

**DILEMAS DE LA BIOÉTICA FRENTE AL NASCITURUS Y AL NEONATO COMO
SUJETO DE DERECHOS EN LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

**BERNAL BERNAL MARCELA
CALDERÓN FORONDA RAÚL HUMBERTO
CASTAÑEDA SERRANO JENNIFER**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA –UNAUULA-
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2014**

**DILEMAS DE LA BIOÉTICA FRENTE AL NASCITURUS Y AL NEONATO COMO
SUJETO DE DERECHOS EN LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

**BERNAL BERNAL MARCELA
CALDERÓN FORONDA RAÚL HUMBERTO
CASTAÑEDA SERRANO JENNIFER**

**Asesora
Catalina Merino Martínez**

**Monografía para optar el título de
Abogados**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA –UNAUULA-
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2014**

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. CONSIDERACIONES INICIALES	9
2. EL NASCITURUS Y EL NEONATO COMO SUJETO DE DERECHOS PRODUCTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	15
2.1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL NASCITURUS	16
2.2. LA FILIACIÓN	18
2.3. LA MATERNIDAD	21
3. DILEMAS DE LA BIOÉTICA Y EL BIODERECHO CON LA MATERNIDAD SUBROGADA	27
3.1. UN CASO DE LEGISLACIÓN	27
3.2. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO	32

3.3. CASO CHILENO	33
3.4. CASO MEXICANO	35
3.4.1. Momento y forma en que se hace necesaria la intervención del juez en el tema de la maternidad subrogada	40
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	52
BIBLIOGRAFÍA	56

INTRODUCCIÓN

Ante las grandes transformaciones sociales, como la inserción de la mujer en el mundo laboral, los avances de la biotecnología con escasa normatividad en Colombia¹, así como diversos factores influyentes tales como la propagación de enfermedades de transmisión sexual, la temprana utilización de métodos anticonceptivos, entre otros, ha conllevado a que el ser humano haya sufrido alteraciones en su forma y condiciones de vida, lo que ha generado que hoy en día tanto hombres como mujeres encuentren serios problemas físicos, tales como infertilidad, esterilidad, al momento de querer formar la familia, en cualquiera de sus formas actuales, definida ésta en el Art. 42 de la Constitución Política como el núcleo fundamental de la sociedad, que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, y que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes².

En razón de lo anterior, el ser humano ha buscado diversas alternativas para obtener el fin deseado (tener un hijo), no posible naturalmente, pero con el deseo de que exista un vínculo de sangre, porque la adopción siempre ha sido una figura que conlleva a lograr el objetivo, no obstante es una forma donde el vínculo es únicamente civil, y como no hay opción de seleccionar los padres biológicos queda en riesgo la carga genética transmitida al menor por dichas personas que resultan totalmente desconocidas para quien decide acudir a esta institución. Entonces, es

¹ COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Resolución 8430 (4, octubre, 1993). Por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud. Bogotá: El Ministerio, 1993.

Solo se conoce la Resolución 8430 del 4 de octubre de 1993, que regula la investigación con humanos en Colombia.

² COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 42. Colombia: Alcaldía de Bogotá, 1991.

allí donde el hombre en su búsqueda encuentra la opción de las técnicas de reproducción asistida, entre las que están la fecundación in vitro³, la inseminación artificial⁴ y la maternidad subrogada o alquiler de vientre, la cual se experimentó inicialmente en Estados Unidos, Holanda y Suecia. La maternidad subrogada consiste, en que una mujer por su infertilidad, podía obtener una cepa viva después de un prolongado y costoso proceso de fertilización y de fecundación in vitro, una mujer que no tenga deseos de gestar, o de parejas del mismo sexo (hombres), que proceden a alquilar el vientre de una mujer para alojar la cepa durante el tiempo del embarazo hasta que nazca la criatura.

De la anterior técnica existen dos clases, cuya diferencia radica en la procedencia del óvulo:

a) Maternidad sustituta genética: se presenta cuando una mujer es inseminada artificialmente con el semen de un donante, para que una vez producido el parto, la mujer entregue el niño a una pareja. Generalmente el semen utilizado en el proceso es del cónyuge o compañero permanente de la pareja a la cual va a ser entregado el neonato.

³ La fecundación in vitro (FIV o IVF por sus siglas en inglés) es una técnica por la cual la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides se realiza fuera del cuerpo de la madre. La FIV es el principal tratamiento para la esterilidad cuando otros métodos de reproducción asistida no han tenido éxito. El proceso implica el control hormonal del proceso ovulatorio, extrayendo uno o varios ovocitos de los ovarios maternos, para permitir que sean fecundados por espermatozoides en un medio líquido. El ovocito fecundado puede entonces ser transferido al útero de la mujer, en vistas a que anide en el útero y continúe su desarrollo hasta el parto. WIKIPEDIA. Fecundación in vitro. [En línea]. Recuperado el 29 de marzo de 2015 en http://es.wikipedia.org/wiki/Fecundaci%C3%B3n_in_vitro.

⁴ Inseminación artificial es todo aquel método de reproducción asistida que consiste en el depósito de espermatozoides en la mujer o hembra mediante instrumental especializado y utilizando técnicas que reemplazan a la copulación, implantándolos en el útero, en el cérvix o en las trompas de Falopio, con el fin de lograr la gestación. WIKIPEDIA. Inseminación artificial. [En línea]. Recuperado el 29 de marzo de 2015 en http://es.wikipedia.org/wiki/Inseminaci%C3%B3n_artificial.

b) Maternidad sustituta gestacional: se presenta cuando una mujer gesta un embrión con el que no tiene vínculo genético, es decir su óvulo no fue utilizado en el proceso de fecundación.

Pero lo cierto es que los pocos casos que se han presentado en el país han estado mediados por un CONTRATO, en el cual las partes se comprometen: una a permitir la implantación del cigoto vivo y mantenerlo en excelentes condiciones de bienestar y calidad de vida. La otra parte, se compromete a brindar las condiciones y a pagar por ello. Cumplido el tiempo, la primera entregará la criatura y la segunda la recibe, asumiendo ser la madre legítima; pero hay situaciones en que es necesaria la intervención de la autoridad jurídica para dirimir el asunto. En Colombia sólo se ha conocido un único caso, tratado en la Sentencia T-968 de 2009⁵.

El presente estudio centrará su atención en la dialéctica existente entre el nasciturus, es decir aquel que ha sido concebido pero aún no ha nacido, y el neonato considerado como el que se ha separado totalmente de la madre. El primero hace parte de la madre de alquiler, el segundo, se lo pudieran disputar la subrogada y la madre contratante. Esto es problemático para la moral judeo-cristiana que se halla representada en el imaginario colectivo, pero aún más problemático para el derecho, a quien corresponde impartir justicia. Nuestro trabajo estará enfocado en este quehacer.

