciones:

*Estimamos altamente a los médicos y a los miembros del personal de sanidad, quienes en el ejercicio de su profesión sienten entrañablemente las superiores exigencias de su vocación cristiana, por encima de todo interés humano. Perseveren, pues, en promover constantemente las soluciones inspiradas en la fe y en la recta razón, y se esfuercen en fomentar la convicción y el respeto de las mismas en su ambiente. Consideren también como propio deber profesional procurarse toda la ciencia necesaria en este aspecto delicado, con el fin de poder dar a los esposos sabios consejos y directrices sanas que ellos esperan con todo derecho.*²²

De otra parte se puede afirmar que durante las últimas dos décadas, la Iglesia Católica a través de sus máximas autoridades encabezadas por el Papa ha sido muy explícita en su posición frente a los adelantos científicos y de manera particular en torno a los avances de la medicina.

Igualmente, el Papa Benedicto XVI ante un grupo de expertos en biomédica convocados a Roma (reunidos por la Pontificia Academia de la Vida, el 16 de

²¹ Su Santidad Pablo VI; Carta encíclica *Humanae Vitae*: A los médicos y al personal sanitario, Julio 25 de 1968.

²² *Ibidem*.

septiembre de 2006 en Castelgandolfo)²³ expresó, al referirse a la medicina que esta ciencia existe para promover la salud del hombre. En los últimos años puede hacerlo con técnicas e investigaciones de frontera, con experimentos que aparecen continuamente en los medios de comunicación y llenan de esperanza a millones de enfermos, a veces creando ilusiones excesivas o suscitando deseos de experimentaciones que no ofrecen verdaderas perspectivas de curación.

La Iglesia de Roma no se aparta ni va en contravía de los avances científicos sino que discute sobre la necesidad que estas prácticas deben conservar unos principios éticos fundamentales, en especial el del principio de respeto a la vida humana. Para la ocasión aludida anteriormente, el Papa Benedicto XVI explícitamente manifestó:

“A esta luz, también la investigación sobre células madre adultas merece ser aprobada y promovida cuando conjuga de modo correcto el saber científico, la tecnología más avanzada en el ámbito biológico y la ética que exige el respeto del ser humano en cada etapa de su existencia. Las promesas abiertas gracias a este nuevo camino de la investigación son, en sí mismas, fascinantes, porque permiten entrever la posibilidad de curar enfermedades que producen la degeneración de tejidos, con los riesgos consiguientes de invalidez y de muerte para quienes las sufren.”²⁴

No obstante a renglón seguido del documento anterior, aclaró que en concordancia con los principios de la fe cristiana nunca podrá ser ética una

²³ Conferencia Fronteras Éticas para las Células Madre. En: es.catholic.net/sexualidadybioetica)

²⁴ Reunidos por la Pontificia Academia de la Vida, el 16 de septiembre de 2006 en Castelgandolfo. Conferencia Fronteras Éticas para las Células Madre. En: es.catholic.net/sexualidadybioetica.

investigación que suponga la destrucción de seres humanos, en este caso de embriones. En palabras de Benedicto XVI, la Iglesia se ha opuesto y se opone también hoy a:

Aquellas formas de investigación que implican la supresión programada de seres humanos ya existentes, aunque todavía no hayan nacido. En esos casos, la investigación, prescindiendo de los resultados de utilidad terapéutica, no está realmente al servicio de la humanidad. Trabaja, de hecho, a través de la supresión de vidas humanas que tienen la misma dignidad respecto a los demás individuos humanos y a los mismos investigadores. La misma historia ha condenado en el pasado y condenará en el futuro este tipo de ciencia, no sólo porque carece de la luz de Dios, sino también porque carece de humanidad.²⁵

Trabajar por la salud de todos: esa es la vocación de la medicina auténtica, de la investigación de rostro humano. El científico necesita nutrir de ética el trabajo en su laboratorio. Sabrá, entonces, respetar a cualquier ser humano, también cuando se encuentra en la etapa inicial, en la fase embrionaria; también cuando aparece ante el microscopio como un simple “puñado de células” que pertenecen ya a un individuo humano que comienza a vivir.

Todos fuimos embriones. Cada embrión, como cualquier otro ser humano, merece respeto y amor simplemente por eso, por ser hijo y hermano, por ser uno de nosotros. Recordarlo será uno de los motivos que ennoblecerá a tantos investigadores y que llevará a progresos científicos conquistados a través de vías verdaderamente éticas, las únicas que pueden construir un mundo más justo y más humano.

La doctrina de la Iglesia Católica se opone rotundamente a las técnicas mediante las cuales se atente o deforme el sentido natural de la paternidad. Es decir, no puede concebir que una persona extraña a los cónyuges (llámese madre

²⁵ Ibidem.

subrogada, donante de óvulo o espermatozoide) intervengan en la gestación de un ser humano. A estas prácticas (técnicas de reproducción humana asistida “TRHA”) las considera gravemente deshonestas porque lesionan los derechos del niño de nacer de un padre y una madre conocidos de él y unidos entre sí por el matrimonio bajo la institución natural de la familia.

Hace algo más de veinte años, en 1987, la Congregación para la Doctrina de la Fe había publicado la “Instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación” conocida como “Donum vitae”. La instrucción “Dignitas personae”²⁶ aplica a algunas situaciones nuevas los principios básicos sentados en Donum vitae. El acercamiento a la instrucción Donum vitae (regalo de vida) estuvo a cargo del para entonces cardenal Joseph Ratzinger (Prefecto de la Congregación) y el arzobispo Alberto Bovone de Cesarea (Secretario). Veintidós años después la posición asumida por Ratzinger (hoy Benedicto XVI) no ha variado sustancialmente, tal como se confirma en una publicación del diario “El País” de España el primero de febrero de 2008, en sus páginas editoriales. En la declaración dirigida en Roma a los participantes de la Congregación para la Doctrina de la Fe, el Papa Benedicto XVI arremetió contra la fecundación in vitro, así como la congelación de embriones y la clonación: “*Cuando los seres humanos, en el estado más débil e indefenso de su existencia, son seleccionados, matados,*

²⁶ La Instrucción Dignitas personae sobre algunas cuestiones de bioética, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, publicada el 12 de diciembre de 2008, siguiendo lo ordenado por el Papa Benedicto XVI el 20 de junio del mismo año.

abandonados o utilizados como puro material biológico, ¿cómo se puede negar que ellos han sido tratados ya no como alguien sino como algo, cuestionando así el mismo concepto de dignidad del hombre?”

No obstante, el máximo jerarca de la Iglesia exceptuó de la crítica a las técnicas de laboratorio denominadas “terapias de restitución de fertilidad”, las que permiten la fecundación al modo tradicional, es decir que no van en contravía del proceso natural pues finalmente para alcanzar la fertilización se requiere una relación sexual de la pareja.

1. 3 ANTECEDENTES JURÍDICOS

Por encima de las estimaciones sociales, morales y culturales está la fuerza coercitiva de las leyes. Desde el punto de vista moral la práctica de la gravidez subrogada puede llegar a tener ciertas restricciones que retraen en gran medida la intencionalidad del individuo. Al igual, la sociedad y la cultura pueden estigmatizar dicha práctica como una cuestión inmoral e indeseable, a pesar de ello, los antecedentes fácticos son reales, y el sentido del derecho de moldear la estructura social según determinados cánones de conducta, hace que valga la pena

bosquejar el desarrollo jurídico – normativo que en el transcurso de la historia se le ha dado al tema que aquí nos concierne.

En la antigüedad la función materna quedaba minimizada a la contribución del vientre para llevar a cabo el proceso de gestación. El útero era considerado un recipiente que contenía la sustancia biológica de la cual iba estar compuesto la criatura por nacer; se reconocía como único principio activo la sustancia seminal suministrada por el varón, mientras la mujer simplemente aparecía como un ente pasivo destinado a dar a luz a un nuevo ser. Gracias a los avances tecnológicos, sabemos que tanto el componente masculino como el femenino son igualmente importantes en la concepción de la vida humana.²⁷

La máxima del derecho romano que expresa “*Mater semper certa est*” (La madre es siempre conocida), se puede cuestionar ahora por la incursión médico-científica de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida. Desde entonces, la definición jurídica de la gravidez deja de ser una cuestión sencilla para convertirse en el objeto de una disputa. Emergen conceptos sofisticados que explican la situación materna desde diferentes puntos: gravidez biológica, gravidez genética, gravidez social, gravidez de gestación etc., generando que la noción de gravidez se torne compleja, cuando se había mantenido como un tópico invulnerable.

²⁷ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. Bioderechos. Bs. A.S: Editorial Dunken, 1999. pp. 79-85.

Moctezuma Barragán en un estudio de derecho comparado, nos comenta:

De la revisión que hicimos de la legislación internacional, pudimos apreciar que la primera legislación específica sobre esta materia fue la Ley sueca de Inseminación Artificial del 22 de diciembre de 1985, en la que se regula la inseminación homóloga y heteróloga; La ley referida preceptúa que la mujer receptora esté casada o tenga una relación estable como si lo estuviere; asimismo establece ciertas características especiales cuando el semen provenga de un hombre distinto del aquél con el que está casada o convive en relación análoga, como lo son el hecho de que el médico elegirá al adecuado donante de semen y que los informes sobre éste se registrarán en un libro especial de memoria clínica que se conservará durante un tiempo no inferior a setenta años. El niño engendrado cuando haya alcanzado la suficiente madurez tendrá derecho a acceder a los informes registrados en dicho libro.²⁸

En el ámbito europeo, la legislación española fue pionera (Ver anexo) y a pesar que desde entonces ha mantenido una postura restrictiva al respecto, también ha demostrado gran preocupación por no dejar la materia al arbitrio de un vacío legal:

El artículo 10.2 de la ley española 35/1988 –primera ley sancionada en Europa respecto de la fecundación asistida-, establece que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. En este sentido, un sector de la doctrina de ese país considera que la portadora no podrá impugnar su gravidez ni por vicios del consentimiento, ni por cualquier causa referente al acuerdo de gestación para otra pareja. Asimismo, el

²⁸ MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo. La Reproducción Asistida En México. Un Enfoque Multidisciplinario. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/81/4.htm>. extraído el 5 de septiembre de 2009.

*hijo no tendría derecho a reclamar una filiación materna que ya consta y aparece declarada por la ley, ni impugnar la ya existente*²⁹

Como es descrito por el doctrinante Carlos Parellada³⁰, en Argentina el avance se ha dado preferentemente a nivel académico. En las jornadas sanjuaninas del Derecho Civil de 1989 se manifestó un rechazo terminante al préstamo de útero o prácticas de gravidez subrogada, señalando la inmoralidad del acto y su contenido opuesto a las normas civiles de orden público. Gustavo Bossert³¹ reconoce la licitud del pacto, consintiéndolo solo en su modalidad gratuita. El precitado doctrinante sostiene que del acuerdo de gravidez subrogada se desprenden obligaciones naturales, es decir, no exigibles, dejando así carente de cualquier recurso judicial de reclamación a los contratantes.

En 1991 parlamentarios conservadores del Reino Unido dieron impulso a un proyecto de ley que estableciese la prohibición de inseminar artificialmente a mujeres vírgenes, sin embargo esta propuesta legislativa no tuvo éxito, pues el gobierno se opuso, calificándolo como impracticable, por limitar derechos fundamentales.³²

²⁹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. MASSIGOGUE BENEGIU, J.M. La Maternidad portadora, subrogada o por encargo en el Derecho Español. Madrid: SE 1994. p.150.

³⁰ PARELLADA, Carlos. *Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético*. Buenos Aires: Edición Homenaje Dra. María Josefa Méndez Costa. p 425

³¹ Encontrado en: www.revistapersona.com.ar/cano.htm, el 21 de Noviembre de 2009

³² The Washington Post. Washington D.C. 12 de marzo de 1991. Versión en Español.

Aunque la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida es un uso que se remonta a los mismos albores de la civilización occidental, en materia jurídica la cuestión jamás había tenido tanta trascendencia como en la actualidad. Al parecer, determinada alternativa médico – científica se extendió por todos los confines del mundo, forzando a los Estados a tomar decisiones concretas en muchas con medidas restrictivas o en otras con medidas permisivas.

No obstante, la gran preocupación gira en torno a la exigencia de legalidad, pues si bien es cierto que las prácticas de reproducción humana puedan ser rechazables o admisibles dependiendo el punto de vista que las mira, es aún más valedero en términos del Estado Social de Derecho, que si han de imponerse prohibiciones o sanciones positivas, estas se encuentren previamente enunciadas en la ley cumpliendo el principio de legalidad constitucional, es decir, que no sean simplemente salidas emergentes de la autoridad administrativa o posiciones acomodaticias de un juez, sino normas taxativas enmarcadas dentro del sistema jurídico.

El riesgo de no legislar la materia atinente es dejar un vacío legal que puede generar inseguridad jurídica, y cuyas consecuencias materiales serían nocivas si se tiene en habida cuenta el principio general de derecho que dicta: “todo lo que no está prohibido, está permitido”.

El fenómeno de la gravidez subrogada o alquiler de vientres alcanza a invadir casi todas las latitudes del mundo, esto significa que sus connotaciones ameritan la atención de la comunidad internacional. Quizá Europa es la región que le ha dado un mayor desarrollo legal.

La discusión institucional extraoficial gira en torno a los obstáculos de la moral cristiana, que influye en la pesada estructura de la sociedad occidental, así mismo se encuentra un componente polémico cual es el dilema entre la perspectiva eminentemente ética y los resultados del avance de la ciencia. Algunas legislaciones prescinden del examen ius-filosófico del fenómeno, optando por regular de modo taxativo aquellas prescripciones técnicas que deben guiar la práctica médico – científica. Algunas legislaciones de la mano de la moral pública detienen sus disquisiciones ante la impactante conmoción de los formalismos socio - religiosos (ver anexo).

Nos relata Bernard Mainar en un acucioso estudio de derecho comparado:

La legislación sueca regula las técnicas de reproducción humana asistida en su ley sobre inseminación artificial de 22 de diciembre de 1984. Adicionalmente existe una ley complementaria de junio de 1988, a las que se acumulan una ley relativa a la utilización de determinadas técnicas genéticas en el marco de los exámenes generales de salud, de 14 de marzo de 1991, y otra de la misma

*fecha relativa a las medidas con fines de investigación o de su tratamiento en relación con los embriones.*³³

De dicha ley de 1984 destacamos las siguientes particularidades: (1) Al iniciar el tratamiento de la inseminación se ha de contar con un seguimiento a cargo de un psicólogo, con el objeto de poder calibrar en el conjunto de la investigación las condiciones médicas, sociales y psicológicas de las potenciales pacientes, (2) Se exige la debida aptitud y competencia de los profesionales que actúen, así como las debidas condiciones de los Centros y sus equipamientos y medios de todo tipo, (3) La mujer que se somete a estas prácticas no ha de sobrepasar los cuarenta años, y ha de expresar su consentimiento expreso a las mismas. En cada ciclo menstrual, sólo se usará él semen de un único donante, con prohibición expresa de la mezcla de espermatozoides provenientes de distintos donantes, (4) Solamente cabe practicarse en pareja heterosexual, sea matrimonio o pareja estable, (5) El niño cuenta con el derecho a conocer quien fue el donante del material genético a partir del cual él se gestó, una vez sea adulto, y (6) El donante no debe superar la edad de cincuenta años, y se le ha de informar adecuada y suficientemente del proceso y sus consecuencias.

³³BERNARD MAINAR, Rafael. Efectos Jurídicos de Las Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. Caracas: Editorial Texto - Universidad Católica Andrés Bello, 2000.p 57.

Como se observa, la ley sueca obvia gran parte de las consideraciones morales, y decide legislar la materia, atendiendo exclusivamente a algunos criterios que fundamentan con suficiente solidez el aspecto médico de la práctica de reproducción humana asistida. Aparece el consentimiento del paciente como un presupuesto psicológico de índole esencial. Por cuestiones de idoneidad médica y para evitar posteriores complicaciones que acarreen un perjuicio a las partes o a la criatura, se exige una edad determinada al donante y a la mujer portadora. Además se le concede a la criatura el imprescriptible derecho de saber de dónde proviene el material genético que dio paso a su procreación, esto, con el fin de no vulnerar las prerrogativas fundamentales inherentes a la condición humana. No obstante, dicha ley hace referencia al caso de las técnicas de reproducción humana asistida (inseminación artificial, in vitro, etc.), y no al caso de la gravidez subrogada que se suscita posteriormente en otras legislaciones.

El 12 de junio de 1987, se expidió en Noruega una ley sobre fecundación artificial, la cual reguló la materia de inseminación artificial y fecundación in vitro. Sin embargo, el adelanto de las aplicaciones biotecnológicas en medicina, forzó la derogación de la ley de 1987 a través de la formalización de una nueva ley de 1994.³⁴

Reino Unido ha sido un país con clara tendencia vanguardista en la materia, y su historia al respecto es larga y prolongada: hacia el año de 1945, el arzobispo de

³⁴ *Ibíd.*

Canterbury conformó una comisión para el estudio y recaudación de información relativa a la inseminación artificial heteróloga. Después de varias reuniones la comisión de estudios, hizo público su rechazo a este tipo de prácticas, recomendando el castigo penal de las mismas. En el año de 1970, el parlamento inglés influenciado por la percepción religiosa, decidió ratificar el criterio hasta esos días manejado. En 1973, el Peel Committee da a conocer un informe que aprueba la inseminación artificial heteróloga (IAD), aunque sometida a una serie de recomendaciones y límites.