Así pues, teniendo en cuenta lo anterior, nuestra perspectiva la aportó la discusión entre el derecho y la moral, sobre un tema álgido para las dos disciplinas, como lo

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-968 (2009). Bogotá: 2009. Hasta el momento solo se ha presentado una sentencia de la Corte sobre este particular T-968/2009

es la maternidad subrogada, pero que en Colombia ha sido tratado con cierta timidez constitucional, lo cual podría interpretarse como una omisión o negligencia, que permea anomias y lagunas jurídicas, en tanto que esta práctica ni es aceptada plenamente, tampoco rechazada.

Consideramos que el primer aparte de este trabajo es de focalización, en tanto se centrará la reflexión en el nasciturus (antes del nacimiento) y en el neonato -sujeto de derechos- (después del nacimiento), en medio de la situación jurídica del “alquiler de vientres”, este es el núcleo central del trabajo monográfico, pues toda la argumentación mostrará el limbo jurídico de estas apreciaciones que hacen parte de la indeterminación conceptual de la práctica de la maternidad subrogada en Colombia, a la que se vería enfrentado el juez al momento de tomar una decisión al respecto.

El segundo y último aparte es la visión conclusiva. Se comparará la situación de la criatura resultado de la práctica de alquiler de vientres, con situaciones similares en entramados jurídicos de Chile y México. Sobre este particular se plantearán consideraciones y se propondrán recomendaciones.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Esta monografía pretende indagar por los dilemas morales inmersos en las decisiones judiciales en las cuales se ve comprometida la vida, en su comienzo, con el alquiler de vientres, y sus inmediatas consecuencias para el Bioderecho y la Bioética. Se examinará el Bioderecho en Colombia, en la forma inacabada de los *dilemas bioéticos sobre la maternidad subrogada* que dejan expuestas consideraciones entre la lógica y la retórica como dimensiones que perpetúan un viejo conflicto entre la moral y el derecho, en el entendido que la “Maternidad Subrogada”, tal como la define la Corte Constitucional en Sentencia T-968/2009, citando la doctrina al respecto: “Acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos del recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste”⁶. Con todo, es un tema controversial, por las múltiples representaciones simbólicas de la maternidad en el escenario del imaginario colectivo y su ascendente en el judeocristianismo. Pero muy especialmente porque en Colombia esa práctica está en medio de un vilo jurídico, ni está prohibida, tampoco abiertamente permitida. Entre lo uno y lo otro, hace parte de los adelantos de la biotecnología contemporánea que enfrentan a la moral y al bio-derecho.

Para esto, se sigue el método interdisciplinar de la Bioética en la resolución de dilemas, según Diego Gracia⁷ y Javier Sádaba⁸. La trascendencia del *Bioderecho* es teórico-práctica en los temas que evidencian la relación entre ciencia-humanismo y sus repercusiones en el ámbito biojurídico. Se trata de argumentos

⁶ *Ibíd.*, p.

⁷ GUILLÉN D.G. Introducción a la bioética. Siete ensayos. Bogotá: Editorial El Búho, 1991.

⁸ SÁDABA J. Lenguaje religioso y filosofía analítica. Madrid: Sígueme, 1977

con incidencia legal, lo cual requiere de una permanente reflexión no sólo desde el Derecho, sino también desde otras áreas del conocimiento, entre ellas la *Bioética*.

Se requiere conocer la influencia bioética en las ciencias humanas, específicamente en el derecho, entendido éste como ciencia en la que confluyen diferentes aspectos de la vida humana, especialmente su comienzo natural.

Se analizarán los “contextos” de reflexión, discusión y argumentación humanístico-jurídica, donde el tema del nasciturus en la práctica del alquiler de vientres es examinado a la luz del Derecho y del imaginario colectivo⁹. Se observará la aplicación de la bioética, no solo a nivel legal, sino también desde la jurisprudencia de las altas cortes frente al bioderecho, mediante una búsqueda de información, en la que se tomarán diversas fuentes para la construcción del marco teórico y para dotar de sentido las categorías objeto de este análisis.

Con base en lo mencionado en los párrafos anteriores, surge un interrogante, al cual se intentará dar respuesta a lo largo del presente trabajo: *¿Cuáles son los dilemas bioéticos a los que se vería enfrentado el Juez, al momento de definir un conflicto, respecto del nasciturus o el neonato como sujeto de derechos producto de la maternidad subrogada?*

⁹ Es un concepto creado por el filósofo griego Cornelius Castoriadis, usado habitualmente en ciencias sociales para designar las representaciones sociales encarnadas en sus instituciones. El concepto se usa habitualmente como sinónimo de mentalidad, cosmovisión, conciencia colectiva o ideología, pero en la obra de Castoriadis tiene un significado preciso, ya que supone un esfuerzo conceptual desde el materialismo para relativizar la influencia que tiene lo material sobre la vida social. Coca, Juan R. (Ed.) Las posibilidades de lo imaginario. Ediciones del Serbal, Barcelona.

Después que en 1976 el abogado Noel Keane de Michigan, pusiera en evidencia la posibilidad de que una mujer alquilara el vientre de otra para concebir un hijo, el concepto de maternidad cambió y se abrió una controversia que no termina, con ascendentes morales, sociales, jurídicos y políticos.

Los adelantos tecno-bio-científicos de la inseminación artificial son la base conceptual de la maternidad subrogada o de madres sustitutas. Esto acarrea un debate sin precedentes entre la moral y la bio-ética. Tal fue el caso en 1986 en los Estados Unidos con el caso "BABY M" en el cual, mediando un contrato, una madre sustituta decide no entregar el bebé, a la pareja contratante. Finalmente la Corte después de un álgido debate, decide entregarle la custodia del bebé al padre y conceder visitas domiciliarias a la madre biológica.

¿Qué prevaleció, el contrato o la maternidad? Y valga decirlo, en este caso la madre sustituta había sido inseminada con espermatozoides del varón de la pareja contratante, sin embargo, la Corte decide ofrecerle a la madre sustituta visitas domiciliarias.

Es cierto que los adelantos biotecnológicos mediante la reproducción asistida han suplido en parte graves problemas de infertilidad y esterilidad de muchas parejas. Pero el alquiler de vientres deja al descubierto tres puntos especiales del debate moral y jurídico. En primer lugar la pareja, los padres genéticos, que buscan solucionar el imperativo creacional humano. En segundo lugar la madre gestante, quien muchas veces movida por intereses económicos y otras, por intereses altruistas y filantrópicos es quien alquila o cede su vientre. Y en tercer lugar, y objeto de estudio de esta monografía; el nasciturus y el neonato como sujeto de derechos en la maternidad subrogada.

En Colombia no existe una ley que prohíba la maternidad subrogada, esto ha hecho aparecer organizaciones con ánimo de lucro ofreciendo estos servicios entre los cuales se cuenta: el alquiler del vientre de la madre gestante y la fecundación asistida, prácticas que se realizan a sabiendas que no se está violando la ley.

Muy a pesar de todo esto, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia proferida en el año 2009, concedió a una madre que alquiló su vientre, la visita a sus dos hijos gemelos que nacieron en el año 2006. Y a través del proyecto de ley 029 de 2003, se pretendía regular que el alquiler de vientres se convierta en una práctica ética permitida, siempre y cuando exista la justificación médico terapéutica¹⁰. Es necesario que el Estado controle esta práctica para que no se convierta en un negocio con ánimo de lucro, dejando en vilo al recién nacido.

Una vez esbozadas las razones que conllevaron a la reflexión de este tema, es necesario el planteamiento de objetivos generales y específicos sobre el asunto. En primer lugar, se identificarán los dilemas bioéticos a los que se vería enfrentado el Juez al momento de tomar una decisión respecto del nasciturus o el neonato como sujeto de derechos producto de la maternidad subrogada, a fin de establecer los criterios de decisión.

Para desarrollar lo anterior, resulta oportuno indagar acerca de los principios de la bioética con relación al nasciturus y al neonato en la práctica del alquiler de

¹⁰ COLOMBIA. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Proyecto de Ley 029 (11, febrero, 2003). Por la cual se modifica el ordenamiento civil colombiano regulando lo referente a procedimientos y técnicas científicas de procreación humana asistida y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D.C., 2003.

vientres, determinar los criterios de personalidad jurídica frente al nasciturus y al neonato, como resultado de la maternidad subrogada, y finalmente, establecer el test de proporcionalidad, aplicable a una decisión judicial respecto de esta práctica.

Según María Eumelia Galeano, toda investigación social como proceso de indagación, de reflexión, de construcción, de resignificación o sistematización de conocimiento, conoce un comienzo, un primer paso¹¹. Sin embargo este comienzo puede plantearse siguiendo por lo menos dos estrategias: la primera es entender el inicio como el primero de una serie de pasos sucesivos, siendo cada uno de ellos responsable o prerrequisito del siguiente. La segunda plantea que el comienzo es una tarea entre otras, siendo todas responsables y en modo alguno lineales.

La presente monografía intenta una formalización rigurosa y amplia del método analítico: escuchar, analizar e intervenir; además es la atención a la lógica interna de los dilemas morales enfrentados en las decisiones judiciales sobre el nasciturus en la práctica del alquiler de vientres. Es también la descripción de las tensiones existentes en la argumentación de frontera entre la *Bioética* y el *Bioderecho*. De igual manera, es partir del presupuesto de “Docta Ignorancia,” de apertura al saber del otro, para suspender las preconcepciones propias, para poder aprehender los sentidos del discurso del bioderecho y de la bioética. Se acude al enfoque cualitativo de investigación, combinando la estrategia de investigación documental, para la construcción de los referentes conceptuales frente a las relaciones entre bioética y bioderecho, con los dilemas sobre el nasciturus en el alquiler de vientres.

¹¹ GALEANO, María E. Investigación cualitativa. Medellín: Editorial EAFIT, 2004.

En este trabajo se aplicará la *hermenéutica* como método de análisis e interpretación del discurso de la bioética y el bioderecho frente a los dilemas morales. Se privilegiarán los planteamientos de Gadamer (1992) sobre *hermenéutica filosófica*, que pretenden comprender e interpretar las expresiones, representaciones y modos de ser del discurso biojurídico.

2. EL NASCITURUS Y EL NEONATO COMO SUJETO DE DERECHOS PRODUCTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Del latín **nondum natus**¹², se refiere el “nasciturus” de quién se constata que fue concebido, pero aún no ha nacido, hace parte de la madre que lo soporta. Es el resultado de las relaciones biológicas que inician el proceso de desarrollo con el embrión, posibilitando el adelanto del feto. Según la doctora Doris Adriana Vélez, gineco-obstetra de la Universidad de Antioquia¹³ el nasciturus en sus primeras etapas de morfología embrionaria no es estimable con la de un hombre completo, pero no hay duda de que se trata de un ser vivo.

En este aparte del texto se pretende identificar las implicaciones *bio-éticas* del nasciturus y su estatuto como persona. Con todo existe en el medio, una cierta manipulación lingüística¹⁴ que objeta la identidad del nasciturus como persona, incluso justificando su intervención por considerarlo material genético. Tal es el caso del informe Warnock (Inglaterra-1984)¹⁵, que argumentando su indeterminación en una etapa pre-embrionaria del nasciturus, asegura su invalidez como persona y por ende como sujeto de derechos.

Lo anterior puede contrastarse con la pretensión de que:

¹² MOLINER, María. Diccionario etimológico. Traducción literal del latín. Derecho Romano. “No nacido” Madrid: Trillas, 2009.

¹³ José Antonio García. Entrevista con la Doctora Doris Adriana Vélez. Departamento de Gineco-obstetricia, Hospital San Vicente de Paúl. Medellín. Entrevista a profundidad Viernes 3 de octubre de 2014.

¹⁴ Entiéndase como una expresión del imaginario colectivo.

¹⁵ PERAZZO, Gerardo y GARGIULO, Lilian. INFORME WARNOCK: REVISIÓN Y REFLEXIÓN BIOÉTICA A LOS 25 AÑOS DE SU PUBLICACIÓN. [en línea]. Recuperado el 15 de octubre de 2014 en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/informe-warnock-revision.pdf>

Unido pues el espermatozoide y el óvulo, tiene una nueva y exclusiva estructura informativa, que comienza a actuar como unidad individual, desarrollándose mediante la división celular, dando paso a las fases de mórula y blástula en el cual se produce la anidación del embrión; a partir de la anidación empieza ya la fase de organogénesis e histogénesis (formación de los tejidos y de los órganos)¹⁶

2.1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL NASCITURUS

La positivización de los derechos humanos fundamentales es para todos, sin que haya norma alguna que excluya al nasciturus. La dignidad humana y sus derechos son la base armónica de nuestro ordenamiento jurídico y esto ha sido acogido por las normas internacionales¹⁷

Este estudio ha de abordarse, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues si bien el concepto de persona es fundamental para las decisiones de derecho en Colombia, es muy perceptible su vacío conceptual en la Carta Constitucional. Con todo- pensamos los que realizamos este trabajo- que es correlativo el derecho a la vida con el concepto de persona y sobre el derecho a la vida, existen dos pronunciamientos contundentes de la Corte¹⁸.