En 1982, el Gobierno crea una Comisión especial para el estudio de la fertilización humana y la embriología, que fue presidida por la doctora Warnock y se compuso por quince miembros de un equipo interdisciplinar (médicos, juristas, y expertos en política familiar y protección de la infancia). Fruto de los trabajos de la citada comisión, se emite un informe en 1984, el informe Warnock, que se erige como el primero en Europa que aborda la cuestión de la procreación asistida de una manera completa y que, dada su calidad, influye en los resultados de otras comisiones futuras que se instauran en los distintos países³⁵.

³⁵ *Ibidem*.

Entre sus sesenta recomendaciones³⁶ resaltan las siguientes que aquí se esbozan: (a) dicha práctica solo es recomendable entre parejas heterosexuales, sean casadas o no (b) Se acepta la donación de óvulos o embriones, siempre y cuando este precedida por la autorización de una autoridad competente que además de certificar el acto, garantice el anonimato del donante (c) En materia de filiación, los hijos de los donantes serán legítimos de la mujer y del hombre que figuren como padres, sin que los donantes tengan ningún derecho ni deber sobre ellos (d) Se rechaza la inseminación post mortem, de llevarse a cabo, el hijo así nacido no tendrá derecho alguno respecto del padre (e) Se rechaza totalmente la gravidez de alquiler, y se entiende por madre a la mujer que alumbró la criatura.

Antes de llegar a la Ley actual (ver anexo), se aprueba una ley el 16 de julio de 1985 sobre acuerdos relativos a la subrogación de gravidez, que condena ese tipo de contratos con fin de lucro. En 1987, se publica la reforma de la ley de la Familia, que trata la inseminación artificial heteróloga (IAD), siempre que preexista consentimiento de la mujer receptora, si bien no contempla ni trata sobre el estatuto del niño nacido de otro tipo de técnicas. El camino legislativo concluye, por el momento, con la vigente Ley del 1 de Noviembre de 1990 de fertilización humana y embriología³⁷.

En Alemania, los antecedentes legislativos sobre la materia se remontan al año de 1976, cuando se aprueba una ley sobre contratos de adopción, y a 1986, cuando

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibidem.*

se aplica un Anteproyecto de Ley sobre protección del embrión, con algunas disposiciones relativas a la producción mediante fecundación in vitro de embriones sobrantes no destinados a ser transferidos a la mujer.³⁸

En la discusión de la constitución, la opinión fue dominante a la hora de determinar que la vida humana empieza en el mismo momento de la concepción del embrión, bien por medios naturales, bien por fecundación in vitro. Desde ese instante, la vida y la salud del embrión, así como el derecho a la protección de su dignidad como persona humana, son garantizados por la Constitución³⁹.

En el año 1984, los Ministerios Federales de investigación Tecnología y Justicia habían constituido un grupo de trabajo que elaboró el conocido como informe benda, dado a conocer en 1985, con la finalidad de orientar futuros trabajos legislativos. En noviembre de 1989 se introdujo una enmienda a la Ley de 1976 con el nombre de Ley sobre contratos de adopción de niños y sobre la prohibición de los contratos de gravidez de subrogación. Así se gesta la Ley 13 de Diciembre de 1990, sobre protección de embriones, que entra en vigor el 1 de enero de 1991.

Pese a que la legislación internacional en materia de derechos humanos no le ha dado un tratamiento especializado al presente tema, existen algunas normas que

³⁸ *Ibidem.* p. 60.

³⁹ *Ibidem.*

si bien no hacen menciones específicas al respecto, si suministran ciertas pautas de interpretación jurídica. En la actualidad los Estados que admiten como norma superior las declaraciones positivas y coercitivas del derecho internacional, retoman los postulados legales de la normativa internacional. De esta manera, los Estados miembros de la comunidad internacional (ver anexo), están sometidos a unos principios rectores de observancia obligatoria. Por ejemplo, el interés del menor está por encima de cualquier cláusula o voluntad soberana dada la situación de indefensión en que se encuentra. La Convención Americana de derechos humanos en su artículo 1 le brinda una protección formal a la vida desde el mismo momento de la concepción. El artículo 11⁴⁰ del mismo referente normativo contextualiza el derecho a la honra y la dignidad humana, exhortando a las naciones a que cualquier decisión administrativa, expedición normativa o resolución judicial debe estar orientada por dichos principios. En estrecha consonancia con la Convención de derechos humanos, está la Convención de Derechos del Niño que en su preámbulo hace hincapié en la salvaguarda del derecho de todos los miembros de la familia, principalmente al menor, esto en condiciones de equidad e igualdad.

⁴⁰ **Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad:** 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

2. CONCEPTUALIZACION DE LA GRAVIDEZ SUBROGADA

2.1 DEFINICIÓN DE LA GRAVIDEZ SUPLENTE Ó SUBROGADA

Con el paso del tiempo el término gravidez ha sido afectado producto de los adelantos científicos y tecnológicos. Igualmente ha ocurrido en el campo de su figura jurídica, así como desde el punto de vista ético y moral, aunque son aspectos que este ejercicio académico no aborda por las limitaciones definidas.

La ciencia ha introducido una expresión que complejiza el término y la situación, se trata de la gravidez subrogada, en la cual de la maternidad participan dos mujeres que se presume son las madres de un bebé.⁴¹

Para el tratadista mexicano Xavier Hurtado Oliver, quien además es un ilustrado en el tema de la eutanasia, el concepto de gravidez subrogada lo define como: *“la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento.”*⁴²

⁴¹ DELGADO CALVA, Ana Soledad. “La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho, Mexicano”, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 38.

⁴² HURTADO OLIVER. Xavier. El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos. México: Editorial Porrúa. 1999. p. 54

Al observar esta definición se encuentra una idea general que no especifica quienes pueden ser la mujer subrogante y la subrogada. Es decir, no es explícito en definir la condición de las mencionadas mujeres en el sentido si son casadas, concubinas, solteras o si cualquier mujer puede convenir con otra para llevar a cabo la gestación.

La Doctora Ana Soledad Delgado, en su artículo la maternidad subrogada dice: *“Un concepto muy similar exponen los doctrinantes Jaime Vidal y Pedro Silva Ruiz al expresar que la gravidez subrogada: “es el caso de la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa.”*⁴³

Si bien en este concepto aparece definida la figura paterna, no obstante carece de definición concreta sobre la calidad de las mujeres subrogante y subrogada. Además es contundente en afirmar la propiedad del semen pero no ocurre igual condición con el óvulo.

Otro estudioso del tema, reconocido en su país y a nivel mundial es el estadounidense Phyllis Coleman, quien afirma:

La gravidez subrogada consiste en la aplicación de inseminación artificial que lleva al nacimiento de una criatura con nexo biológico

⁴³ DELGADO CALVA, Ana Soledad. “La Maternidad Subrogada: un Derecho...”, Op. Cit. p. 45

*unilateral a la pareja infértil. La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante un contrato, se le insemine artificialmente con el semen del hombre casado con otra mujer, gestar la criatura, darla a luz o procrearla. Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia a la custodia a favor del padre biológico, y además, culminan todos sus derechos de filiación sobre ella (se refiere a la criatura) para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte.*⁴⁴

Este concepto muy completo, sin embargo no se tiene en cuenta el supuesto en el cual la madre sustituta no aporte el óvulo y sólo se constituya como portadora del bebé.

Por su parte, N. Keane la gravidez subrogada la precisa como: *“El contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada.”*⁴⁵

Maricruz de la Torre emite igual concepto que el anterior con la novedad que incluye léxico más contemporáneo como por ejemplo “pareja contratante” y “contrato de gestación”, así: *“La gravidez subrogada (...) implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio*

⁴⁴ COLEMAN, Phyllis. Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions, citado en: SILVA RUIZ, Pedro F. Panorámica de la fecundación Humana Asistida en Estados Unidos. Memorias II Congreso Mundial vasco. España: Ed. Trívium. 1988. p. 85.

⁴⁵ KEANE, N. Y D. Breo, The Surrogate mother. New York: Everest House Publishers.1981. p. 12.

*contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante.*⁴⁶

El doctor Eduardo Zannoni introduce un planteamiento interesante al hacer referencia que: *“La gravidez subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja”.*⁴⁷

Lo interesante del postulado de Zannoni es que habla del embrión de una pareja que es implantado en el útero de otra mujer, lo cual indica que no es tan sólo el óvulo de subrogante, ni únicamente el semen del esposo, sino ambos.

Es decir Zannoni estima que: *“Se alude a la gravidez subrogada (del inglés Surrogate motherhood) o gestación por cuenta de otro, en el caso de que el embrión de una pareja sea implantado en el útero en beneficio de esa pareja (...) Y se conocen para concebir un hijo que, una vez nacido, entregarán gratuitamente o por precio, al matrimonio constituido por el dador del semen y su esposa.”*⁴⁸

Si bien, esta definición no incluye la inseminación artificial heteróloga, abarca los supuestos de hecho en los cuales la mujer aporta la fuerza de la gestación y en el

⁴⁶ DE LA TORRE VARGAS. Maricruz. La fecundación in vitro y la filiación. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.1993.p. 204.

⁴⁷ ZANNONI, Eduardo A. la genética actual y derecho de familia. En: Lecciones y Ensayos. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 1988. p.5

⁴⁸ Ibidem.

que además aporta el óvulo, sino fuera porque es el mismo Zannoni quien aclara que bajo su concepto:

*(...) la gravidez subrogada o gravidez sustituta, se dan en el primer caso, ya que en el segundo, la mujer inseminada es genéticamente la madre del hijo concebido, pues es ella quien aporta el óvulo que es fecundado con el esperma ajeno. En cambio, la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es, que no ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación (...).*⁴⁹

La confusión de la terminología es común, se hizo notoria en 1978, cuando se utilizó por primera vez a través de un masivo medio de comunicación el vocablo madre subrogada⁵⁰ para definir que se trataba de una mujer que había dado luz a un hijo para darlo a otra.

Las acepciones para el término “gravidez subrogada” pueden considerarse casi infinitas, pues depende de muchos factores diferentes al puramente etimológico, tales como el cultural, filosófico, o el jurídico, razón por la cual se acude al concepto básico de subrogar: *“sustituir a una persona o cosa en una relación jurídica”*⁵¹.

Si se dirige la observación hacia culturas más tolerantes, el concepto de la madre subrogada se define como *“Una práctica en la que una mujer da a luz un niño para*

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Encontrado en: www.time.com. The cloning era is almost here. Revista Time (19 de junio de 1978) p. 100. Extraído 16 de septiembre de 2009.

⁵¹ Larousse diccionario enciclopédico ilustrado, segunda edición. México: agrupación editorial S.A. 2003. p. 1129.

*una pareja incapaz de tener hijos del modo usual, debido normalmente a que la esposa es estéril o incapaz de quedar embarazada*⁵².

El anterior concepto coincide con lo afirmado por el catedrático Jaime Vidal Martínez, quien expresa que:

*El supuesto de hecho presupone que la mujer miembro de la pareja comitente no puede llevar a cabo el embarazo, de suerte que aquellos convienen con una tercera persona un contrato de gestación de útero ajeno de modo que posteriormente en virtud de lo estipulado –renuncia de la filiación materna- lo entrega a la pareja comitente, arrendataria de los servicios de incubación en útero ajeno.*⁵³

De acuerdo con lo expresado anteriormente, en sentido práctico se entiende por gravidez subrogada al acto en que la mujer presta su capacidad natural de gestación para favorecer un bebé, independientemente de si aporta o no el gameto femenino para su creación.

Para reafirmar la terminología de gravidez subrogada se opta por las acepciones sugeridas por la comisión especial de estudio sobre la fecundación in Vitro que elaboró un informe para el Congreso de diputados de España (*País que ha tomado delantera en este tema*):

⁵² SILVER. Op. cit. p 382.

⁵³ VIDAL MARTINEZ, Op. cit. p. 26.

“gravidez subrogada, gestación por contratación, gestación por sustitución, gestación por cuenta de otra o gravidez vicaria. Por su parte lo éticos sugieren hablar mejor de “gravidez subrogada” que de maternidad subrogada, pues según ellos, la gravidez no se refiere sólo a la prestación del útero, sino también a la expectativa, la emoción que vincula a la mujer con el hijo”⁵⁴.

2.2 CLASES DE GRAVIDEZ SUBROGADA

Supuestos de gestación subrogada: Los tres casos hipotéticos que pueden darse acerca de la gestación subrogada desde el punto de vista de la aportación del óvulo:

Primero: La mujer de la pareja contratante es quien aporta los gametos que producen el embrión implantado. Generalmente en este caso la fecundación se hace in Vitro.

Segundo: La mujer subrogada es quien aporta los gametos que dan lugar a la creación del embrión.

Tercero: El óvulo es aportado por una donante, es decir no pertenece a la mujer subrogante ni a la subrogada.

⁵⁴ IBAÑEZ HERNANDEZ, C. La atribución de la maternidad en la gestación contratada. Memorias II Congreso Mundial Vasco. España: Trívium 1998. p. 443.

Una vez presentada una de estas situaciones de gravidez subrogada, se pueden reconocer dos clases:

1. Gravidez sustituta genética: Se da cuando la gravidez tiene la condición de biológica plena, es decir que además de que la mujer suministra el óvulo es ella misma quien realiza todo el proceso de gestación, o sea, hasta la culminación del embarazo, pero este hijo ha sido concebido previo acuerdo subrogatorio con una pareja que será quien en últimas adopte al bebé.
2. Gravidez sustituta gestacional: Esta clase de gravidez se caracteriza por ser biológica no plena, denominada así porque puede darse en calidad de genética o de gestación. En esta segunda clase se incluye el caso en que la madre subrogada aporta únicamente su fuerza de gestación, es decir no aporta el óvulo sino su capacidad de llevar a término el embarazo.

Para esta clasificación no se tiene en cuenta si la fertilización se realiza vía inseminación homóloga o heteróloga, si se donan una o las dos células germinales (óvulo y espermatozoide) debido a que se le mira sólo desde el punto de vista de la posición de la madre subrogada.

3. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA GRAVIDEZ SUBROGADA EN COLOMBIA

Entorno a la temática de gravidez subrogada giran muchos factores constitutivos. Nos detendremos a analizar cada uno de ellos a luz del derecho colombiano, para así no incurrir en enredos al instante de emitir un criterio definitivo. Es de saberse que el derecho es un sistema ordenado de normas, unas de mayor jerarquía que otras, pero todas enlazadas de acuerdo a una graduación lógica. Las normas superiores o principios generales del derecho además de supeditar el dictamen de las normas inferiores. Aquí se trata de apoyar la validez de las diversas interpretaciones u opiniones en la fidelidad que se le debe a la estructura del ordenamiento jurídico, y principalmente a la declaración de la norma fundacional.

Al respecto, el filósofo vienés Hans Kelsen nos dice:

*“La Norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Solo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental”.*⁵⁵

⁵⁵ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho: Introducción a la Ciencia del Derecho, primera edición. Santafé de Bogotá: Editorial Unión Ltda. Julio de 2000. p. 105.

3.1 CONCEPTO DE VIDA.

Nuestro preámbulo constitucional dice: “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente constitución política de Colombia”.

El Estado colombiano tiene el deber de proteger, garantizar y procurar la vida y dignidad de sus miembros. La vida entonces adquiere un valor supremo, cuya importancia latente demarca a todo el ordenamiento jurídico. En ausencia de la vida, de la dignidad humana y demás presupuestos que la componen, la existencia del Estado y la expedición formal de las normas, sería un acto superfluo porque sus postulados no recaerían sobre ningún objeto realmente justificable. A partir de la vida empiezan a surgir el resto de las cosas. Es por eso que uno de los fines prevalentes del Estado es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y no es de desconocimiento

que el fin fundamental de cualquier organización social, incluyendo la nuestra, es la vida. Un conglomerado humano que encamine sus esfuerzos y funciones a contravenir la vida, podría estar condenado a destruirse a sí mismo, a través de lo que se denomina un suicidio organizacional.

Al respecto dice el doctrinante chileno José Cea *“Hemos ya advertido que este es el derecho más importante, porque es el supuesto, la base y la finalidad de todos los demás derechos, sin excepción. Perder la vida es quedar privado de todos los derechos que sólo tenerla hace posible disfrutar”*⁵⁶

A su vez el artículo 11 constitucional sentencia de forma categórica que el derecho a la vida es inviolable y que en Colombia no habrá pena de muerte; sin embargo, de acuerdo a un considerable sector de la doctrina, dicha definición es concisa pero insuficiente, pues siendo el objetivo esencial aprehender un significado real de la vida humana se hacen indispensables las referencias tanto a aspectos meramente biológicos como a los factores que subyacen en el trasfondo de la existencia.