¹⁶ SERRA, A. El Estado Biológico del embrión humano. ¿cuándo comienza el ser humano? Madrid: BAC, 1996. p. 573.

¹⁷ LÓPEZ, J., et al. El régimen constitucional español. Barcelona: Labor, 1996. p. 126.

¹⁸ La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este particular en la Sentencia C-133, del 17 de marzo de 1994 y en la Sentencia C-013 del 23 de enero de 1997.

La personalidad jurídica del “no nacido” constituye un elemento primordial a la hora de establecer una decisión en el contexto de la maternidad subrogada, sin embargo es menester advertir que sobre el nasciturus existe una ambigüedad jurídica, la misma que se hace expresa con la situación del alquiler de vientres en Colombia¹⁹.

La Corte ha sido recatada²⁰ sobre los conceptos jurídicos del nasciturus, por esto se han retardado decisiones importantes a la hora de preguntar por la identidad del “sujeto de derechos” como resultado de la maternidad subrogada, pues en las sentencias C-133 de 1994²¹ y C-013 de 1997²², así como en los salvamentos de voto se puede leer:

¹⁹ Sentencia T-968/09. Op. cit.

²⁰ Según el raciocinio de quienes realizamos este trabajo, la Corte no solo es timorata, sino que además ha sido “recatada”, esto quiere decir según el diccionario de la Real Academia de la Lengua: “Circunspecta” “Cauta”.
RAE. Recatada. [en línea]. Recuperado el 25 de octubre de 2014 en <http://lema.rae.es> Consultado el 25 de octubre de 2014.

²¹ En esta Sentencia la Corte concluyó. “Según la doctrina mayoritaria, la Constitución y el derecho internacional reconocen el derecho a la vida del nasciturus. La Corte equipara al no nacido a la persona humana y le otorga protección absoluta por ser expresión del valor de la vida. Estima que la vida humana es intrínsecamente valiosa por lo que resulta inaceptable moral y jurídicamente poner término a una vida ya iniciada. La mayoría niega la existencia de un derecho a la autonomía procreativa con fundamento en los motivos que pudo tener el Constituyente para no consagrar expresamente un derecho al aborto. Por último, la Corte resuelve, a priori y según una determinada concepción del valor de la vida, el conflicto de derechos e intereses entre el nasciturus y la madre, que se genera por circunstancias diversas y variadas, como la violación, el incesto, la malformación del feto o la amenaza a la vida o a la salud de aquélla”.
COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-133 (1994). Bogotá: 1994.

²² Esta Sentencia concluyó: La Corte soslaya en la sentencia el conflicto que subyace a la norma y resuelve de manera circular las aparentes disyuntivas que ella misma fórmula. El resultado del proceso constitucional, se infiere, desde el principio, sin necesidad de seguir o instaurar curso argumentativo alguno. En realidad, la sentencia se anticipa desde que se inician sus consideraciones, ya que desde entonces afloran los pre-juicios que serán definitivos para la decisión final, entre los cuales es suficiente aludir a los siguientes: la sanción del tipo especial del aborto atenuado, es “bastante benigna”; a partir de la concepción, no solamente se está frente a un organismo vivo, sino que éste es un sujeto autónomo de derechos; el aborto, sin distinciones, constituye un “repudiable” ataque contra la vida humana; la maternidad, independientemente de la causa, enaltece y “dignifica” a la mujer; el aborto, en todas las formas, es un acto intrínsecamente “inmoral”; el embrión es “víctima inocente”; la libertad procreativa, cuando se den las circunstancias especiales, equivale a darle a la mujer el derecho de asesinar a un ser humano.
COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-013 (1997). Bogotá: 1997.

- *El concebido no es persona, pero es titular del derecho a la vida.*
- *El concebido no es persona, tampoco titular de derechos; es titular de intereses.*
- *El concebido es persona y es titular del derecho a la vida.*
- *El concebido es objeto de protección jurídica.*

Las anteriores afirmaciones han de entenderse en el contexto, ya de la concepción natural, o de la asistida, siendo esta última la que nos ocupa en las decisiones sobre maternidad subrogada, obviamente por el objeto de este estudio. En Colombia existe un vacío jurídico sobre la fecundación asistida y muy especialmente en su influencia sobre el derecho de familia, siendo uno de los objetos de interés en este trabajo el concepto de filiación que se deriva de la práctica del “alquiler de vientres”.

2.2. LA FILIACIÓN

Es cierto que la maternidad subrogada en Colombia no cuenta con normatividad jurídica, y que han sido pocos los casos en los cuales la Corte ha intervenido. No existen estudios conocidos en los medios de divulgación nacional para vincular la filiación con la maternidad subrogada.

No existe una definición legal sobre la filiación, por tanto se deberá acudir a las definiciones jurisprudenciales. El término filiación proviene de la raíz latina filius, y

ha de definirse como: *“la dependencia de unas personas respecto de otras por haber sido engendradas por ellas”*²³ La Corte Suprema de Justicia sobre la filiación afirma:

El vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente o un descendiente de primer grado, encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo obviamente en la adoptiva, que corresponde a una creación legal²⁴

En otro aparte la misma Corte señala sobre la filiación: *“Es un estado civil y como tal, corresponde a la situación jurídica que un individuo ocupa en la familia y en la sociedad, estado que tiene en la maternidad y la paternidad su doble fuente”*²⁵

De otro lado, la Corte Constitucional en la Sentencia C- 109 de 1995 argumenta sobre la filiación: *“El derecho a la filiación, es decir, a establecer la relación de una persona con su familia; como elemento integrante del estado civil de las personas, es un atributo de la personalidad, y por ende es un derecho constitucional deducido del derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica”*.

²³ ANGARITA, Jorge. Lecciones de Derecho Civil. Bogotá: Editorial Temis. Cuarta edición, 1994. p.34

²⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de casación civil. Bogotá, marzo 28 de 1984. Mg. Ponente, Doctor Humberto Murcia Ballén. GJ. 2415. p. 108.

²⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de casación civil. Bogotá, febrero 3 de 1998. Mag. Ponente Dr. Pedro Lafont Pianneta. Ref. Expediente número 5000.

La filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo o hija con su padre o con su madre, vínculo que tiene fundamento, en principio, en un hecho natural, la procreación, pero que jurídicamente puede tener otras fuentes como la adopción o la reproducción asistida.