⁵⁶ CEA, José. Derecho Constitucional Chileno, primera edición. Tomo II. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2004. p. 89.

La Honorable Corte Constitucional en una de sus providencias Precisa:

La salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, derivados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello, cuando se habla del derecho a la vida se comprende necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género también cobija a cada una de las especies que lo integran. No solamente el Estado es responsable de proteger la vida a los asociados, sino que el derecho a la vida como todos los derechos fundamentales es también responsabilidad constitucional de los particulares. La protección a la persona humana se concreta frente a los actos u omisiones del Estado como de los particulares.⁵⁷

Es un deber del Estado, al igual que de los particulares, proveer los mecanismos idóneos para que el derecho a la vida no sea un valor desconocido. Y aunque las autoridades y los servidores públicos están obligados a regir sus actuaciones de tal modo que de ellas no se desprendan daños irreparables a la vida humana, este derecho fundamental no es garantía exclusiva del Estado, pues su materialización depende de la concepción que la sociedad en general aplique a la realidad inmediata deducida en el tratamiento a los congéneres.

Siguiendo el mismo sentido, se complemento en la sentencia T – 906 / 99:

El derecho fundamental a la vida que garantiza la Constitución - preámbulo y artículos 1, 2 y 11-, no se reduce a la mera existencia biológica, sino que expresa una relación necesaria con la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano. Sin duda, cuando se habla de la posibilidad de existir y desarrollar un determinado proyecto de

⁵⁷ Corte constitucional, T – 756 de 1998. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

*vida, es necesario pensar en las condiciones que hagan posible la expresión autónoma y completa de las características de cada individuo en todos los campos de la experiencia.*⁵⁸

La protección que el Estado proporciona a sus coasociados no puede estar limitada a garantizar el derecho a la vida como una cuestión netamente biológica. El supremo valor del ser humano es la vida, y esta debe ser calificada en razón de la oportuna convergencia de algunos factores que están por fuera de lo fisiológico, biológico y formal. La normatividad que regula las prerrogativas y demás consideraciones legales en defensa de la vida, genera cierta seguridad jurídica entre quienes aplican la ley, ya sean particulares o servidores públicos, pero si no existen los recursos funcionales o administrativos que la viabilicen, el afianzamiento de la misma jamás se asegurará en condiciones de armónica integralidad.

Por último precisa el anterior Cea⁵⁹ que en su sentido pleno y no sólo biológico, orgánico o vegetativo, la vida se entiende como el digno resultado de la convergencia de diversos valores y elementos compositivos que en últimas ornamentan un espacio cómodo y sano, en el cual las probabilidades de existencia son considerablemente aptas. El derecho a la vida no se garantiza en condiciones precarias o de abandono, ni tampoco se trata de sentir la amenaza, incertidumbre o angustia latente que infunde el medio que ocupamos. De esta condición

⁵⁸ Corte Constitucional. T – 962/ 99. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁹ CEA, José, Op. cit. p 89.

subhumana emanan múltiples patologías, individuales y colectivas, que provocan o facilitan atentados contra la vida en las más diversas ocasiones.

La Corte Constitucional le otorga una connotación mucho más amplia a la vida en una sentencia anterior a la precitada, al afirmar:

Hoy se entiende que la conservación de la vida individual y la conservación de la especie humana dependen de la calidad de vida, entendida como el equilibrio entre el hombre y su medio ambiente, porque la conservación de la especie humana o de una especie animal o vegetal depende en mayor o menor grado de esa calidad de vida, de ese equilibrio. Lo anterior sobre el supuesto de que el hombre es el único animal capaz de afectar o modificar drásticamente su medio ambiente⁶⁰.

La calidad de vida está representada en presupuestos como la libertad de seleccionar posibilidades existenciales, de procrear y decidir como tener sus hijos, así mismo como la libertad de asumir la responsabilidad de fomentar el bienestar de otras personas a través del préstamo de su vientre o la donación de un órgano etc. La incidencia de determinados aspectos, hace que la vida no sea la singular permanencia biológica en un espacio natural señalado, sino que además de ello contenga algunas condiciones dignas de existencia.

⁶⁰ Corte Constitucional. T – 401 de 1992. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

3.2 CONCEPTO DE PERSONA HUMANA.

El código civil colombiano en su artículo 74 reza “*Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.*”⁶¹

De acuerdo al derecho civil colombiano basta con constatar la pertenencia al género humano para ser destinatario de derechos y obligaciones, independientemente de la raza, género, cosmovisión o inclinación sexual. En virtud del principio de igualdad, el Estado no puede asumir posturas discriminatorias respecto de ningún individuo. La persona en Colombia es un concepto jurídico que deniega cualquier exclusión del ser humano hacia el ser humano así las diferencias o divisiones racionales entre estos sean inconciliables. El sentido de la norma civil no es más que reivindicar las conquistas históricas hasta hoy obtenidas, y darle de contera un golpe vehemente a cualquier tipo de rechazo social o desigualdad jurídica que pretenda incoarse en el seno de nuestra sociedad. Ser humano es sinónimo de persona, y persona es la ficción normativa que deriva el reconocimiento jurídico como sujeto de derechos y obligaciones.

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia

⁶¹ TAFUR GONZÁLES, Álvaro. Código Civil Anotado. Edición Vigésimoctava. Bogotá: Editorial Leyer. 2009 p. 49.

jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la persona solo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y derechos subjetivos; un conjunto, pues de normas.⁶²

El derecho en una especie de ficción jurídica reconstruye al individuo dotándolo de determinados atributos propios de su naturaleza humana: derechos subjetivos, obligaciones y responsabilidades. La disciplina jurídica redefine la concepción de hombre, ser humano o individuo, al denominarlo “persona” o “sujeto de derechos y obligaciones”. La existencia biológica y espiritual del ser humano es completamente insubordinada de lo que el derecho entiende por tal, aunque la mayoría de ordenamientos jurídicos modernos atienden a un molde amplísimo e incluyente sobre el cual fabrican la noción de persona. Es el derecho el que define quien es persona haciendo un uso algo arbitrario de su lenguaje coercitivo. De este modo, para el derecho pueda que no exista aquel individuo que a luz de las nociones jurídicas vigentes no corresponde a la calidad de “persona”, así sea evidente su conexidad o familiaridad con la especie humana. En este sentido el derecho colombiano es evolucionado, pues la noción de persona al decir del derecho constitucional y civil no encuentra ninguna limitante normativa o institucional, recibiendo dicha categoría jurídica todo aquel ser humano que nazca de otro.

⁶² KELSEN., Op. cit. p. 96.

El artículo 90 del código civil colombiano fortalece la definición de persona reconociendo la existencia legal a quien es separado completamente del vientre materno aún cuando solo haya sobrevivido un momento posterior al nacimiento. El legislador colombiano ha equiparado el nacimiento biológico al nacimiento legal, omitiendo cualquier distinción sustancial entre ambos: “quien se reputa nacido, existe para el derecho”. En consonancia a lo anterior, el artículo 91 del mismo código sustentado en el mandato constitucional del artículo 43, dispone una acción formal y real en miras de proteger la existencia de él que está por nacer.

Al respecto la honorable corte en sentencia C-591 de 1995:

La Constitución no establece que la existencia legal de la persona principie en el momento de la concepción. Desde el momento de su nacimiento, el hombre es persona, tiene personalidad jurídica. Tiene un estado civil, atributo de la personalidad. Y si antes de ese momento la ley permite que estén suspensos los derechos que le corresponderían si hubiese nacido, ello obedece a razones de diverso orden: morales, de justicia, políticas etc., que hacen que el legislador dicte normas acordes con las ideas y costumbres correspondientes a un determinado momento histórico.⁶³

La honorable Corte consolida la vida como el valor supremo de la constitución política. La vida se materializa a través de la existencia humana y su formalidad adquiere un interés superlativo en virtud de la noción jurídica de persona. El Estado invoca una concepción abierta de persona, promoviendo la preservación de la vida desde la misma etapa de gestación, es decir, en el período anterior a su

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C – 591 de 1995. Magistrado ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

nacimiento el ser humano ya goza de una cobertura legal. La finalidad de nuestra organización jurídico – política es garantizar la vida del individuo en condiciones realmente favorables, y para ello se consagra una protección expedita al nasciturus.

3.3 DERECHOS INVOLUCRADOS: A PROCREAR; A LA PRIVACIDAD; A LA GRAVIDEZ, PATERNIDAD Y REPRODUCCIÓN

La procreación entendida como hecho natural y humano no sólo permite la perpetuación de la especie, ya que *“Esta inclinación natural puede frustrarse cuando uno o ambos miembros de la pareja carecen de la capacidad natural de procrear, situación que puede acarrear problemas personales de tipo psicológico o desavenencias en las relaciones de pareja.”*⁶⁴

El desarrollo de las técnicas de procreación artificial ha permitido que estas personas puedan llegar a convertirse en progenitores o padres sociales mediante el empleo de su propio material genético o el de terceras personas. De igual forma y en época reciente, también se utilizan estas técnicas con el fin de disminuir o evitar el riesgo de transmisión de enfermedades genéticas hereditarias, o como medio para satisfacer el ideal de paternidad o gravidez de aquellas personas que no comparten ni desean compartir su vida con una pareja.

⁶⁴ MORÁN MORALES DE VICENZI, Claudia Cecilia. El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial, primera Edición. Lima: Colección Jurídica Universidad de Piura. 2005. p. 161.

En el marco de las libertades de los Estados Sociales de Derecho, no es viable una política estatal o una normatividad que violente el derecho a la libertad sexual, y consecuentemente el derecho a la reproducción. El derecho a procrear es inmanente al instinto de conservación.

Ahora bien, si el Estado bajo presupuestos de legalidad restringe la formalización del acuerdo de alquiler de vientres o gravidez subrogada ¿Estaría atropellando el derecho del ser humano a procrearse? ¿Acaso si existe una deficiencia biológica o carencia fisiológica que impide el acto de la reproducción, el individuo no estará en la posibilidad de acudir a alternativas suplementarias que le garanticen su derecho a la procreación? ¿Se estaría entrometiendo el Estado en asuntos que no son de su incumbencia cuando regula y coloca barreras legales a las técnicas de reproducción asistida?

Todo individuo ha sentido en algún momento de su vida la expectativa de ser padre o madre. Por una razón natural, el humano desea proyectar su particularísima existencia en la existencia de otro ser cuya creación se deba al esfuerzo propio.

Existen infinidad de argumentos de tipo sociológico, biológico, psicológico, jurídico y cultural que fundamentan el sagrado derecho a la procreación. Jurídicamente el derecho de sucesiones justifica el ansia del individuo en darse su prole, pues al no quedar herederos o descendientes, la fortuna y el legado personal caerían en posesión de terceros. Psicológicamente el humano concibe la idea de inmortalizar la existencia o cuando menos hacerla un objeto duradero mediante la proyección similar de su semblanza. Es un factor biológico el que constriñe al individuo a procrearse y de esta manera constatar la conservación de la especie humana. En cuanto a la explicación sociológica podríamos argüir la idea de que existe una idiosincrasia colectiva permeada por la misma estructura biológica del individuo que lo incentiva a reproducirse. En tanto, hay argumentos muy sólidos y compactos que motivan a la especie humana a defender con ahínco el legítimo derecho a la procreación, no como un capricho egocéntrico, sino como una cuestión de la naturaleza humana corpórea y espiritual.

Por sí mismo, el término utilizado indica el contenido y el alcance que se le otorga a este derecho. Quienes afirman la existencia de un derecho a procrear o de un derecho a la reproducción le asignan una connotación preponderantemente negativa, como un límite a la injerencia de los terceros y del Estado en la capacidad de procrear.⁶⁵

⁶⁵ *Ibíd.* p. 163.

Lo anterior indica, que si se define el derecho a la procreación como una atribución absoluta e irrestricta, también se está afirmando el derecho de paternidad, de privacidad y reproducción ya que estos van acompañados al primero. Por lo tanto, en caso de que el Estado controle y limite la libertad de procreación, además de estar inmiscuyéndose en asuntos que yacen por fuera de su genuina competencia, estaría negando la oportunidad de muchos seres humanos de procrear, detentar descendencia y ser padres. De esta manera se identifica una estrecha y sustancial subordinación entre el derecho de procreación y la posibilidad de hacerse padre, de tener descendencia y definir el método reproductivo a utilizar a través de un sano ejercicio de la libertad sexual y el derecho a la privacidad. Si la legislación autorizara a las parejas o individuos infértiles a que empleen la figura de la gravidez subrogada, posiblemente estaría ratificando la libertad reproductiva, la libertad de elegir el recurso de procreación y el derecho de procreación.

3.4 FILIACIÓN

De repente, la primera pregunta que surge a raíz del planteamiento del fenómeno de gravidez subrogada es ¿A quién pertenece la criatura? La psicología reconoce que la mujer que soportó el período de gestación crea inevitablemente una relación afectiva muy fuerte con respecto a la criatura formada en su vientre. La mujer que por incapacidad biológica o médica no puede engendrar hijos, también

padece una afección psicológica severa, pues naturalmente está diseñada para asumir el rol de madre, y el hecho contrario, es decir, la imposibilidad de procrear, degenera poco a poco en un estado emocional inestable. El ánimo de convertirse en madre la estimula a buscar los medios más idóneos que le permitan serlo.

La ciencia mediante su dinámica progresista redefine las formas humanas empleando un uso a veces arbitrario de la técnica avanzada. Sofisticar la vida social a través de los adelantos tecnológicos parece ser la finalidad fundamental de la ciencia moderna. La libertad reproductiva que no se escapa al influjo de la novación tecnológica, hoy día amplifica su órbita de acción gracias al refinamiento de las nuevas técnicas de reproducción humana. Dichas técnicas reviven la esperanza de hacerse madres, de muchas mujeres que sufren de esterilidad.

¿Qué pasa entonces si la mujer que gesta al hijo desea mantenerlo como suyo, mientras la mujer que tuvo la intención inicial de tenerlo también lo reclama? El derecho debe encargarse de resolver determinado conflicto de intereses. La ciencia descompone los momentos de la reproducción, y el método reproductivo natural de la humanidad es reestructurado desde sus cimientos transformándose en un proceso artificial con manipulación técnica.

Galarza Mariño, en su ensayo titulado determinación de la filiación en los casos de maternidad subrogada, nos dice al respecto:

La reproducción humana es un hecho natural y biológico por el cual hombre y mujer procrean un nuevo ser fruto de su unión sexual, dentro de los vínculos matrimoniales o extramatrimoniales. Esta reproducción de descendencia, en principio se entendía realizada dentro de la unión conyugal, es decir, ambos progenitores contaban con lazos matrimoniales que los unían y por lo tanto el nacimiento del nuevo ser se daba dentro de la presunción pater is est quem nuptiae demonstrant, presunción del Derecho Romano que consagra que el hijo nacido dentro del matrimonio tiene como padre al marido. Posteriormente con los cambios de la sociedad, y la consecuente implantación de nuevos usos sociales, se instituyeron legalmente las uniones de hecho, dándoseles un tratamiento en cuanto a los aspectos patrimoniales y en cuanto a los aspectos de filiación, a fin de proteger de manera eficaz a estas uniones y a las relaciones que se generan dentro de ellas y con terceros.⁶⁶

La doctora Graciela Medina⁶⁷, refiriéndose al mismo tema nos dice que las nuevas técnicas de reproducción asistida descubierta por la ciencia ha hecho posible que muchas parejas que padecen infertilidad o alguna deficiencia en la calidad o producción de sus gametos, puedan llegar a tener descendencia. La persona posee un derecho de procreación que se define en la práctica como aquella facultad de poder reproducirse, como quiera, con quien quiera y donde quiera. Dicho derecho no es ejercido plenamente por las personas infértiles dada su palmaria imposibilidad de engendrar o reproducirse, sin embargo, las nuevas técnicas rompen las barreras biológicas y prestan una importante ayuda en el mejoramiento de la calidad de vida del ser humano.

⁶⁶ GALARZA MARIÑO, Nibya. Ensayo: Determinación de filiación en los casos de maternidad subrogada. Lima: Boletín virtual – Asociación Universidad Privada San Juan Bautista. 2000. p. 1.

⁶⁷ MEDINA, Graciela. “Derecho a la procreación” citado por Varsi Rospigliosi Enrique, en “Derecho Genético”, Cuarta Edición. Lima: Ed. Grijley. 2001. p. 252.

Por definición, las técnicas de reproducción humana asistida se clasifican principalmente en tres:

A) Homóloga o interconyugal: cuando es efectuada entre personas que tienen un parentesco de afinidad, ya sea por matrimonio legalmente constituido o por una simple unión libre o de hecho.

B) Heteróloga o supra conyugal: cuando es efectuada empleando material genético de un tercero diferente a la pareja de cónyuges o de concubinos.

C) Mixta: se realiza combinando el material genético del esposo o pareja, con el de un cedente.

En la modalidad de reproducción Homóloga o interconyugal no existe inconveniente alguno al momento de definir el parentesco. La problemática emerge a raíz de las técnicas de reproducción heteróloga y mixta, dado que hay aportación de material genético de un tercero que puede reclamar para sí parentesco con la criatura.