En la figura del alquiler de vientres se presentan serios interrogantes con relación al parentesco entre el niño nacido como resultado de esta práctica, la madre sustituta y la pareja que jurídicamente aparecerá como padres legítimos. Así pues, para establecer las relaciones entre el concebido y la madre sustituta, es conveniente diferenciar entre la maternidad sustituta gestacional y maternidad sustituta genética. En la primera la madre contratada recibe un embrión con el cual no tiene ninguna vinculación genética. En la segunda, el óvulo fecundado pertenece a la madre sustituta, por tanto el contrato debe contar con el anexo del consentimiento informado para entregar al niño nacido a la madre contratante. En algunos casos se protocoliza una adopción para evitar inconvenientes a futuro, en el dado caso que la contratada no quiera entregar al niño después del parto.

Sobre la adopción el Código de la Infancia y la Adolescencia expresa: “La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza²⁶.”

Debe de existir otro medio distinto a la adopción para dirimir el parentesco entre el concebido y la madre sustituta, para conjurar cualquier intento de reclamo de

²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 (8, noviembre, 2006) Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial. Bogotá., 2006. No. 46.4446.

consanguinidad. Con todo, y de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, la madre sustituta es considerada como la verdadera madre, por el hecho de haber dado a luz al niño resultado de una gestación por alquiler de vientre. La única forma de que esto no sea así, es mediante la invocación de un proceso de impugnación mediante sentencia judicial, según lo preceptúa el Art. 335 del C. Civil.

Finalmente, el dinamismo tecnológico y científico exige la amplitud de los conceptos jurídicos, como en este caso el de la filiación, donde las que contempla nuestro sistema jurídico son la biológica y la adoptiva, sin que sean criterios absolutos, pues en los casos de filiación asistida su fuente es la ciencia.

2.3. LA MATERNIDAD

El creciente avance de la genética, de la tecnología y de la biotecnología, así “también como el progreso de las telecomunicaciones” en los últimos 30 años, ha logrado cambios impensables en las rutinas de la vida ordinaria, hasta tal punto, que una situación connatural como la maternidad ha sufrido un gran impacto. Es pues necesario en este aparte, identificar y analizar el contrato de maternidad sustituta y sus posibles filiaciones.

Según el tipo de filiación se distinguen las siguientes clases de madre: la madre biológica, la madre gestante y la madre jurídica.²⁷

²⁷ La madre biológica que es aquella de la cual se extrae el óvulo. Se dará una maternidad biológica plena si la mujer que aporta el óvulo es la misma que aporta el vientre para el embarazo. La maternidad biológica parcial se da cuando una mujer aporta el o los óvulos para ser transferidos al vientre de otra mujer, lo que es llamado alquiler de vientre, o cuando una mujer aporta el vientre para que sea implantado el hijo o hija de otra

Los juristas norteamericanos: Dennis L. Breo y Noel P. Keane definieron el acuerdo de maternidad subrogada como el contrato de una mujer con una pareja casada, la cual se inseminará artificialmente con el semen del esposo que hace parte del matrimonio contratante. El fruto de esta unión será un bebe a cuya custodia renunciará para éste ser adoptado por la esposa de quien ofrendó su semen.²⁸

Así también Bernard Dickens afirma que este tipo de contrato se sugiere, cuando una mujer miembro de una pareja, no puede llevar a efecto un embarazo normal, por tanto alquila un vientre para la incubación en útero distinto al suyo, con el propósito que se desarrolle hasta su nacimiento, y ocurrido esto, lo entregue a la pareja con quien contrató²⁹

Sobre este tema se refirió el Jurista Francisco Yedó:

El derecho objetivamente no puede aceptar su licitud y legitimidad, porque repugna a los principios de orden público familiares aplicables a las relaciones interpersonales, ya que el objeto de este contrato de incubación en útero ajeno es la persona misma, y entendiendo que sería una vejatoria afrenta a su dignidad ser tratado como si fuera un objeto, o mercadería, algo de interés

persona. Aquí se hace un contrato entre los padres que quieren figurar como legales y la madre gestante. La madre gestante es aquella que porta el bebé en su vientre y también va a darlo a luz en el parto. La madre gestante es la única que puede reclamar la maternidad. En Inglaterra y Argentina también se reconoce el derecho a la madre gestante. ¿pero qué pasa si esa madre gestante, tiene el embarazo con un óvulo donado? Si hay un juicio de maternidad y se realiza una prueba biológica, al no haber identidad entre la madre biológica y la madre genética se puede originar el problema. La madre jurídica es la que registra el niño o niña como madre, que según nuestra legislación, debe ser la misma madre gestante, coincidencia que no se da en los casos de alquiler de vientre, tema no regulado aún por la ley.

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Filiación en el derecho de familia. [en línea]. Recuperado el 20 de octubre de 2014 en <http://es.Slideshare.net/.../filiación-en-el-derecho-de-familia-Colombia->

²⁸ KEANE, Noel y BREO, Dennis. *The Surrogate Mother*". New York, 1981. p. 12.

²⁹ DICKENS, Bernard. *Legal aspects of surrogate motherhood*. New York, 1987. p. 2 / 7

patrimonial, y no como alguien que constituye una finalidad per se, y no un medio objeto de satisfacción de pretendidos derechos individuales, tales como el derecho a ser madre o derecho al hijo ad arbitrium (a voluntad de uno)³⁰

De la misma manera se refirió la abogada Emilsen de Cansino:

En Colombia la ilicitud de objeto parece evidente dentro del sistema normativo actual. De un lado tenemos las normas penales que sancionan la entrega de menores cuando se han violado las disposiciones legales en materia de adopción; de otro, la norma del Código Civil que considera madre a la mujer que ha dado a luz. Tampoco se ha aceptado en la ley, o en la jurisprudencia, que el estado civil o los vínculos de filiación puedan ser objeto de relaciones negociables³¹

Sin duda estamos enfrentados a una ardua polémica, sí se defiende que el objeto del contrato de maternidad subrogada es lícito o ilícito, habrían posturas de parte y parte para justificar y condenar, con todo, es cierto que existe una ambigüedad jurídica al respecto, lo que ofrece una indeterminación por parte de la Corte Constitucional y una grave incertidumbre para quienes estén en medio del conflicto de intereses.

Es urgente que el Estado Colombiano regule las técnicas de reproducción asistida, pues los efectos civiles de este proceso científico no están normados. Solo existe la Resolución 8430 del 4 de octubre de 1993 la cual reglamenta la investigación con seres humanos y exige la observancia del consentimiento informado.

³⁰ YEDÓ, Francisco. Fecundación artificial y derecho. España: Editorial técnos, S.A., 1988.

³¹ GONZÁLEZ DE CANSINO, Emilssen. Los retos jurídicos de la genética. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 189.