Si la mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina que le impide gestar hijos, acude a una tercera cedente para que le alquile el vientre y mediante el mecanismo de reproducción asistida logra darse su propia descendencia. El material genético pertenece a la mujer y a su cónyuge, pareja o compañero permanente, y la mujer portadora solo interviene en el proceso de gestación prestando su cavidad ventral. Los padres genéticos de la criatura vendrían siendo

quienes de modo regular contribuyeron con el material genético. En cambio, la madre gestacional es la mujer que prestó o alquiló su vientre.

Según el artículo 288 del código civil colombiano, la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre sus hijos no emancipados. En el caso de la gravidez subrogada, se reputa madre quien dio a luz, y padre quien es biológicamente coincidente con la composición genética de la criatura.⁶⁸

Ahora, ¿Quiénes son los padres legales de la criatura? ¿Quiénes son los acreedores de la filiación, la mujer portadora que arrendó su vientre o los padres contratantes que proporcionaron el material genético? Estos interrogantes exigen una respuesta legislativa, ya que tanto los padres genéticos como la mujer portadora tienen un tipo de filiación con respecto a la criatura. A la luz de la acción legal de investigación de la paternidad, en su modalidad de examen biogenético, sin lugar a discusiones se afirma que los padres legítimos de la criatura son quienes contrataron el servicio de gravidez subrogada o alquiler de vientres.

El doctrinante Enrique Varsi Rospigliosi⁶⁹ describe lo anterior denominando al fenómeno como Técnica de Reproducción Asistida en madre portadora, sobre el cual afirma *“La mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha*

⁶⁸ Ibídem. p. 171

⁶⁹ Encontrado en: http://www.enriquevarsi.com/2007_12_01_archive.html, [Consultado el 18 de septiembre de 2009].

labor biológica. Es un caso de préstamo de útero, dándose una gravidez parcial. Se produce un caso de trigeración humana: 1) aporte de espermatozoides del marido, 2) aporte de óvulo de su mujer y 3) la madre gestante es una tercera.”

Otro ejemplo sería cuando la mujer no es capaz de producir óvulos ni de gestar. En este caso tendría que ampararse en la colaboración de otra mujer que le preste el útero, y le done un óvulo.

Desde el punto de vista de la criatura, el individuo tiene derecho a la identidad genética, es la posibilidad científica de indagar y afirmar la paternidad o gravidez, a través de pruebas biogenéticas. Con estos métodos especiales se busca determinar el origen de la huella genética de un sujeto de manera tal que se encuentre su verdadera relación filial.⁷⁰

Todo ser humano está facultado para averiguar cuál es su origen biológico a través de la intermediación del saber científico o cualquier otro proceso cognitivo que considere apropiado. Ninguna legislación puede estropear el derecho del individuo de conocer quiénes son sus progenitores o de enterarse de donde proviene el material genético que lo estructura como un organismo biológico dotado de ciertos atributos cualitativos. Además tratándose de menores, el interés superior del menor dilata al sistema jurídico en general, entronando a la criatura que está por nacer, en la cumbre de las prioridades jurídicas.

⁷⁰ *Ibíd.* p. 227.

No obstante, lo anterior no se tiene en cuenta cuando los padres biológicos han aportado el embrión producto de su propio material genético (óvulo y espermatozoide). En este evento, la madre de alquiler de vientre es simplemente un vehículo que agiliza el proceso reproductivo y permite a la pareja comitente dar a luz su expectativa de ser padres.⁷¹

La filiación es un asunto muy complejo cuando se trata de gravidez subrogada. En Colombia también opera el principio que dicta: madre es quien da a luz. En la aplicación de este principio en cualquiera de los casos incidentes la madre sería la mujer de alquiler de vientres, y no cabría ninguna acción encaminada a desvirtuar dicha presunción. A pesar de lo antedicho, la legislación colombiana sugiere grandes ambigüedades, y dentro de un mismo ordenamiento jurídico coexistentes derechos, acciones y recursos contrapuestos en su naturaleza y esencia. Es por eso que la acción de investigación de la paternidad, en caso dado de que se entable para esclarecer la identidad de los padres biológicos, desmontaría la máxima heredada del derecho romano.

De forma concluyente dice Gustavo Adolfo Marín Vélez, en su obra “el arrendamiento de vientres en Colombia”:

“Desde luego que son los padres biológicos, nunca la madre gestante o portadora, los titulares de los derechos que constituyen la patria potestad sobre los hijos no emancipados; es indudable que tales padres ejercen dichos derechos de la misma manera y con el

⁷¹ Ibídem.

*mismo alcance que aquel que se predica de los padres de un hijo producto de un proceso de reproducción biológica o normal”*⁷²

3.5 CONCEPTUACIÓN JURÍDICA DE LA GRAVIDEZ SUBROGADA EN COLOMBIA.

Las variables que se pueden dar dentro del fenómeno de gravidez subrogada hacen que su definición sea demasiado difusa. Así, los estudiosos no comparten un criterio común sobre la materia, difiriendo uno a otro según la percepción subjetiva que sostengan al respecto.

No obstante, la mayoría de expertos en bioética coinciden en decir que la gravidez subrogada es el canje de la calidad de madre de una mujer a otra; el profesor Eduardo Umaña Luna se mostraba de acuerdo con la anterior definición al afirmar que esta figura hace alusión a *“la gestación de la criatura en el vientre de una mujer, en nombre y por encargo de otra a quien se le entregara el recién nacido en situación de madre legítima.”*⁷³

La definición satisface a cualquiera de los casos y prototipos que puedan presentarse en el fenómeno de gravidez subrogada. Una mujer quiere tener un

⁷² *Ibíd.* p. 172.

⁷³ UMAÑA LUNA, Eduardo. Estado y familia. Segunda edición. Santa fe de Bogotá. Editorial Talleres gráficos. 1999. P 153.

hijo, pero ante la imposibilidad física de gestarlo recurre a otra mujer, para que ésta lo reserve en su vientre y al momento del nacimiento le haga entrega del mismo, como si hubiese operado una especie de contrato de arrendamiento.

Se ha planteado que es objeto del presente estudio la denominada “gravidez subrogada” por la vía del arrendamiento del vientre. Bajo tales circunstancias resulta entonces imperioso efectuar un estudio de los lineamientos básicos reguladores del contrato de arrendamiento de bienes en Colombia.⁷⁴

En lo atinente a gravidez subrogada en Colombia impera un exiguo desarrollo legislativo y jurisprudencial. Constantemente la doctrina, los jurisconsultos y sectores importantes de la academia tienden a asimilar al acuerdo de alquiler de vientre con el contrato de arrendamiento tipificado en el código civil colombiano⁷⁵.

El art. 1973 de código civil colombiano pretexto: “El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.”

⁷⁴ MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. El arrendamiento de vientre en Colombia, primera edición. Medellín: Editorial Universidad de Medellín. 2005. p. 129.

⁷⁵ Hernán Corral Talciani (Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Los Andes) . “Familia y Procreación Artificial, perspectivas para una legislación en Chile”, Charla dictada el 4 de mayo de 1995. Revista del Abogado (Colegio de Abogados de Chile). Marco Riveros Séller y Carlos Zepeda Hernández. Memoria de Prueba “La fertilización asistida y la legislación civil chilena”. Tesis U de CH. 1992. Encontrado en la página <http://members.fortunecity.es/petete3/bioetica.htm> , diciembre 11 de 2009

Esta definición tradicional ha merecido varios reparos para la doctrina y jurisprudencia nacional. En efecto, la norma refiere tres particulares expresiones del contrato, a saber: (a) conceder el goce de una cosa, (b) ejecutar una obra, o (b) o prestar un servicio. El contrato de ejecución de obra material aparece regulado en el propio código civil (Artículos 2053 a 2062) en una regulación particular o específica, que de manera alguna justificaría incluirlo como una expresión del contrato de arrendamiento. La construcción de una obra material, obviamente, es bien diferente a un contrato de arrendamiento. Por su parte, la prestación personal de servicios no constituye propiamente un contrato de arrendamiento, sino una relación de trabajo mediada por la prestación personal de un servicio, relaciones jurídicas íntegramente reguladas en el código sustantivo del trabajo y en el código procesal del trabajo.⁷⁶

Concurren en el contrato de arrendamiento dos partes, la primera representada en el arrendador, quien es el propietario del bien y se priva del disfrute material del mismo a cambio de una contraprestación económica. La segunda parte es el arrendatario quien desea el disfrute del bien y para obtener ello se obliga a pagar una contraprestación por dicho disfrute y goce.⁷⁷ La madre sustituta arrienda su vientre a cambio de una contraprestación económica, mientras la parte comitente se compromete a sufragar los costos de gestación y adicionalmente a pagar el alquiler con una retribución patrimonial. A pesar de que la figura de gravidez

⁷⁶ MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. Op. cit. p 129.

⁷⁷ *Ibidem*. p. 132.

subrogada exhibe ciertas similitudes con el contrato arrendamiento persiste un manto de dudas, tales como ¿si la madre sustituta, no quiere entregar la criatura, que acciones puede tomar la parte contratante?, ¿Si la criatura muere, la madre gestante estará obligada a devolver los dineros recibidos?, ¿Si la criatura nace con malformaciones, la parte contratante puede pedir indemnización o no recibir la criatura? al respecto entre muchas otras.

En cuanto a los elementos esenciales del contrato de arrendamiento encontramos que por un lado debe existir una cosa susceptible de ser entregada en calidad de mera tenencia, y en situación opuesta, se requiere la existencia de una persona que pague un precio por disfrutar la cosa. El artículo 1974 del código civil plasma una excepción imprecisa al arrendamiento de algunas cosas que dada su naturaleza no pueden involucrarse en la dinámica del comercio ni la mercantilización.

3.6 CRITERIOS SOBRE LA VALIDEZ DE LOS ACUERDOS DE SUBROGACIÓN.

La cuestión de los acuerdos de gravidez subrogada se torna bastante sombría en lo atinente a su validez. En primer lugar debe referirse que los elementos del acuerdo son la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita. La

capacidad se entiende como la disposición jurídica del individuo frente al derecho, y es un requisito esencial de validez en cualquier contrato o acuerdo de voluntades. La voluntad que siempre debe mantenerse exenta de vicios, también hace parte de los componentes estructurales de un contrato, y la validez del mismo se deriva del cumplimiento de este mandato legal. Otro aspecto importante es la licitud en el objeto o fin del contrato, siendo inválido todo contrato que propenda materializar pretensiones prohibidas por ley o que están excluidas de las relaciones comerciales, dada la sacralidad del asunto. Aunque muchas veces no es necesario acatar solemnidad o protocolo alguno en la realización de un contrato, la forma no deja de ser un requisito de validez, máxime cuando la magnitud o extensión del objeto contractual así lo exige. En el caso de los acuerdos de maternidad subrogada, la capacidad de los negociantes se precisa a favor de los estándares legales, es decir, cualquier persona que haya cumplido la mayoría de edad y se encuentra dispuesta a celebrar el acuerdo, puede pactar con la otra parte la finalidad de las cláusulas contractuales. No obstante, sería necesario determinar un requisito de idoneidad en la medida en que no todas las mujeres son aptas para gestar dentro de su vientre una criatura que está por nacer. La edad, las condiciones de salud, o incluso los antecedentes judiciales tienen que ser criterios contemplados por la ley, en el caso de la acuerdo de alquiler de vientre materno. En cuanto al consentimiento, en aras de garantizar los derechos fundamentales, y de no romper con los equilibrios naturales y biológicos del individuo, cabrían varias excepciones que limitarían la realización de este tipo de acuerdos. Valdría la pena, preguntarse, ¿Cuándo se manifiesta el

consentimiento, y que tipo de responsabilidad se deriva de dicha manifestación?

La madre sustituta manifiesta en primera medida, su voluntad de gestar a una criatura en el interior de su vientre, para después de nacida y haber cumplido totalmente el ciclo de lactancia, entregarla a la otra parte contratante. A pesar de ello, podría suceder que la madre sustituta se retracte en el momento de la entrega, cuestión que haría tambalear o colocar en entredicho el efectivo cumplimiento de las cláusulas contractuales. El consentimiento inicial, es decir, cuando la madre decide consumir el acuerdo, solo sirve para fijar la prestación de un servicio en el acometido de una obligación de medio y no de resultado, estando limitada la responsabilidad contractual por la inclinación de la naturaleza humana manifestada en la voluntad de la madre sustituta de entregar o no la criatura. La decisión de entregar o no entregar a la criatura, no hace parte de la voluntad o el consentimiento, pues dentro de la realización de la obra o la prestación del servicio, puede que surjan eventos cuya dimensión darían una excepcionalidad al acuerdo de maternidad subrogada. En lo referente al objeto, la invalidez del mismo, por presunto objeto ilícito, depende de la analogía que se le haga a la relación contractual o de la tipificación o no del negocio en caso de que el legislador decida reglamentar la materia. A la luz de un contrato de arrendamiento el acuerdo de maternidad subrogada sería nulo desde el punto de vista del objeto, ya que el vientre como ningún miembro del cuerpo humano puede ser una “cosa” transable, arrendable, disponible. Etc. La dignidad humana, está directamente ligada al ejercicio libre e integral de todas nuestras facultades psico – motrices, en tanto, cualquier restricción al respecto, sería en equivalente en términos legales a

una vulneración del connotado derecho fundamental. En caso de que el acuerdo de voluntades se equipare a un contrato de compraventa, la cuestión caería en un terreno a aun más borrascoso. Si alquilar el vientre es un censurable desde el punto de vista de la dignidad interina del individuo, entregar una criatura a cambio de un dinero o una contraprestación económica, constituiría un adefesio jurídico sin fundamentación alguna. La figura es la misma del contrato de prestación de servicios, con la salvedad de un contrato de medio y no de resultado, en el cual, el objeto es el esfuerzo personal que conlleva a la realización sucesiva o definitiva de una actividad determinada. En ese sentido, la licitud del objeto está permanentemente subordinada a la figura contractual que se adopte en el fuero legislativo o mediante la elucubración judicial.

En el acuerdo de gravidez subrogada aparecen los requisitos anteriormente enunciados. Valdría la pena señalar aquí, que el acuerdo en discusión es atípico en la mayoría de ordenamientos jurídicos de la legislación occidental, es decir, no encuentra transcripción fehaciente dentro del marco legal del sistema continental europeo y latinoamericano.

En cuanto a la capacidad de los sujetos contractuales, podría darse el caso de cumplirse cabalmente determinado requisito de validez, una vez que las partes sean observadas a la luz del derecho positivo como plenamente aptas para

contraer obligaciones civiles. Al igual, la voluntad y la forma podrían incidir en la realización del acuerdo, todo depende de que ninguna de las partes intervinientes haya obrado persuadida en el error, fuerza o dolo, es decir con vicios en su consentimiento. El consentimiento está supeditado a la idoneidad de la parte contractual, sobre todo de la madre sustituta. Si la madre sustituta es mayor de edad y cumple con los requisitos legales para tramitar este tipo de acuerdo, el consentimiento emitido es completamente válido.

Del mismo modo, al no haber sido tipificado dentro del ordenamiento normativo el “contrato” de alquiler de vientres, no existe una forma específica que lo patentice jurídicamente. Quizá la polémica gira en torno a la licitud o finalidad del contrato, ya que desde el punto de vista del derecho civil y constitucional occidental, la comercialización de órganos, miembros y partes humanas, así como la venta de bebés está rotundamente censurada.

3.6.1 La nulidad de los contratos.

El acuerdo de gravidez subrogada consiste en que una pareja de infértiles contratan a una mujer para que le alquile el vientre y dé a luz a la criatura a cambio de una retribución económica y con la consecuente obligación de entregarla a los comitentes al momento o posteriormente a su nacimiento. Pero los seres humanos están por fuera del comercio, y siendo un ser humano el objeto, la

cosa entregada, la finalidad contractual del acuerdo de voluntades de gravidez subrogada, no cabría más por decir que dado el objeto ilícito del contrato su nulidad es irrevocable. Pero en el derecho todo es susceptible de modificación, el objeto del acuerdo podría ser otra cuestión distinta a la entrega de la criatura.

Algunas fuentes doctrinales prefieren acercar al acuerdo de gravidez subrogada hacia otras figuras jurídicas cuyo soporte harían virar el objeto contractual. Es así como asimilan el acuerdo de gravidez subrogada a la apostilla jurídica del arrendamiento. El código civil colombiano dice en su Art. 1973: El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obliga recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por éste goce, obra o servicio un precio determinado. Por lo tanto, es necesario preguntar: ¿El vientre se puede alquilar o arrendar como si fuese una locación? He ahí el gran paradigma que debe afrontar el derecho occidental si se pretende legalizar el acuerdo de gravidez subrogada como un acuerdo válido y existente.

En el caso de la inseminación artificial homóloga, la criatura tiene dos padres genéticos que son la pareja comitente y una madre gestacional que es la madre subrogada.

En el segundo caso, es decir, dado el fenómeno de la inseminación artificial heteróloga, la madre genética es la misma madre gestacional, y el padre genético vendría siendo el esposo o compañero permanente de la madre intencional. Claro está, que determinadas reglas o fórmulas varían según de donde provenga el material genético empleado.