Ahora bien, es pues importante para examinar el objeto de la maternidad subrogada en tanto sí es lícito o ilícito, que se evalúe la razón de la fecundación asistida³², y es que este procedimiento ofrece una alternativa a quien no puede tener un hijo por medios naturales; puede ser por medio del propio óvulo de la madre, fecundado por el padre, pero implantado en un vientre de alquiler. O también, el semen del padre que fecunda un óvulo de otra madre, *in vitro* e incubado y mantenido en el vientre de la madre de alquiler hasta el nacimiento.

Pero las personas no pueden ser objeto de contrato, por lo tanto el objeto es ilícito en las relaciones establecidas en la maternidad subrogada, pues con esto se violaría el derecho fundamental a la dignidad humana, dada la inalienabilidad de la misma. Pero también es cierto que las relaciones jurídico familiares poseen un nexo de restricción que para este caso es muy relevante.

³² En procedimientos de reproducción asistida se estimula hormonalmente a la mujer para recuperar de ella un número mayor de óvulos maduros susceptibles de ser fecundados con la consiguiente transferencia de más de un embrión. Las tasas de embarazo clínico están en directa relación con el número de embriones transferidos. Así, cuando se transfiere un embrión, la tasa de embarazo es un 10 a 12%, aumentando a 35% cuando se transfieren tres embriones. Las chances de embarazo están a su vez en inversa relación con la edad de la mujer. El número de embriones a transferir representa un arma de doble filo. Por una parte está la probabilidad de embarazo o eficiencia reproductiva y por otra parte están los riesgos de multigestación. En Chile no se desechan embriones de tal manera que se transfieren a la mujer todos los embriones que se han generado como consecuencia de la fecundación *in vitro*. Idealmente, en mujeres menores de 35 años deben transferirse tres embriones ya que ello da una tasa de embarazo de 35 a 45% con una tasa de multigestación extrema (triples o más) de tan sólo un 0.7%. En mujeres mayores de 35 años las tasas de gestación y multigestación disminuyen significativamente debido a una mayor proporción de óvulos anormales que dan origen a embriones que no tienen posibilidad de desarrollo posterior. En Chile la mediana en la edad de la mujer que se somete a estos procedimientos es 34.4 años y un 12% tiene 40 años o más. Es difícil establecer un número ideal de embriones a transferir. Estudios recientes demuestran que en mujeres menores de 35 años el 28% de los óvulos tienen alteraciones cromosómicas incompatibles con desarrollo posterior, esta tasa aumenta a 48% en mujeres de 38 o más años. Como puede desprenderse de este análisis, existe una condición biológica que opera en la naturaleza en forma espontánea al igual que en las condiciones artificiales generadas durante la fecundación *in vitro*. El desarrollo científico ha permitido entender con mayor profundidad el *modus operandi* de la naturaleza y adecuarse a esa realidad en el servicio al hombre. Tanto en el senado como en la prensa se han vertido expresiones tales como "desecho de embriones, fabricación de embriones destinados a morir y procurar la muerte premeditada de embriones". Este último argumento es especialmente grave ya que ha sido vertido al interior del senado usando como referencia declaraciones efectuadas por el Dr. Nathanson, un médico de Estado Unidos. Cfr. **Fernando Zegers Hochschild**. Universidad de Chile. Centro de Estudios

Es también necesario considerar que nuestra sociedad ha cambiado ostensiblemente en los últimos 30 años y que nuestro Código Civil es muy antiguo y no está en consonancia con los rumbos vertiginosos de la ciencia y la tecnología.

Conceptos como “calidad de vida” y “bienestar” están estimados en la situación de la maternidad subrogada, si bien están en primer plano los intereses de naturaleza de quien está llamado biológicamente a tener un hijo y no puede acceder a él por medios naturales, también es cierto que la obligatoriedad del contrato está estimada en la compensación beneficio, y ésta, en la retribución con dinero. Por tanto, la invocación de la práctica del alquiler de vientres es totalmente remunerativa, para quien contrata y el contratado, las tarifas y los tiempos hacen parte del acuerdo. Sin embargo existe una no disimulada asimetría, ¿la parte contratada accede a esta práctica por altruismo, filantropía o dinero? Ahora sí es por dinero, es porque existe una infranqueable necesidad económica y esto permearía de inmoralidad la práctica.

La ausencia de una normatividad clara y definida desde el Derecho para la maternidad subrogada, hace que esta práctica sea señalada como una indeterminación jurídica y al mismo tiempo como una ambigüedad para la parte contratante mediada por el lucro retributivo. Y el niño concebido sometido a una falta de identidad y de pertenencia familiar.

“La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero”³³

³³ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. (26, mayo, 1983). Bogotá, 1983. Art. 335.

La Corte Constitucional interpretó en la Sentencia T-968 de 2009 –sobre maternidad subrogada- que la circunstancia en la que realmente existe alquiler de vientre es cuando la madre embarazada no aporta su óvulo. Manifiesta que este acomodamiento no se encuentra prohibido por nuestra legislación y por el contrario tiene más preeminencias que la adopción, pues los padres hereditarios serán los progenitores jurídicos. En este asunto consideró que con el fin de modificar la presunción de maternidad por el hecho del alumbramiento, se debe ayudar con escritos de antecedentes: el registro civil de nacimiento, el contrato de maternidad subrogada y las pruebas genéticas de filiación. Por el contrario, la Corte Constitucional negó la validez del contrato por tener objeto ilícito, cuando la madre embarazada, además, aporta su óvulo y, por lo tanto, es la madre biológica y no puede ofrecerlo en venta³⁴. Falta por resolver, si sería legal el acuerdo cuando no se establece una retribución económica; ¿y sobre esto el mecanismo jurídico sería la adopción?, si es así, teniendo en cuenta el artículo 66 del Código de la Infancia y Adolescencia, el contrato estaría viciado de nulidad³⁵

³⁴ BERNAL, Julia Sandra. Reproducción asistida y filiación. En: Revista de Opinión Jurídica. Vol. 12, número 24. Julio – diciembre de 2013.

³⁵ "No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante" (Congreso de la República, 2006A, inc. 4 art.66).

3. DILEMAS DE LA BIOÉTICA Y EL BIODERECHO CON LA MATERNIDAD SUBROGADA

En el primer aparte se focalizó el problema de la maternidad subrogada en el nasciturus y el neonato como sujeto de derechos. Se buscó problematizar la situación del alquiler de vientres en el contexto jurídico. Ahora, el segundo aparte de esta monografía es de síntesis, tratando de unir el concepto de dignidad humana, con el nasciturus y el neonato como sujeto de derechos, en un escenario de dilemas que tensionan las relaciones entre bioética y bio-derecho como conclusión de este estudio.