Muy a pesar de la opinión de diversos sectores de la doctrina, en cualquiera de las situaciones planteadas se puede suscitar la controversia. La madre gestacional pese a que no aportó material genético alguno también adquiere un vínculo psicológico – afectivo con la criatura hasta el punto de sentirse madre natural de la misma. La madre intencional a su vez, posee el ánimo de ser madre y cualquier defraudación a dicho propósito le acarrearía un desequilibrio emocional fuerte.

La situación del padre es mucho más sencilla, pues la disputa de la paternidad rara vez se sigue en el caso de gravidez subrogada. Es posible que el esposo de la madre gestacional, sobre todo cuando haya aporte genético de ésta, reclame para sí algún tipo de custodia o paternidad.

Lo cierto es que al ser declarado objeto ilícito, a menos de que se modifique la legislación Colombiana toda vez que el contrato de gravidez subrogada es nulo, y

la exigibilidad del mismo descendería a cuerdas más abajo al rango de somera obligación natural.

Si la madre gestacional decide no entregar la criatura, teniendo en cuenta la nulidad del acto, no cabría en contra de ella ninguna acción de cumplimiento de las obligaciones pactadas. Por el contrario, si la madre gestacional determina entregar la criatura según lo estipulado en el acuerdo, haría satisfechas las pretensiones de la pareja comitente o parte contratante, a sacrificio de una acción penal oficiosa por abandono injustificado. Al respecto dice el Art. 1278 del Código Civil español: Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.

Ahora valoremos el tipo de nulidad del “acuerdo” de gravidez subrogada. Recordemos que la nulidad deviene cuando el motivo del acto es ilícito, cuando la voluntad del autor no se ha expresada de manera libre, reflexiva y consciente, cuando ha habido incapacidad en alguna de las partes, o cuando sean obviado ciertas solemnidades esenciales al acto. No obstante existe una graduación legal de las nulidades según la repercusión o gravedad de las causas.

En el caso del acuerdo de alquiler de vientres se trata de un objeto ilícito, por consiguiente no puede haber contrato en razón de que el vientre se encuentra por fuera del comercio, el daño o detrimento a la moral pública, las buenas costumbres y el ordenamiento jurídico, es tan vasto y desproporcionado, que la sanción de nulidad debe ser más severa en aras de garantizar la equidad.

Según la teoría francesa, la inexistencia jurídica del acto se da cuando falta alguno de los requisitos esenciales que lo configuran. Dada la circunstancia en que no aparezca la voluntad ni el objeto del contrato, se concluye que para el derecho dicho acto jamás nació. Y todo lo que en términos jurídicos es inexistente, carece de efectos legales y su exigibilidad es nula y residual.

Bonnet distingue entre nulidad absoluta o de interés general y nulidad relativa, afirmando que la primera es recurso de cualquier interesado y la concreción del contrato o su prescripción legal le son indiferentes dada la magnitud del menoscabo social que puede llegar a ocasionar, en tanto la nulidad relativa es solo objeto de reclamación de determinadas personas, y es saneable ya sea por confirmación, prescripción o cualquier otro mecanismo que disponga la ley.

La doctrina y la legislación italiana divergen sustancialmente de la cosmovisión legal y académica de Francia. En Italia se habla de actos jurídicamente nulos y actos jurídicamente anulables. Los primeros son los que en definitiva no tienen

efectos legales y su realización implica serias consecuencias penales además de las trabas civiles que se les yuxtaponen. Cuando el objeto es ilícito, el derecho italiano sanciona la nulidad del acto, es decir, apelando a nuestro lenguaje jurídico, el acto estaría viciado de nulidad absoluta. La anulabilidad se refiere a que hay una anomalía dentro del acuerdo, pero que puede sanearse mediante determinadas acciones legales.

La legislación latinoamericana está claramente impregnada por elementos de la legislación y doctrina francesa; la graduación de nulidades en el derecho colombiano, obedece a la racionalidad importada del continente europeo, que designa un mayor valor a las nulidades que irroguen un daño más considerable al mandato legal general.

3.6.2. Licitud del acuerdo

La doctrina colombiana en general deniega la licitud del acuerdo de gravidez subrogada tras considerar que su objeto es completamente ilícito. Las razones aludidas se fundamentan en que la mujer no puede alquilar el cuerpo o parte del mismo en miras de la materialización de un fin contractual. Otros doctrinantes se detienen a divagar sobre la situación de vulnerabilidad del nasciturus y la posición de protección absoluta que debe asumir el derecho frente a la criatura que está por nacer.

Una gran parte de los doctrinantes consideran que el objeto contractual no reside en la existencia del nasciturus ni en la disposición comercial del vientre materno. *“A semejanza del objeto del contrato de gravidez subrogada al alquiler de la fuerza de trabajo, en el cual no se negocia con un ser humano sino con la fuerza de gestación perteneciente a la madre sustituta”*⁷⁸

Es necesario puntualizar que la corriente doctrinal que respalda la validez del acuerdo de gravidez subrogada, lo hace referenciando exclusivamente los casos en que la madre sustituta solo es madre gestacional, es decir, en aquellos en los cuales dentro del proceso de fecundación de la criatura no hay incorporación de material genético perteneciente a la mujer que alquila el vientre. De lo contrario, es decir, en la hipotética situación de que hubiese traspaso de material genético de la madre subrogada al proceso de inseminación artificial, no estaríamos en un caso de gravidez subrogada sino de trata de personas, pues con la entrega de la criatura la mujer prácticamente la cede o la vende si es que hubo compensación económica.

En la actualidad, la legislación colombiana es un desierto en lo concerniente a la regulación de la gravidez subrogada. El alquiler de vientres es en la práctica un acuerdo de voluntades que muestra elementos particularísimos y características

⁷⁸ Vida de hoy: Vientre alquilado: el debate legal. En El tiempo. Santa fe de Bogotá. 6 de Septiembre de 2000; p 2 – 7.

esenciales, pero a tenor del lenguaje jurídico vigente carece del factor de tipicidad. De cualquier modo, la atipicidad de un contrato no implica la invalidez, inexistencia o nulidad del mismo. La adaptación de un acuerdo atípico con elementos o factores de un acuerdo típico, terminan por revestirlo de efectos legales y a su vez adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito.

Por el mero hecho o circunstancia de que dicha relación contractual, no corresponda al formato preestablecido o regulado en la norma, no implica que por ese solo hecho carezca de validez jurídica.⁷⁹

La validez del acuerdo de gravidez subrogada es cuestionada por la presunta ilicitud de su objeto. Es totalmente cierto que el vientre y resto de órganos que componen al ser humano, están por fuera del comercio, y es aún más verídico que la criatura nacida a raíz de la práctica en mención, no puede ser objeto de ninguna cláusula o transacción contractual. A pesar de ello, algunos doctrinantes se inclinan por balancear las cargas contractuales en diferente sentido y así hallarle al acuerdo de gravidez subrogada una naturaleza disímil a la de cualquier acuerdo típico.

⁷⁹ MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. Op. cit, p 143.

3. 7 NATURALEZA DEL ACUERDO DE GRAVIDEZ SUBROGADA

Aunque en la actualidad la legislación en general no admite al acuerdo de gravidez subrogada como un contrato de naturaleza propia, al auscultar el origen y las causas del mismo, se puede aproximar una descripción más o menos exacta de su esencia.

En el acuerdo de gravidez subrogada no hay realmente una transferencia de dominio, ni tampoco una concesión del uso, pues el auténtico sentido material de dicho acuerdo es la prestación de servicios. No obstante, la entrega de la criatura nos induce a pensar que sí existe un acuerdo con claras consecuencias pecuniarias, asimilándose la figura a una especie o modalidad de contrato de compraventa.

La situación extra – jurídica analizada dentro del presente contexto, también nos exhortaría a pensar que en el acuerdo planteado se configura una donación, pero esto se desvirtuaría en el hecho apenas comprobable de que la donación siendo un acto esencialmente unilateral no acepta la intervención anticipada de la parte comitente, es decir, de quien contrata los servicios de la madre sustituta.

En aras de otorgarle una solución transitoria a la cuestión, podemos ejemplificar el fenómeno de gravidez subrogada, trazando una analogía entre sus elementos diferenciales y los elementos constitutivos de una situación en donde haya prestación de servicios: la madre que dispone de su vientre para efectuar una obligación pactada es como el obrero que dispone de sus brazos para ejecutar una acción particular, y dar cumplimiento a una contraprestación civil contractual.

El doctrinante Clavería Gosálbez descarta la posibilidad de que el acuerdo de gravidez subrogada sea un arrendamiento de la cosa o una transferencia de dominio, al decir:

Porque no cabe contraprestación y porque el cuerpo humano, o parte de él, no es jurídicamente “cosa” razón esta última que excluye la posibilidad de hablar de comodato. Más bien se da una prestación gratuita de una conducta de contenido complejo, que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada, comunicación de incidencias, etc., y que no es susceptible de clasificación entre los tipos conocidos, al modo de un atípico arrendamiento gratuito de obra o de servicios. En este caso, como en la donación y el depósito de semen o de embriones, nos hallamos ante actos jurídicos hoy atípicos pero tipificables en el futuro y pertenecientes al derecho de familia⁸⁰.

La naturaleza del acuerdo de gravidez subrogada es objeto de profundas e irresueltas discusiones. Según el doctrinante antedicho, en el acuerdo no cabe la

⁸⁰ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis H. Las categorías Negociales y su adaptación en función de la reproducción humana. Memorias II Congreso Mundial Vasco: la filiación a finales del Siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. España: Trivium, S. A. 1988. P 239 – 240.

figura de arrendamiento, pues esto presupondría la existencia de la “cosa” entregada para el uso, goce y habitación, y de modo arbitrario no podemos considerar “cosa”, al ser humano ni a ninguna de sus partes componentes. Sin embargo, la doctrina alcanza a reconocer la tipicidad jurídica del acuerdo, siempre y cuando tenga un carácter eminentemente altruista, y no se deriven del acto ganancias o réditos patrimoniales.

En tanto, la academia recibe con gusto la juridicidad de este tipo de bilaterales o multilaterales, viendo como estimables solo aquellos en donde haya un sentido de solidaridad humana, y rechazando cualquier intento de mercantilización que se le quiera irrogar a la práctica.

En el contrato de prestación de servicios una de las partes se obliga con la otra a satisfacer ciertas necesidades a través de la ejecución de una serie de acciones que implican un grado de esfuerzo y riesgo. La madre sustituta emplea su cavidad ventral para brindarle a la criatura las condiciones óptimas durante el período de gestación. Adicionalmente se obliga a guardar quietud, a abstenerse de ejecutar cualquier actividad que ponga en peligro la integridad de la criatura, a consumir alimentos salubres, o a asistir a controles periódicos de gravidez.

La entrega del bebé es un hecho independiente que no debe ser entendido como una compraventa ni como una donación; el bebé sencillamente es incubado por un tiempo al interior del vientre de la madre sustituta pero su material genético pertenece a los padres comitentes; el acuerdo de gravidez subrogada puede estar antecedido por un acto jurídico de donación, en el cual la misma madre sustituta decida donar el óvulo que ha de ser fecundado; dicho acto jurídico de donación no altera la naturaleza del acuerdo de gravidez subrogada, pues ambos son independientes y están regulados por regímenes de responsabilidad totalmente distintos.

3.8. CAUSAS QUE DETERMINAN LA PRÁCTICA DE GRAVIDEZ SUBROGADA

El origen de la gravidez subrogada se debe a la difusión de la práctica de técnicas de reproducción asistida. En primera medida, el alquiler de vientre redime la ilusión de tener hijos a muchos padres que se encuentran impedidos, no obstante la ejecución de dichos procedimientos no va dejar de causar cierto revuelo y discusión. Tanto en el ámbito nacional como en el internacional se han suscitado conflictos entorno a la problemática. Pero la causa no siempre fue la masificación de las técnicas de reproducción asistida. Con el paso del tiempo aparecieron otros

factores que incidían directamente en la implementación de esta técnica en especial:⁸¹

1. Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación
2. Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación.
3. Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que geste para que dé a luz un bebé.
4. Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio.
5. Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el esperma de su marido mediante una fecundación in vitro
6. Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con esperma de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

⁸¹ DELGADO CALVA., Op. Cit. p. 55.

De lo anterior Delgado Calvo⁸² nos dice que en los tres primeros casos, se trata de dificultades como esterilidad o infertilidad; en el cuarto caso la cuestión se da tanto por el afán de conservar la figura femenil como por la facilidad de pagar un precio a cambio del sacrificio, evitando así soportar las complicaciones del embarazo. En el quinto, se alude a la fecundación post mortem; y en el sexto, la causa está en el inconveniente de darse descendientes si se es soltero u homosexual. De las anteriores causas que fomentan la utilización de gravidez subrogada, la más estigmatizada es la incapacidad de las parejas homosexuales en tener su propia descendencia.

⁸² *Ibíd*em, p. 56

4. PROPUESTAS ENTORNO A LA GRAVIDEZ SUBROGADA

4.1 EL VACÍO LEGAL

En Colombia la gravidez subrogada solo llega al rango de fenómeno social, y a pesar del progreso de la ciencia, las técnicas de reproducción asistida aún continúan siendo excluidas de la nomenclatura jurídica. En España y otros Estados europeos existe la figura jurídica de omisión legislativa, cuya trascendencia práctica está representada en la responsabilidad administrativa y constitucional de los funcionarios públicos encargados de regular las diversas materias objeto de legislación. Lamentablemente en nuestro país no opera tal figura jurídica.

Uno de los fenómenos olvidados por el legislador colombiano es la gravidez subrogada, siendo más que evidente el vacío legal al respecto. Una de mis primeras propuestas de tesis es infundir una conciencia legislativa responsable en Colombia, a través de la presentación y aprobación de proyectos de ley concernientes a la materia de alquiler de vientres o gravidez subrogada, independientemente de que perfilen un carácter restrictivo o permisivo.

El vacío legal existente facilita la impunidad judicial y además genera un estado permanente de inseguridad jurídica. Los colombianos tenemos el derecho a ser juzgados de acuerdo con un procedimiento legal previamente instituido. Adicionalmente a lo anterior, son las normas las que deben calificar nuestras actuaciones en lícitas o ilícitas. Los contratos o acuerdos hechos en virtud del sacro principio de la autonomía de la voluntad, tan solo pueden ser declarados inválidos bajo la invocación del precepto legal, más nunca su invalidez, nulidad o inexistencia puede depender de exigencias vagas.

El legislador debe reglamentar la materia de gravidez subrogada. La Constitución Política menciona en su artículo 42 que los hijos procreados por medio de asistencia científica gozan de todos los derechos en igualdad de condiciones, sin embargo, en materia normativa no habido un desarrollo legal al respecto. En consonancia con lo dispuesto en el margen constitucional y la situación preeminente de la criatura frente a otras personas y derechos subjetivos, se hace necesario la existencia de un cuadro normativo que regule el fenómeno de gravidez subrogada cuando menos dentro del ámbito civil – contractual.

Además de ello, en Colombia ningún caso de gravidez subrogada ha sido sometido al poder jurisdiccional, lo que impide asentar un concepto jurisprudencial

que sirva de criterio guía en la solución de dichas controversias. En caso tal de que se allegara un caso de gravidez subrogada al poder judicial, el juez no tendría otra alternativa que recurrir a la analogía iuris argumentando alguna postura desde los márgenes constitucionales.

4. 2 INTERES SUPERIOR DE LA CRIATURA

Es de conocimiento académico que las nuevas tendencias doctrinales del derecho apuntan a favorecer la situación social, económica y política de quien muestra un elevado grado de vulnerabilidad. El derecho así contemplado, no es entendido como en antaño, que constituía una arrogante expresión del más fuerte, y cuya utilidad social se reducía a brindarle una herramienta adicional al opresor para que oprimiese con mayor vehemencia al oprimido.

La doctrina y gran parte de la legislación internacional ha acuñado el concepto de interés superior del menor. Esto quiere decir que sobre el interés jurídico o

derecho constitucional⁸³ del niño no prevalece ninguno otro derecho crediticio o interés jurídico por alto que presuma ser su rango. Las características físicas, el estado de inocuidad psicológica, la extrema proclividad del menor frente a los demás actores sociales, la opaca posición histórica que ha ocupado, son aspectos que fuerzan a la legislación colombiana a asumir posturas reivindicatorias en lo atinente al reconocimiento legal del menor. Por consiguiente, el Estado debe adoptar una actitud providente frente a la situación del menor, proveyéndole de mecanismos efectivos que satisfagan sus necesidades y expectativas existenciales.

La situación del menor de edad en el acuerdo de gravidez subrogada es bastante confusa debido a la carencia de leyes concretas que regulen la materia. Pero se puede regular el acuerdo de gravidez subrogada dentro de las disposiciones del derecho civil mediante la figura del contrato de prestación de servicios toda vez que se equilibrarían las cargas contractuales de tal modo que el interés del menor se yuxtaponga a cualquier crédito o derecho subjetivo de las partes contratantes, pues no existiría razón que le diera nulidad o invalidez alguna ya que reúne todos los elementos.