3.1. UN CASO DE LEGISLACIÓN

En el caso del alquiler de vientres³⁶ la legislación colombiana ha demostrado una indeterminación normativa. A pesar que nuestra constitución es eminentemente liberal, resulta contradictorio que en materia de reproducción humana el legislador sólo haya expedido una norma al respecto³⁷, cuyo objeto de estudio es la reproducción humana.

La legislación colombiana es pasiva con la situación del alquiler de vientres, ya que no se encuentra ni prohibida, ni aprobada, por tanto, se considera que con la maternidad subrogada se está “cosificando” al nasciturus y al neonato como sujeto

³⁶ Actualmente la maternidad subrogada tiene cobertura jurídica en Israel, Australia, Brasil, Hong – Kong, Hungría, Holanda, Noruega, Corea, Nueva Zelanda, Sudáfrica y Estados Unidos. Véase: COTS. Página oficial. [en línea]. Recuperado el 15 de octubre de 2014 en <http://www.surrogacy.org.uk>

³⁷ Resolución 8430. Op. cit.

de derechos, porque al parecer de los investigadores se compromete la dignidad humana y filiación del resultado de esta acción: el niño; toda vez que éste al ser el objeto del contrato, se estarían transando con derechos inalienables, que atentan contra dicho principio.

La atribución axiológica de “servicio” y “uso” de la madre de alquiler, y de la función gestante como práctica respaldada por un contrato, hace prever tensiones entre el derecho y la moral.

La maternidad subrogada puede llegar a convertirse en una mercantilización, pues con la aceptación del contrato mediante el cual una mujer accede a gestar un embrión ajeno, se permite legalmente la compra de gametos. Un ejemplo de esto se evidencia con los datos de Michael J. Sandel, quien sostiene que la industria de la maternidad de alquiler de vientre mueve en Estados Unidos 40 millones de dólares anuales³⁸.

Según una visión liberal clásica³⁹, el contrato mediante el cual una mujer gesta por un precio un embrión ajeno, o vende sus óvulos, es una práctica ventajosa para ambos contratantes. Dicho de manera técnica, constituye una “mejora paretiana”, pues nadie sale beneficiado a costa del perjuicio de otro.

³⁸ SANDEL, M.J. Op. cit. p. 98

³⁹ El liberalismo clásico o primer liberalismo es un concepto usado para englobar las ideas políticas que suceden durante los siglos XVII y XVIII, contrarias al poder absoluto del Estado y su intervención en asuntos civiles, la autoridad excluyente de las iglesias, y cualquier privilegio político y social, con el objetivo de que el individuo pueda desarrollar sus capacidades individuales y su libertad en el ámbito político, religioso y económico. Los liberales clásicos se centran en las posturas más tradicionales del liberalismo. Es la corriente liberal opuesta al Neoliberalismo o "*Nuevo liberalismo*". El liberalismo clásico de Montesquieu y John Locke que influyó significativamente tanto en la Revolución gloriosa del Reino Unido como en la Independencia de los Estados Unidos y en los movimientos de los Girondinos en la Revolución Francesa. VAN DE HAAR, Edwin. Classical Liberalism and International Relations Theory: Hume, Smith, Mises and Hayek. New York: Palgrave MacMillan, 2009.

Un ejemplo de lo anterior se evidenció en el diario argentino La Nueva, el 8 de marzo de 2008 donde apareció publicado lo siguiente:

La ciudadana argentina Silvia Malacari, madre de ocho hijos e incapaz de disponer de una vivienda digna para su familia, se ofrecía como madre sustituta, para así obtener el dinero suficiente con que comprar su vivienda. A su ofrecimiento había respondido el abogado Alberto Víctor Domínguez y su mujer, que llevaban 14 años intentando infructuosamente ser padres⁴⁰

¿Por qué razón interferir en este contrato en el que todas las partes obtienen lo que anhelan?

Para Michel J. Sandel⁴¹, existe una estrategia argumentativa con la que oponerse a un mercado como el de los servicios de gestación, y es aquella que recuerda que, dadas las condiciones sociales subyacentes, no hay un consentimiento genuino por parte de quienes se ofrecen como madres de alquiler. Esa desigualdad de base provoca que sean las mujeres más desventajadas quienes acaben prestando esos servicios, y lo hacen en el fondo, porque no tienen alternativa. Este argumento Sandel lo denomina la coerción, pero no es en realidad una objeción de principio a la maternidad de alquiler, pues si las condiciones fueran otras – las de una sociedad igualitaria-, no habría razones para impedir el intercambio de gestación por dinero.

⁴⁰ Véase la edición digital del diario LA NUEVA. 8 de marzo de 2008. Recuperado el 12 de octubre de 2014 en <http://www.lanueva.com>

⁴¹ SANDEL, M.J. What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets. The Tanner Lectures on Human Values. USA: Brasenose College (Oxford), 1998. p. 98

Muchos de los que censuran la puesta a disposición del útero propio, a cambio de un precio, no objetarían que ese intercambio se realizara de manera altruista, entre dos hermanas por ejemplo, así lo manifiesta el bioeticista Pablo de Lora⁴².

En una sociedad como la colombiana, desigual e inequitativa, realizar un intercambio de bienes y servicios sobre el alquiler de un vientre, el costo beneficio resultaría igualmente desigual e inequitativo, por la falta de alternativas para la madre de alquiler, la cual se expone a este contrato para satisfacer su necesidad económica.

Además de lo anterior, la maternidad subrogada, cualquiera sea su motivación, genera en la criatura una indeterminación a la que es expuesta en su dignidad personal y en su filiación parental.

Con todo está presente en la maternidad subrogada la renuncia a la titularidad de un derecho; la madre de alquiler pierde autonomía y se somete 9 meses a gestar un hijo que por estipulación contractual no le pertenece, viendo menguada su libertad personal, pues se somete a las restricciones de quien contrata. Esto resulta inentendible en un Estado liberal⁴³ que defiende acérrimamente el valor de la autonomía personal.

⁴² DE LORA, Pablo. *Bioética Principios y Desafíos*. Madrid: Alianza Editorial, 2008. p. 87.

⁴³ La constitucionalización del Derecho, una de las características del Estado constitucional, ha supuesto el establecimiento progresivo del concepto del respeto a la dignidad humana en todas las normas del Derecho. Entre mayor sea la constitucionalización del ordenamiento jurídico, más extensos y profundos serán los efectos en la transformación y actualización de las normas que regulan las relaciones jurídicas. Debe recordarse que muchas de ellas surgieron en épocas en las cuales el poder vinculante directo de los derechos fundamentales no era concebible, y en las que la ley era la que determinaba su contenido, subordinando su alcance al contenido de las normas, y privándolos de toda autonomía. Antes había tanta Constitución como ley, pero hoy hay más Constitución que ley, y con ello se ve reforzado el papel del juez quien, en el ejercicio de sus funciones, debe garantizar que la supremacía de la Constitución sea respetada.