⁸³ Declaración universal de los derechos del niño. Artículo 2º. El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

El derecho de lactancia, de conocer su origen biológico, de darse una familia y un espacio al interior de ésta, de ostentar una identidad personal, son elementos que configuran la materialización de los derechos fundamentales que recaen sobre la personalidad del niño y de la niña. Determinados elementos no pueden ser vulnerados por ninguna cláusula contractual, y están por encima de la existencia o validez del acuerdo de gravidez subrogada. La entrega de la criatura por parte de la madre sustituta no debe romper el período de lactancia, de lo contrario se estaría acabando con un eslabón muy importante en el proceso de formación física y psicológica del individuo. El conocimiento del origen biológico es un derecho inherente a la naturaleza humana, en tanto, a la criatura concebida a través de las técnicas de reproducción asistida no puede negársele la posibilidad de saber de dónde proviene el material genético que lo compone. El derecho a poseer una familia y a disfrutar de una identidad personal se desprende del respeto que le reserve la ley a los anteriores factores constitutivos.

4.3 EL ACUERDO DE GRAVIDEZ SUBROGADA COMO UNA MODALIDAD DEL CONTRATO DE OBRA O PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En el contrato de prestación de servicios o ejecución de obra, una de las partes tiene la obligación de ejecutar la obra o prestar los servicios indicados en las

cláusulas o disposiciones contractuales, mientras la otra parte, paga una retribución económica para ser beneficiaria directa de la consumación del contrato. De igual modo sucede con el contrato de alquiler de vientre o gravidez subrogada. La madre sustituta o mujer de alquiler de vientre presta su fuerza gestacional a cambio de una compensación económica y la garantía de unas condiciones mínimas laborales.

4.4 CLÁUSULA DE RETRACTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

En miras de procurar una estabilidad emocional de la madre de alquiler de vientre, debemos ubicar las obligaciones del contrato de gravidez subrogada en el género de obligaciones de medio y no de resultado. Si bien es cierto que el material genético de la criatura en gestación pueda ser ajeno a la composición biológica de la madre gestacional, es aún más cierto y comprobado el hecho de que la madre sustituta inexorablemente forma un nexo psicológico – afectivo con la criatura que lleva consigo. Determinado vínculo afectivo induce a la madre gestacional a retractarse o abstenerse en la entrega de la criatura defraudando las expectativas de la pareja o parte comitente. Así como es entendible el reclamo de custodia de una mujer que ha velado por la manutención de una persona que no es su hijo consanguíneo, también debe ser entendible la retractación de la madre sustituta. Es primordial que el contrato de gravidez subrogada contenga una cláusula de

retractación del consentimiento, cuyo efecto sea la excepción de responsabilidad civil contractual de aquella madre que quiso mantenerse unida a la criatura que dio a luz su vientre.

Otro caso de excepción de responsabilidad contractual sería el de la madre sustituta que padece una pre-eclampsia o tiene una complicación al momento del parto que afecte irreversiblemente a la criatura. Esto demuestra la existencia de factores que hacen del acuerdo de gravidez subrogada, un contrato o negocio jurídico cuya obligación es de medio y no de resultado. La pre-eclampsia, las complicaciones del parto y el vínculo psicológico afectivo de la madre sustituta y el bebé, representan en sí mismos, elementos que pueden desviar el sentido o finalidad del acuerdo de gravidez subrogada, eximiendo de responsabilidad contractual a la mujer de alquiler de vientres.

4.5 PRESUPUESTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE GRAVIDEZ SUBROGADA

Preferentemente el óvulo fecundado en la inseminación in vitro no debe pertenecer a la madre que cede su cavidad ventral. Además de constituirse en madre gestacional, para efectos de una acción de investigación de la gravidez disputada, también sería madre biológica, dada su participación genética en la

procreación de la criatura. A pesar de lo anterior, puede haber un caso especial en que la madre sustituta sea la que aporte el óvulo aparte de su vientre materno. Si al contrato de gravidez subrogada lo precede un acto jurídico de donación de gametos, y ese sujeto donante coincide en ser la misma madre sustituta, estaríamos frente a dos actos independientes, y por ende desvinculados en sus efectos o implicaciones contractuales.

Es admisible que la mujer de alquiler de vientre también aporte el óvulo al procedimiento de reproducción asistida, sin embargo dicha contribución o donación debe ser un acto jurídico unilateral que preceda al contrato de gravidez subrogada. De esta manera el régimen jurídico encargado de regular la gravidez subrogada como contrato, sería completamente desvinculado del régimen jurídico destinado a reglamentar el acto jurídico de donación de gametos.

5. CONCLUSIONES

- El artículo 11 de la Constitución Política, reconoce el derecho a la vida como un valor supremo en nuestro mandato constitucional, por consiguiente le da una connotación de mayor cuidado a aquel que esta por nacer, y defiende la calidad de vida que este gozara dentro de su núcleo familiar.
- El artículo 42 de la constitución política reconoce implícitamente la práctica de gravidez subrogada al establecer que aún los hijos procreados mediante procedimientos de inseminación artificial o técnicas de reproducción humana asistida, gozan de los mismos derechos en igualdad de condiciones. Sin embargo, el legislador colombiano ha preferido mantener una postura indiferente con respecto a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida y el fenómeno especial de la gravidez subrogada. El precepto constitucional demarca los linderos normativos que deben orientar a cualquier postura legislativa al respecto. Siendo así, es más que evidente el hecho de una inconstitucionalidad por omisión legislativa a raíz de la inercia que asume el legislador al tratar temas como la maternidad subrogada o alquiler de vientres.

- No existe en Colombia un desarrollo legal que logre responder a los condicionamientos e inquietudes sociales, y mucho menos se ha dado una evolución jurisprudencial, pues al no existir normas taxativas que soporten la actuación del juez, los implicados en este tipo de circunstancias se abstienen de hacer las denuncias o simplemente consienten el fenómeno como una cuestión que aunque yazca por fuera de la legalidad, no merece ningún reproche moral. Si consultamos el espíritu de las normas constitucionales, y hacemos especial ahínco en las libertades individuales, el contrato de maternidad subrogada sería permitido, en la medida en que se la madre sustituta la que en últimas decida de la suerte del acuerdo de voluntades: ya sea entregando el niño o conservándolo como si fuese solo suyo. Para ello existen ciertos principios que comparten coherentemente el esquema del marco constitucional: principio de filiación voluntaria, principio de contrato de realización de obra o prestación de servicios en el acuerdo de voluntades del alquiler de vientres. El primero de ellos, le otorga la oportunidad a la madre sustituta de pedir la custodia y filiación de la criatura en caso de que así lo estima, sin más presiones que la justificable voluntad maternal. La filiación se vuelve una cuestión voluntaria, si la mujer de alquiler de vientres decide hacer suyo al individuo concebido, se le debe respetar tal determinación, certificando su condición de madre. Esto suscitaría cierta polémica, sobre todo en el sector que demanda la prevalencia de los derechos del menor sobre cualquier acuerdo de voluntades que se haga. Empero, el menor también tendría la posibilidad de

saber quien fue la mujer que lo pario, si así lo exigiesen las circunstancias históricas y concretas. En todo caso estamos frente a un contrato de prestación de servicios y realización de obra, donde el objeto no es la criatura que se entrega ni tampoco el vientre que se alquile. La madre subrogada se compromete a involucrar una parte de su cuerpo para hacer efectivo un fin específico, como el obrero que utiliza su fuerza física para levantar un muro.

- El interés superior del menor, y la oportunidad de los padres de recurrir al desarrollo científico en miras de satisfacer sus expectativas de vida, son dos posibilidades contempladas constitucionalmente, en tanto, es irrisorio e incoherente establecer restricciones rigurosas a la práctica de estas nuevas alternativas científicas que vencen las barreras biológicas de la infertilidad reproductiva a través de la aplicación de adelantos tecnológicos. Si bien es cierto que el menor tiene derecho a una identidad propia, a conocer a sus padres biológicos y naturales, es aun mas cierto que en esencia el acuerdo de maternidad subrogada no contraviene tales derechos o prerrogativas, en dado caso que el menor o el individuo tenga la oportunidad de conocer sus orígenes, saber de dónde proviene, y en qué condiciones nació. El respeto de los derechos del menor, así como la legitimidad del acuerdo frente a los presupuestos constitucionales depende en gran medida de la elaboración de un proyecto de ley que equilibre los intereses sin dejar de lado la posición de ninguna de las partes intervinientes.

- La iglesia católica se opone contundentemente a las prácticas de inseminación artificial, pero admite las técnicas científicas aplicadas en el hombre o la mujer que encaminen sus esfuerzos a superar los problemas de la infertilidad.

- La ciencia no detiene sus esfuerzos tecnológicos enfocados a remozar las prácticas de inseminación artificial, y en Colombia tiene su camino expedito debido a que no existe normatividad que regule la materia. La ciencia es un factor que puede generar cambios sociales en pos del mejoramiento de la especie, también tiene la capacidad de perjudicar al ser humano en particular y afectar de forma negativa la integralidad ética de nuestra sociedad. Los límites legales a la aplicación del desarrollo científicos son necesarios en Colombia y el resto del mundo, pues no podemos permitir que el ser humano se convierta en el objeto de ensayo y experimentación de las dinámicas científicas.

- La erradicación del riesgo social y moral que implica la aplicabilidad de las prácticas de reproducción humana asistida no depende en ninguna medida del endurecimiento de las normas penales o la declaración de invalidez y nulidad de las formas contractuales. Desde punto de vista podemos aducir que la frecuencia de este tipo de prácticas se da gracias a una disposición cultural o un problema de fondo, mas no de la ausencia de leyes que

amedrante al individuo y lo retengan a llevar a cabo esta modalidad de acuerdos atípicos.

- La práctica de gravidez subrogada es un fenómeno que tiene un origen en la imposibilidad de algunas parejas de procrear para darse su propia descendencia. Sin necesidad de que exista una prescripción civil en lo atinente a la materia o un señalamiento punitivo por objeto ilícito, la realidad inunda el campo de la ficción jurídica, ya que los individuos realizan, consuman y concretan este tipo de acuerdos, como si se tratase de una cuestión plenamente aceptable.
- Dentro del código civil colombiano, no existe una norma que haga referencia taxativa al asunto de gravidez subrogada. La cuestión ha sido manejada entre la ilegalidad, la ilicitud y la aceptación tácita de la comunidad. Hay varios artículos dentro de nuestro ordenamiento jurídico que de algún modo nos remiten a la problemática planteada, muy a pesar de ello, dichas disposiciones servirían como pautas interpretativas, mas no sojuzgarían el asunto bajo una estricta nominalidad.
- La realización de un contrato de gravidez subrogada actualmente en Colombia es nulo, la cuestión podría tener implicaciones civiles, penales y hasta disciplinarias en caso de que se legisle al respecto. Un contrato de compraventa, desvirtuaría el acuerdo de voluntades desde el punto de vista

constitucional, siendo una exigencia fundamental la protección a la vida y la dignidad humana, no tendría coherencia una norma o proyecto de ley, que permita este tipo de transacciones en el supuesto de una enajenación de una criatura a cambio de una contraprestación económica, es decir, el objeto del negocio jamás podría ser el bebé o el individuo nacido, pues en esa dirección caeríamos fácilmente en un contrasentido, si vemos la problemática desde el lente de la norma fundamental. Tampoco podría decirse que estamos frente a un contrato de arrendamiento.

- La figura que tendría cabida dentro del acuerdo de maternidad subrogada o alquiler de vientres, sería el contrato de prestación de servicios, ya que haciendo una similitud entre un obrero que construye una obra, y que en el desarrollo de esa actividad emplea sus manos, con la idea de que la madre sustituta utiliza su vientre para generar una serie de situaciones, no se podría diferenciar a partir de un juicio moral y jurídico, el uso de las manos o del vientre materno.
- Se debe reseñar que si hay un vacío legal, en cuanto la materia no ha sido regulada específicamente por el legislador colombiano. No obstante coexisten normas, que tangencialmente tocan el asunto: normas constitucionales como el derecho a la vida, a la dignidad, la integridad física, los derechos del menor, de la madre lactante, y normas legales, como las instituciones del derecho civil que regulan el aspecto de la

filiación, del orden en las sucesiones, la declaración de paternidad o maternidad, el régimen familiar, el régimen de las relaciones contractuales. En todo caso en ninguna de esas normas aparece el acuerdo de maternidad subrogada como un supuesto jurídico, sin embargo tampoco existen prohibiciones legales en lo atinente a determinado acuerdo de voluntades, lo cual configura un vacío legal, que nos obliga a ampararnos en los preceptos fundamentales para identificar la constitucionalidad o legalidad del asunto, esto mientras no se expiden las correspondientes disposiciones legales.

- La legislación esta en demora de reglamentar el contenido de los acuerdos de maternidad subrogada, mientras no haya leyes positivas que tengan le den un trato prescriptivo a la materia, no quedará otra solución más viable que acudir a los criterios auxiliares de interpretación del derecho, en el presente caso, el método analógico e incluso el método sociológico. Sobre la base de lo anterior, podremos afirmar que el contrato no será nulo actualmente porque es atípico, y el riesgo de su aplicación recae sobre la responsabilidad del juez o fallador, que será quien decidirá si la figura tiene cabida dentro del esquema del contrato de prestación de servicios.

6. BIBLIOGRAFÍA

ANDREWS, Lori B. Aspectos legales y éticos de las nuevas técnicas de reproducción en Clínicas Obstétricas y Ginecológicas. Primera edición. Madrid: Ediciones Interamericana. 1986.

Benedicto XVI, Discurso a los participantes en el Congreso Internacional sobre el tema "Las células troncales: ¿qué futuro en orden a la terapia?", organizado por la Academia Pontificia para la Vida, 16 de septiembre de 2006.

BERNARD MAINAR, Rafael. Efectos Jurídicos de Las Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. Caracas: Editorial Texto - Universidad Católica Andrés Bello, 2000.

Biblia. Antiguo Testamento, Libro del Génesis.

CANO, María Eleonora. Breve aproximación entorno a la problemática de gravidez subrogada. En: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>.

CEA, José. Derecho Constitucional Chileno, primera edición. Tomo II. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2004.

CENTRO COLOMBIANO DE FERTILIDAD Y ESTERILIDAD (CECOLFES). Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida. En: <http://www.cecolfes.com/>.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis H. Las categorías Negóciales y su adaptación en función de la reproducción humana. Memorias II Congreso Mundial Vasco: la filiación a finales del Siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. España: Trívium, S. A. 1988.

Conferencia Fronteras Éticas para las Células Madre. En: es.catholic.net/sexualidadybioetica) Reunidos por la Pontificia Academia de la Vida, el 16 de septiembre de 2006 en Castelgandolfo. Conferencia Fronteras Éticas para las Células Madre. En: es.catholic.net/sexualidadybioetica.

Corral Talciani, Hernán (Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Los Andes). “Familia y Procreación Artificial, perspectivas para una legislación en Chile”, Charla dictada el 4 de mayo de 1995. Revista del Abogado (Colegio de Abogados de Chile). Encontrado en: <http://members.fortunecity.es/petete3/bioetica.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C – 591 de 1995. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. Sentencia T – 401 de 1992. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. T – 962/ 99. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte constitucional, T – 756 de 1998. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

DE LA TORRE VARGAS. Maricruz. La fecundación in vitro y la filiación. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.1993.

DELGADO CALVA, Ana Soledad. “La gravidez Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho, Mexicano”, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

Dignitas Personae sobre algunas cuestiones de bioética, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, publicada el 12 de diciembre de 2008, siguiendo lo ordenado por el Papa Benedicto XVI el 20 de junio del mismo año.

GALARZA MARIÑO, Nibya. Ensayo: Determinación de filiación en los casos de gravidez subrogada. Lima: Boletín virtual – Asociación Universidad Privada San Juan Bautista. 2000.

GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. Derecho de familia y técnicas de reproducción humana asistida, la experiencia colombiana. XXI Congreso internacional de notariado latino en Berlín. Bogotá: Colegio de notarios de Colombia.1995.

HURTADO OLIVER, Xavier. El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos. México: Editorial Porrúa. 1999.

IBAÑEZ HERNANDEZ, C. La atribución de la gravidez en la gestación contratada. Memorias II Congreso Mundial Vasco. España: Trívium 1998.

Juan XXIII. Carta encíclica Mater et Magistra: Un grave peligro. El olvido del hombre mayo 15 de 1961.

Juan Pablo II. Discurso a los participantes en el 81º Congreso de la Sociedad Italiana de Medicina Interna y en el 82º Congreso de la Sociedad Italiana de Cirugía General, 27 de octubre de 1980.

Juan Pablo II. Exhort. Apost. Familiaris consortio, 1982.

Juan Pablo II, Discurso a los participantes en la 35 Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, 29 de octubre de 1983.

Juan Pablo II. exhort. Apost., Familiaris consortio, 1982.

Juan XXIII. enc. Mater et Magistra, III: 1961.

Juan Pablo I., Carta a todos los Obispos de la Iglesia sobre la intangibilidad de la vida humana, 19 de mayo de 1991.

KEANE, N. Y D. Breo, The Surrogate mother. New York: Everest House Publishers.1981.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho: Introducción a la Ciencia del Derecho, primera edición. Santafé de Bogotá: Editorial Unión Ltda. Julio de 2000.

KIRCHMANN, H. J v. La Jurisprudencia no es Ciencia. Madrid: Instituto de Estudios.

LINARES GÓMEZ, Andrea. Úteros ajenos para hacer realidad el sueño de ser padres. En: <http://www.abcdelbebe.com/node/153940>.

Marco Riveros Séller y Carlos Zepeda Hernández. Memoria de Prueba “La fertilización asistida y la legislación civil chilena”. Tesis U de CH. 1992. Encontrado en <http://members.fortunecity.es/petete3/bioetica.htm>

MARÍN VALENZUELA, Angélica. Estudios de técnicas de procreación humana asistida. p.155. Encontrado en: (<http://www.secretariassenado.gov.co/>).

MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. El arrendamiento de vientre en Colombia, primera edición. Medellín: Editorial Universidad de Medellín. 2005.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. MASSIGOGE BENEIGU, J.M. La gravidez portadora, subrogada o por encargo en el Derecho Español. Madrid: SE 1994.

MEDINA, Graciela. "Derecho a la procreación" citado por Varsi Rospigliosi Enrique, en "Derecho Genético", Cuarta Edición. Lima: Ed. Grijley. 2001.

MedlinePlus enciclopedia médica. En: www.nlm.nih.gov/medlineplus/.

MENESES ORTIZ, Luis Henry y otros. Efectos legales de los procedimientos de fecundación humana asistida heteróloga cuando no existe consentimiento del marido o compañero permanente. Bucaramanga: editorial Universidad Cooperativa de Colombia.

MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo. La Reproducción Asistida En México. Un Enfoque Multidisciplinario. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/81/4.htm>.

MORÁN MORALES DE VICENZI, Claudia Cecilia. El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial, primera Edición. Lima: Colección Jurídica Universidad de Piura. 2005.

Pablo VI. Carta encíclica Humanae Vitae: A los médicos y al personal sanitario. Julio 25 de 1968.

PARELLADA, Carlos. Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético. Buenos Aires: Edición Homenaje Dra. María Josefa Méndez Costa.

Pío XII. Enc Humani generis, 1950.

Pío XII, Discurso a la Unión Médico-Biológica "San Lucas", 12 de noviembre de 1944.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. Bioderechos. Bs. A.S: Editorial Dunken, 1999.

Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, declaración sobre el aborto procurado, 1974.

SILVA RUIZ, Pedro F. Panorámica de la fecundación Humana Asistida en Estados Unidos. Memorias II Congreso Mundial vasco. España: Ed. Trívium. 1988.

SILVER, Lee M. Vuelta al Edén: más allá de la clonación en un mundo feliz, segunda edición. Madrid: Grupo Santillana de ediciones S.A. 1998.

Stern versus Whitehead. Citado en MIES, María y SHIVA, Vandana. La praxis del ecofeminismo: biotecnología, consumo y reproducción. Barcelona: Icaria editorial SA. 1998.

SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, filiación y delito. Primera edición. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1990.

TAFUR GONZÁLES, Álvaro. Código Civil Anotado. Edición Vigésimoctava. Bogotá: Editorial Leyer. 2009.

The cloning era is almost here. Revista Time (19 de junio de 1978).

The Washington Post. Washington D.C. 12 de marzo de 1991. Versión en Español.

UMAÑA LUNA, Eduardo. Estado y familia. Segunda edición. Santa fe de Bogotá. Editorial Talleres gráficos. 1999.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Genético, Cuarta edición. Lima: Editorial Grijley. 2001.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. Las nuevas formas de Reproducción Humana. Madrid: Editores Civitas. 1988.

WAGMAISTER, Adriana. Gravidéz Subrogada. En: Revista Derecho de Familia. Edición: nº 3. Buenos Aires: editorial Abeledo Perrot, 1990.

Wet's Encyclopedia of American law. Volume 8. West Publishing Company. 1998. P. 323 – 328.

ZANNONI, Eduardo A. la genética actual y derecho de familia. En: Lecciones y Ensayos. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 1988.

www.patagonialands.com/diccionarioinmobiliario/contenidoaf.html.

www.thebatt.com/.../A.Scientific.Compromise-508045.shtm

<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/persona/PF/L45-03.htm>

<http://bioetica.udesarrollo.cl/html/documentos/documentos/CasoBabyM.pdf>.

www.centrodefilosofia.org.ar

ANEXO 1

**TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA GRAVIDEZ SUBROGADA EN OTRAS
LEGISLACIONES**

Aunque la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida es un uso que se remonta a los mismos principios de la civilización occidental, en materia jurídica la cuestión jamás había tenido tanta trascendencia como en la actualidad. Al parecer, determinada alternativa médico – científica se extendió por todos los confines del mundo, forzando a los Estados a tomar decisiones concretas que en muchas ocasiones implican medidas restrictivas o en otras de menor número, medidas permisivas.

No obstante, la gran preocupación gira entorno a la legítima exigencia de legalidad, pues si bien es cierto que las prácticas de reproducción humana puedan ser rechazables o admisibles dependiendo el punto de vista que las mira, es aún más valedero en términos del Estado Social de Derecho, que si han de imponerse prohibiciones o sanciones positivas, estas se encuentren previamente enunciadas en la ley, es decir, que no sean simplemente salidas emergentes de la autoridad

administrativa o posiciones acomodaticias de un juez natural las que determinen la suerte judicial de los recurrentes, sino normas taxativas enmarcadas dentro del sistema jurídico.

El riesgo de no legislar la materia atinente es dejar un vacío legal que puede generar inseguridad jurídica, y cuyas consecuencias materiales serían nocivas si se tiene en habida cuenta el principio general de derecho que dicta: “todo lo que no está prohibido, está permitido”.

El fenómeno de la gravidez subrogada o alquiler de vientres alcanza a invadir casi todas las latitudes del mundo, esto significa que no se está frente a una problemática anodina, pues el caso en razón, dada sus connotaciones específicas, amerita la importancia de la comunidad internacional. Quizá Europa es la región que le ha dado una mayor preponderancia al tema en lo concerniente su desarrollo legal, habiéndose registrado en el concitado continente las primeras legislaciones al respecto. La discusión institucional o extraoficial siempre ha girado sobre los mismos tópicos. Inicialmente la controversia encuentra un complejo obstáculo prefigurado en la moral cristiana, cuya influencia sostiene desde hace muchos siglos atrás, a la pesada estructura de la sociedad occidental.

Otro componente que se ha venido polemizando de manera crítica, es la urgente conciliación entre la perspectiva eminentemente ética y los resultados del pasmoso avance de la ciencia, la cual en su dinámica formal no suele contemplar ningún tipo de opinión moral.

Lo cierto es que algunas legislaciones prescinden del examen ius-filosófico del fenómeno, optando por regular de modo taxativo aquellas prescripciones técnicas que deben guiar la práctica médico – científica. Otras legislaciones de una tradición más arraigada al criterio de las buenas costumbres y al mandamiento de la moral pública, detienen sus disquisiciones ante la impactante conmoción de los formalismos socio - religiosos. Véase pues cual es el panorama de la legislación internacional a partir de lo que nos dice la doctrina del derecho comparado, revisando primero la legislación en materia de Técnicas de Reproducción Humana Asistida –THRA-, y en segunda instancia adentrándonos al caso de la gravidez subrogada.

1 LEGISLACIÓN SOBRE GRAVIDEZ SUBROGADA Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN OTROS PAISES.

1.1. Legislación en España

El derecho español es referente histórico de nuestro sistema jurídico interno. La tradición del derecho civil napoleónico, que cimentó gran parte de la legislación occidental, fue importada por nuestro continente. Tan sólo unas variantes formales se le introdujeron a los ordenamientos jurídicos latinoamericano (incluyendo al nuestro), conservándose casi intacta la tradición legislativa que se venía expandiendo desde la consolidación de la revolución francesa. Es de vital importancia recorrer la estructura de la legislación española en general, para señalar con inequívoca precisión, la posición que se asume en lo que corresponde a la controversia aquí suscitada.

“La Ley 42 del 28 de diciembre de 1988 en su artículo 4 pretexto: toda actuación sobre el embrión o feto vivo en el útero será de carácter diagnóstico, terapéutico o de conformidad con las disposiciones normativas vigentes”.

De este modo, la legislación española empieza a reconocer un estatus jurídico del embrión suministrándole cierta protección legal que lo convierte en directo destinatario de derechos y atributos. Al impedir esa clase de manipulación embrionaria no supeditada a controles o limitantes normativas, solo se pretende salvaguardar la vida e integridad física de él que está por nacer. Lo anterior significa que, aún yaciendo el individuo en su estado morfológico más primario, es

decir, desde el mismo momento de la concepción, la ley en armonía al sentido dialógico de los derechos fundamentales, se encuentra facultada para garantizar la preservación efectiva de la vida humana a través de la consabida reglamentación de las Técnicas de Reproducción Asistida.

La ley 45 de 2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35 de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, conserva en considerable proporción el espíritu u horizonte de su antecesora, no obstante, el margen de actuación médico – científica pasa a ser mucho más amplia, teniendo en cuenta que las indicaciones legales de la ley reciente fijan con notoria precisión los términos en los cuales deben ser desarrolladas las prácticas de Reproducción Humana Asistida.

En cuanto a autorizaciones y prohibiciones de las técnicas de procreación humana asistida, el artículo 2 de la Ley 35 del 22 de noviembre de 1988 consigna: 1. Las Técnicas de Reproducción Asistida se realizarán solamente: (a) Cuando hayan posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia. (b) En mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas.⁸⁴

⁸⁴ MARÍN VALENZUELA, Angélica. Estudios de técnicas de procreación humana asistida. p.155. Encontrado en: <http://www.secretariasenado.gov.co/>. Extraído el 20 de septiembre 2009.

“Y el artículo 3 de la misma ley pretexto: se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana”⁸⁵

La primera Ley española contempla unas condiciones necesarias para la práctica de la Reproducción Humana Asistida. Cuando el dictamen médico, previo estudio de los factores incidentes en el caso, concluya que la operación va a ser exitosa, la norma considera viable su ejecución. Además, no es suficiente el mero análisis médico, siendo imprescindible que exista el consentimiento libre de la mujer receptora. La parte restante de la ley confiere un listado breve de facultades a la ciencia médica para que desarrolle algunos procesos investigativos encaminados al mejoramiento de la especie humana y a la búsqueda de un tratamiento obstetra mucho más cuidadoso.

La ley 45 de 2003, es mucho más explícita y en su artículo primero se refiere a la donación y utilización de embriones con fines terapéuticos, de investigación, o de experimentación, teniendo en cuenta la sujeción permanente a las anotaciones legales que se hagan al respecto.

La ley 35 de 1988, reza en su artículo 10: 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una

⁸⁵ *Ibíd.*

mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero; 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto; 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

La valoración sistemática del contrato de alquiler de vientres, lleva al legislador español de 1988 a concluir que dada la ilicitud del objeto contractual, en el momento de su formalización devendría irreversiblemente una nulidad absoluta, extinguiéndose la fuerza vinculante del pacto y quedando sin efecto las obligaciones acordadas en el mismo. Se rechaza el contrato de gravidez subrogada, independientemente de que el fin sea lucrativo o no, es decir, un contrato en el cual no medie retribución pecuniaria, a pesar de su origen altruista y desinteresado, no tendría un auténtico respaldo legal. El tema de la filiación que engloba una discusión de abundantes entresijos, queda resuelto a partir de la Ley 35, atendiendo al antiquísimo principio del derecho romano que dicta: se reputa madre quien da a luz. En cuanto a la reclamación de filiación por paternidad, la ley se limita a señalar que el padre biológico podrá emplear los mecanismos legales vigentes para clarificar su situación civil.

Debido a que el avance de la ciencia pone en serios aprietos a la dogmática jurídica, el legislador español con ánimo de avivar una estructura normativa

solvente decidió actualizar el derecho positivo, ajustando la nomenclatura legal al lenguaje más vanguardista de las técnicas de reproducción humana asistida.

Los avances científicos cursan generalmente por delante del derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquéllos. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos, que debe solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativas, civiles o penales. Se hace precisa una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las técnicas de reproducción asistida, y la adaptación del derecho allí donde proceda.⁸⁶

La ley 45 de 2003 no revierte el sentido de la ley 35 de 1988, simplemente modifica algunas disposiciones de la misma con el propósito de atender al progreso de la ciencia médica. La reforma fue aplicada a los artículos 4 y 11 de la ley pasada: se adicionan algunas medidas que van en consonancia con las nuevas técnicas de reproducción humana asistida, sin pervertir el criterio legislativo que viene impartándose desde 1988. La legislación española, no

⁸⁶Información encontrada: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/persona/PF/L45-03.htm>.

experimenta un cambio sustancial en lo alusivo al tratamiento jurídico del contrato de gravidez subrogada.

No puede desconocerse el hecho de que la gravidez subrogada, en caso tal de darse, se configuraría a través de la forma jurídica de un contrato, en el cual una de las partes estaría comprometida a gestar la criatura en su vientre a cambio de alguna retribución económica o de manera gratuita, mientras la otra, estaría esperando el nacimiento del niño para recibirlo en su lecho en calidad de madre legítima.

A la luz del derecho civil, dicho contrato de gravidez subrogada podría ser nulo o existente, dependiendo bajo qué criterios se juzgue la normativa.

El artículo 1305 del código civil establece: “Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.

Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero él no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido.”⁸⁷

Además el artículo 1271 del código civil español, pretexto:

Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo_1056. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.⁸⁸

La ley 35 de 1988, obedece a una percepción dimanada del sentido de los artículos anteriormente nombrados. El legislador español guarda extrema coherencia con el ordenamiento jurídico en general, entroncando el sentido del código civil a la reglamentación particularísima de la materia en cuestión. El dilema aparece en el modo interpretativo, pues no siempre la doctrina considera que el objeto es ilícito, y tampoco es un rasgo permanente entre las autoridades

⁸⁷ *Ibídem.*

⁸⁸ *Ibídem.*

académicas el de vislumbrar al vientre o los materiales genéticos precitados como cosas por fuera del comercio. La moralización o desmoralización de la práctica se relativiza en la medida en que los perceptores puedan virar su visión hacia al mero pragmatismo sociológico, deponiendo cualquier formalismo cultural o moral que intente filtrarse en el discurrir cognitivo del pensamiento jurídico.

El código civil español en sus artículos 1271 y 1305, versan sobre el régimen de regulación de la actividad contractual, pero muy a pesar de ello, y a raíz de la abstracción normativa existe un enorme espacio en blanco aprovechado por el acopio subjetivo de doctrinas y nociones jurídicas diversas. A partir de los precitados artículos es posible esgrimir conclusiones contrarias, pues los objetos ilícitos no se encuentran taxativamente enunciados y el dictamen de las buenas costumbres hace aún más borrosa la atmosfera entorno a la cual gravitan infinitud de concepciones.

Sin embargo el artículo 134 del CC consagra la acción mixta o acumulativa, que establece que se debe reconocer como madre a la mujer que ha asumido el rol como tal a pesar de no estar legitimada en activa por derecho propio, lo que permitiría empezar a adjudicar el estado de gravidez a quien demuestre el ánimo de serlo. De cualquier manera esta medida no eludiría por completo al conflicto de la gravidez, pues si las dos madres, la del alquiler de vientre y la madre

contratante, reclaman para sí el hijo ¿Quién podría decretar cual de las dos madres tiene el mayor ánimo o el ánimo verdadero?

La controversia podría resolverse recurriendo a la acción legal de investigación de la gravidez, refrendada en el artículo 39 de la constitución política española y dispuesta en el Artículo 127 del CCE. Dicha acción contempla la posibilidad de investigar la paternidad a través de cualquier medio que pueda definirla con entera certidumbre: pruebas, incluidas las biológicas. Pero el asunto en cuestión implica un mayor trasfondo. No se trata aquí solo de decretar quien es el padre o la madre biológica, sino darle una debida importancia al tema, discerniendo sobre las consecuencias contraproducentes que se desataren a causa de la aplicación de un determinado esquema normativo.

Finalmente la controversia se caldea aún más, gracias a una ley que regula la materia de gravidez subrogada. La ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prohíbe taxativamente en su artículo 10, la gravidez subrogada o gestación por sustitución: “1. 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. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por

el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

1.2. Legislación Estados Unidos de América

Valga recordar que el primer caso reconocido de *gravidez* subrogada se dio en los Estados Unidos en el año de 1976. La evolución normativa de los Estados Unidos en términos cualitativos presenta importantes avances, pero el desarrollo jurisprudencial del tema es incomparable dado su alto dinamismo teórico – práctico.

“Un hecho muy renombrado en el ámbito judicial, es el denominado “Caso Bebé M”:

La Sra. Mary Beth Whitehead, un ama de casa de 29 años de Brick Township, New Jersey, firmó un contrato el 6 de febrero de 1985, de tener un hijo para William y Elizabeth Stern. Cuando la niña, concebida por inseminación artificial con el esperma del Sr. Stern, nació el 27 de marzo de 1986, la Sra. Whitehead y su marido, que ya tenían 2 niños, se resistieron a separarse de la niña. Después de un juicio de 32 días, el juez Sorkow declaró el contrato de subrogación válido y ejecutable, terminó con los derechos maternos de la Sra. Whitehead y otorgó la custodia exclusiva de Baby M al Sr. Stern. En

apelación, el Tribunal Supremo de New Jersey (3 de febrero de 1988) sostuvo que un contrato de subrogación que ofrece dinero para la madre subrogada y requiere su irrevocable asentimiento para entregar a su hijo al nacer es inválido y no ejecutable. El Tribunal Supremo de New Jersey confirmó la concesión de la custodia al padre natural, y anuló la finalización de los derechos maternos de la madre natural y requirió al tribunal inferior que determinara los términos de la visita de la madre natural a Baby M.⁸⁹

El tribunal supremo de New Jersey disintiendo de la posición del juez inferior, observa el caso a través de una óptica radicalmente distinta a la que ofrece la mera racionalización formal del asunto. No se trata aquí de abordar los requisitos de existencia de un contrato común y típico, la cuestión enloda apreciaciones mucho más trascendentales. El estamento judicial estima que la adopción es una figura jurídica que jamás debe motivarse en estímulos patrimoniales o pecuniarios, y por ende el contrato celebrado entre la señora *Whitehead* y la familia *Stern*, al tener un evidente trasfondo lucrativo quedaría totalmente rescindido en sus efectos y cláusulas sustanciales. Además de lo anterior, el tribunal puntualiza en el acápite de reclamación de paternidad, encontrando que en caso tal de que se revistiera de validez al contrato de gravidez subrogada, la disputa sería entre la madre natural y la madre biológica. La Madre que gesta al niño dentro de su vientre tiene igual o mayor derecho que el del padre cuyo material genético hizo

⁸⁹Información encontrada en la página:
<http://bioetica.udesarrollo.cl/html/documentos/documentos/CasoBabyM.pdf>.

posible el fenómeno de la concepción. En tanto, el consentimiento de la madre subrogada no puede contemplarse como una razón inamovible, siendo indispensable la pervivencia continua del derecho de retractación. Sin embargo, si el contrato no es mediado por una pretensión patrimonial, y la madre subrogada decide gestar a la criatura en un acto de colaboración y desinterés para después de nacida entregarla a los padres reclamantes, la legislación estaría frente una situación aceptable desde la perspectiva crítica del derecho moderno. Así vemos, como el poder judicial de los Estados Unidos de América crea una fascinante doctrina entorno a la problemática planteada.

1.2.1 Referentes jurídicos

Antes de aportar una descripción sobre el panorama jurídico de los Estados Unidos de América en cuanto al tratamiento legal de la gravidez subrogada o alquiler de vientres, debe tenerse en cuenta que la legislación en un Estado federal no es de carácter homogénea. Los Estados que hacen parte del Estado en su totalidad, gozan de una especial facultad legislativa que les permite reglamentar las diversas materias sin hallarse coartados por la legislación de Estados circunvecinos o incluso por los cánones legales del mismo Estado Mayor. Así mismo es necesario precisar la manera como se establece la legalidad en el país norteamericano. Adicionalmente a las leyes expedidas por los cuerpos legislativos de cada Estado, son criterios jurídicos vinculantes en Estados Unidos, aquellas resoluciones o decisiones que emiten los organismos judiciales para

dirimir conflictos o litigios. He ahí la suprema importancia de la jurisprudencia dentro del sistema jurídico estadounidense.

Las decisiones jurisprudenciales en los Estados Unidos de América siempre han buscado la forma de conciliar el ejercicio de las libertades individuales con el ejercicio del poder público o estatal. En el presente problema jurídico hay ciertos valores constitucionales o derechos fundamentales que se entrecruzan entre sí. La libertad reproductiva y la declaración de paternidad son dos factores que están ligados el uno al otro, y cuya preeminencia parece posicionarse sobre el mismo paralelo. El ánimo de perpetuar la estirpe es una pretensión inherente a la naturaleza humana, es por eso que aquellos individuos que no tiene la posibilidad de reproducirse mediante los recursos convencionales, deciden emplear otros recursos alternativos que les permitan procrearse y alumbrar la existencia bajo el faro de su descendencia. El inconveniente recae en la multiplicidad crítica que sugiere el subjetivismo racional. Idealmente, el Estado debería abstenerse de imponer restricciones a las modalidades de reproducción humana, pero como persisten los prejuicios morales y algunos riesgos sociales difíciles de restañar, el legislador opta por la solución que genere menos escozor y expectativas.

Al respecto afirma el juez Harvey Sorkow, quien juzgó en primera instancia el caso de Bebe M:

Si es la reproducción lo que se está protegiendo, entonces también lo están los medios de reproducción. Los valores e intereses que subrayan la creación de una familia son los mismos cualesquiera que sean los medios para obtenerlos. Este tribunal resuelve que la protección de esos medios se extiende al uso de suplentes (o sustitutas o subrogadas). El contrato no es ilegal porque se utilice una tercera persona. El razonamiento es que la persona donante o subrogada ayuda a la pareja sin descendencia mediante la aportación de un factor de concepción y gestación.⁹⁰

Lo más complicado del asunto es superar la conciencia de inmoralidad que recubre al contrato de gravidez subrogada. En el fondo se sabe que la solución no es regular la materia dándole un carácter prohibitivo a la práctica, existen variedad de formas legales que permiten clasificar taxativamente los casos según sus particularidades nominales. La doctrina cualificada sostiene que el acuerdo de gravidez subrogada es realizable en la medida en que se adopte un modelo contractual cuyo valor fundamental sea la cláusula de retractación del consentimiento dado. Es decir, la obligación implícita sería de medio y no de resultado, siendo la mujer subrogada la que en últimas defina si la acreencia inscrita en la agencia del contrato se satisface o no. El gran reto de los legisladores modernos es superar las barreras morales que se interponen en la colocación de una nueva ley capaz de reivindicar los valores científicos.

⁹⁰ Stern versus Whitehead. Citado en MIES, María y SHIVA, Vandana. La praxis del ecofeminismo: biotecnología, consumo y reproducción. Barcelona: Icaria editorial SA. 1998. P. 66.

Quizá la postura que expresa mayor dureza en lo referente al tratamiento legal del contrato de gravidez subrogada es el proyecto de ley de Michigan cuyo propósito estructural rebasa las propias coordenadas del derecho civil, haciendo un uso elocuente del derecho penal con el fin de castigar a las personas que tranzaran este tipo de acuerdos.

Este ensayo de reforma legislativa sostiene que cuando una persona distinta de las partícipes en la relación principal, induce, arregla, procura o de alguna manera coopera en la formación del contrato de gravidez subrogada, a precio de una recompensa, será responsable de un delito y condenado con una multa máxima de cincuenta dólares ó prisión no mayor de cinco años. Además el proyecto contiene disposiciones que castigan penalmente, prisión o multa, a cualquier persona que facilite o viabilice la ejecución de estas prácticas de alquiler de vientres.

El afán legislativo de penalizar la formalización de contratos de gravidez subrogada fue reemplazado por una nueva época denominada “el periodo de la negación simple”, en la cual se instauró una caústica tradición legislativa basada en la flexibilización de la ley, pues desapareció del ideario general la intención de combatir la práctica a través de sanciones punitivas escarnecedoras. Desde la incursión del período de la negación simple, la tendencia legislativa y doctrinal tuvo en la sanción del derecho civil a su vital escudero. El contrato de gravidez

subrogada sencillamente se viciaba con nulidad, invalidez e inexistencia y no había entonces la necesidad de acudir a las penas para prevenir el uso de la práctica. Por ejemplo en Connecticut, Illinois, North Carolina y Rhode Island se gestionaron proyectos de ley encaminados a declarar inválidos e inexigibles a los contratos de gravidez subrogada.

Hubo otra etapa reconocida en el ámbito de la doctrina como el período de la evaluación en el cual se le otorgó una resonante importancia a las comisiones especializadas en el estudio del fenómeno. Los informes estadísticos, los exámenes sociológicos y demás resultados cognitivos emitidos por dichas comisiones eran objeto de discusión en gran cantidad de legislaturas, incluso algunas llegaban hasta adoptar medidas legislativas inspiradas en los mismos, es el caso de Delaware, Indiana, Louisiana, Rhode Island y Texas, Estados en los que se incorporaron a determinados organismos al inmediato quehacer normativo.

1.2.2. Normatividad actual

Según el tratadista Andrew Lori⁹¹, algunos Estados inhiben los esfuerzos legislativos por reconocerle efectos legales al contrato de gravidez subrogada, arguyendo que en este sentido, se propiciaría la posibilidad de comerciar con el embrión. Existen leyes estatales que prohíben “la venta de bebés”, y en realidad

⁹¹ ANDREWS, Lori B. Aspectos legales y éticos de las nuevas técnicas de reproducción. En Clínicas Obstétricas y Ginecológicas. Primera edición. Madrid: Ediciones Interamericana. 1986. P. 241 y ss.

tales disposiciones normativas constituyen un serio obstáculo a la amortización del problema. Otras leyes sobre inseminación artificial establecen que la identidad del donante de esperma debe mantenerse en el anonimato, y por ende la paternidad no recaería como un derecho subjetivo de quien es dueño del material genético (espermatozoide, gametos etc.). Así vemos que las cortapisas legales son innumerables.

“Arizona, el Distrito de Columbia, Kentucky, y Utah⁹², prohíben el acuerdo de gravidez subrogada tras considerarlo como una figura jurídica inconsulta de los derechos del menor y totalmente inviable. Louisiana, Nebraska, y Kentucky asumieron una postura aún más restrictiva promulgando legislación penal al respecto”.

Las leyes estatales difieren en mucho en la manera de determinar la custodia y filiación de los menores; la ley de subrogación de Michigan hace determinaciones de custodia basados en el caso concreto, intentando con ello alcanzar la decisión que más convenga a los intereses del niño; en New Hampshire y Virginia, las leyes presumen que los miembros de la pareja contratante son los padres legales de la criatura, pero reconocen a la madre sustituta un tiempo para cambiar de opinión. En cambio en Dakota del Norte y Arizona, la madre sustituta y el varón de la pareja comitente son los padres legales del menor.⁹³

⁹² Wet's Encyclopedia of American law. Volume 8. West Publishing Company. 1998. P. 323 – 328.

⁹³ *Ibidem*.

Estados como Arkansas, Florida y Nevada aprueban la realización de contratos de gravidez subrogada, en estas legislaciones los padres intencionales o pareja comitente son los mismos padres legales de la criatura; en Florida y Nevada solo se admite la gravidez sustituta gestacional, es decir, la madre subrogada alquila exclusivamente su vientre, el óvulo pertenece a la madre intencional o es fruto de una donación. La previa revisión judicial es un requisito infaltable en Arkansas y Nevada.

La cuestión es menos tenue en Ohio, pues la madre subrogada o gestacional se encuentra obligada a cumplir con lo inscrito en el acuerdo, sin probabilidad de eximirse del respeto a las disposiciones contractuales o allegar cláusula de exclusión por retractación.⁹⁴

1.3. Legislación en Argentina

Para el doctrinante Zannoni⁹⁵ “se alude a la gravidez subrogada (del inglés Surrogate motherhood) o gestación por cuenta de otro, en el caso de que el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja.

⁹⁴ Wet's Encyclopedia of American law. Volume 10. West Publishing Company. 1998. P. 17 – 19.

⁹⁵ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, filiación y delito. Primera edición. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1990. P. 316.

La generación deja de ser un acto íntimo en el que únicamente intervienen los padres, para pasar a ser un acto complejo, un verdadero proceso, prolongado en el tiempo, con intervención de terceros.⁹⁶

La definición de Zannoni elucida claramente lo que se cataloga como un contrato de gravidez subrogada. Hay eventos en los cuales la madre gestacional, además de prestar su vientre, aporta el óvulo, mientras que en otras ocasiones la madre dispone apenas del vientre, sin contribuir con su material genético a la reproducción humana asistida. El primer caso sería una categoría de gravidez subrogada impropia, y el segundo caso estaría enmarcado dentro de lo que es un fenómeno de gravidez subrogada propia. Para el doctrinante argentino la gravidez subrogada exige que los gametos sean propiedad de la pareja comitente, y que la intervención de la madre subrogada se limite al préstamo o alquiler del vientre. Cuando la madre subrogada añade su material genético en el acto de coparticipación de la práctica, la cuestión pasa a ser más sinuosa, pues llegaría a tratarse el hecho como un sencillo caso de inseminación artificial.

En cuanto al cambio de paradigma en los modos de reproducción humana, la temática adquiere una dimensión considerablemente exorbitante. La ciencia en su progresiva operatividad puede convertirse en opresora de la condición humana, hasta el punto de infligir una ruda ablación al interregno de la intimidad personal y

⁹⁶ WAGMAISTER, Adriana. Maternidad Subrogada. En: Revista Derecho de Familia. Edición: nº 3. Buenos Aires: editorial Abeledo Perrot, 1990. pp 22 y ss.

al lazo de las libertades fundamentales. Ya no es el acto puramente racional – biológico el que se encarga de procrear nuestra especie, sino un enclave de procedimientos complejos, en los cuales interfieren diversos agentes y factores, y cuya finalidad legítima es la reproducción.

El ordenamiento jurídico argentino no manifiesta de manera explícita regulación sobre la materia de gravidez subrogada. Es decir, al respecto existe un silencio legal que imposibilita la concreta evaluación normativa del asunto. Es por eso que los señalamientos a normas, leyes y pautas legales que si bien no tipifican el problema estudiado, si mantienen un estrecho vínculo con las instituciones y asignaturas jurídicas afectadas, como el derecho penal, el derecho civil, el derecho comercial.

El artículo 953 del Código Civil Argentino prescribe que:

El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hecho que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de las conciencias, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.

En consecuencia, se desprende de nuestro ordenamiento normativo que todo contrato de gravidez subrogada sería nulo por su objeto. Por lo tanto, “ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas no hay posibilidad de ejecución forzada dada la naturaleza del compromiso asumido”⁹⁷

No obstante al estado presente en nuestro ordenamiento normativo, existen proyectos de legislación que abordan este tópico expresamente y se inclinan por una solución. Tal es el caso de la “Ley de Reproducción Humana Asistida”, que cuenta con la aprobación de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, pendiendo su tratamiento por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.⁹⁸

Este proyecto, en su artículo 14 dispone que el Contrato de gravidez Subrogada es nulo, y ello en virtud de que su objeto es considerado contrario a la moral y a las buenas costumbres.⁹⁹

Ahora bien, el artículo 242 del código civil argentino, pretexto: “La gravidez quedará establecida, aún sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la gravidez del hijo. Esta inscripción deberá serle

⁹⁷ WAGMAISTER, Op. cit. p.p. 19 y ss.

⁹⁸ Información encontrada en: www.centrodefilosofia.org.ar / Investigación y Docencia N° 38. Extraído 20 de septiembre de 2009.

⁹⁹ *Ibidem*.

notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido”. El precitado artículo no es más que una reverberación del corolario romano *partus sequitur ventrum* cuyo significado es “el parto sigue al vientre”, y en virtud de lo antedicho, *mater semper certa est* “la gravidez siempre es cierta”. Siendo el acto de parir rebajado en sus implicaciones civiles, lo polémico del caso se daría entorno a la filiación. La solución está en precisar argumentativamente cual de las partes tiene mejor derecho sobre la situación parental del menor, pues el embate entre madre subrogada y madre comitente, cuando menos en términos superficiales, carece de una razón predominante.

Las leyes 23.264 y 24.540 de 1985 dieron luz al código civil argentino, fijando la temática de la filiación. “La ley 23.264 ha preferido, pues, prever la determinación de la gravidez de modo positivo si resulta directa e inmediatamente del nacimiento; demostrado el parto y la identidad del hijo queda constituida la gravidez jurídica que, por tanto, coincide con la biológica, sin precisar de más requisitos”¹⁰⁰

Pero en caso de que no se demuestre o certifique el momento del parto, siendo la gravidez objeto de controversia y disputa, será perentorio recurrir a la prueba

¹⁰⁰ ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia, primera edición. Bs. As: Editorial Astrea. 1998 p. 334.

biológica o a cualquier otro método científico que pueda desentrañar la verdad objetiva, es así como Soto Lamadrid, nos precisa:

La evolución del tema de la filiación culminó en la Argentina con la ley 23.264 de 1985, haciendo de esta legislación una de las más avanzadas del continente: Aclara primero que la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción” (Art. 240), colocando al factor genético sobre cualquier otra fuente de la filiación, pues dispone en su Art. 256 que “la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico.”¹⁰¹

Sería insensato observar a la legislación argentina como un sistema normativo inmaduro por el simple hecho de no haber reglamentado extensivamente el fenómeno de la gravidez subrogada o alquiler de vientres. A pesar de persistir un terreno baldío en materia jurídica, los proyectos de ley han sido continuos, y la elaboración de doctrina más que suficiente. Argentina también desprende su tradición legislativa de la corriente jurídica occidental. Atiende a los principios morales que desde siglos atrás han monitoreado a las diversas legislaciones en casi todo occidente y Latinoamérica.

¹⁰¹ SOTO LAMADRID, Op. cit. pp 354 – 355.