La madre de alquiler nunca es suficientemente consciente del vínculo que la gestación crea en ella y de su relación con el nasciturus, el cual tendrá que entregar cuando sea neonato. Esta situación desencadena en ella una crisis de repercusión psicológica y de daño moral⁴⁴.

Teóricos anglosajones como V. Javda y Max Charlesworth⁴⁵ desmienten el carácter del vínculo materno filial que se desarrolla a lo largo del embarazo y ponen en duda los daños psicológicos y morales de las madres sustitutas⁴⁶. Para esto se fundamentan en algunos estudios realizados en la universidad de Wisconsin entre el año 2010 y 2012.

Purdy⁴⁷ es una liberal anglosajona que defiende la maternidad subrogada mediante una dialéctica inusitada con la comparación de oficios, que en las sociedades democráticas son necesarios, pero que pudieran ser analizados desde una frontera paternalista como degradante, tales oficios son: Los de paramédicos que asean enfermos, ancianos, y practican colonoscopias; los que trabajan con aguas residuales, recogen basuras, limpian alcantarillas. De ninguna manera dice Purdy que la sociedad proscriba esos empleos, al contrario, los declara

LANCHERO, Juan Carlos. Del Estado Liberal, al Estado Constitucional. Bogotá: Universidad de La Sabana, 2009. p. 42.

⁴⁴ Así, Margaret Friedlander Brinig, "A Maternalistic Approach to Surrogacy: Comment on Richard Epstein's Surrogacy: The case for full contractual enforcement, Virginia Law Review. Vol. 81, 1995, pp. 2388-2389. Este fue el trasfondo de uno de los más célebres casos de incumplimiento del acuerdo de maternidad de sustitución que enfrentó al matrimonio de los Stern y a la señora Whitehead, con quien aquellos habían contratado la gestación y que llegó hasta la Corte Suprema del estado de New Jersey, tras una intensa batalla judicial: *In the matter of Baby. M 537 a. 2d 1227 (1988)*.

⁴⁵ Teóricos anglosajones contemporáneos, con trabajos sobre maternidad subrogada.

⁴⁶ JAVDA. Surrogacy: The Experience of Surrogate Mothers, Human Reproduction. Vol. 18, 2003, pp. 2196-2204. Citado por FABRE, Cécile. Whose Body is it anyway justice and the integrity of the person. New York: Oxford University Press, 2006. p. 194.

⁴⁷ PURDY, Laura. Reproducing Persons. Issues in Feminist Bioethics, Ithaca – Londres: Cornell University Press, 1996. p. 193.

necesarios. Incluso en algunos países de la Comunidad Económica Europea, tales oficios son reservados para emigrantes indocumentados provenientes de países subdesarrollados. Con todo, las desigualdades están presentes, muy a pesar que se pretenda que esos oficios se ejerzan de una manera digna.

El argumento de Purdy se centra en las prácticas socialmente valiosas con las que se contribuye al bienestar de los demás, pero las cuales están mediadas por el pago. Por tanto según ella, ni los médicos deben dejar de cobrar, ni los órganos solo se pudieran recibir por medio de donaciones, pues no existiría ninguna objeción para no hacerlo. A pesar de ello, olvida que las sociedades democráticas devienen su imaginario de un acervo cultural que está mediado por una postura moral del deber ser, en el cual el atributo de la dignidad humana es el fundamento. Lo cierto de todo esto, es que Purdy reconoce el alquiler de vientres como una práctica necesaria, relevante y sin ningún vicio de inmoralidad, para ello esgrime los ejemplos arriba anotados.

3.2. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO

Según el Doctor Francisco D'Mont⁴⁸ en el derecho comparado, la maternidad subrogada no ha recibido un tratamiento uniforme, lo que ha planteado dificultades a la hora de aplicar el derecho al caso concreto. Si bien, existen ciertos países donde la maternidad subrogada ha sido regulada por el derecho, como es el caso de México, ésta no es la regla general, ya que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos existe un vacío normativo respecto de la regulación de esta figura. Lo propio ocurre en Colombia y en Chile donde no existe normativa legal sistemática que regule expresamente la procedencia, límites y efectos de las técnicas de

⁴⁸ Director de la Escuela de Jurisprudencia de la Universidad de Valparaíso, Chile. 2009.

reproducción asistida, es por esto, que para determinar la viabilidad de la maternidad gestacional subrogada se debe recurrir a la interpretación de la normativa legal vigente.

Por lo anterior, seguidamente se abordará la posición normativa frente a la maternidad subrogada, tanto en Chile como en México.

3.3. CASO CHILENO

Optar por un vientre de alquiler en Chile comporta entonces riesgos, sin embargo no está prohibido por la ley. Según el Doctor Luis del Folsché, Decano de la Facultad de derecho de la Universidad Católica de Chile, no se dispone en este país de una ley sobre la maternidad subrogada. Ningún centro de fertilidad chileno propone esta opción, y aunque no sea tampoco ilegal, prevalece la discreción cuando un médico acepta ayudar a una pareja por vía de una gestación subrogada altruista. Alquilar un vientre no está prohibido por la ley, pero tampoco tienen validez los contratos de arrendamiento de vientre, por lo que muchos prefieren recurrir a esta figura en Estados Unidos, en los estados dónde se reconoce legalmente la paternidad por gestación subrogada.

La maternidad subrogada en Chile parece ser muy complicada por temas legales. El padre biológico podría llegar a que la paternidad le fuese reconocida en el caso de que la madre de alquiler estuviese soltera, pero su pareja no sería reconocida como segunda madre.

Para el doctor Cristóbal Antonio Santander⁴⁹ la maternidad es un estado de privilegio de la mayor parte de la población, sin embargo un porcentaje importante de la misma no lo posee, generando un estado de insatisfacción al no dejar descendencia, y donde la maternidad subrogada aparece como alternativa para concretar sus anhelos de ser padres, mediante un proceso artificial de reproducción, no exento de críticas⁵⁰. El argumento del Doctor Santander se explica, que dadas las características que presenta la maternidad subrogada contractual, - que obligaron a preguntarse si la libertad procreativa es disponible-, su ejercicio queda limitado por la dignidad del hijo y de la mujer gestante, dignidad humana que es reflejo, en el rechazo de la maternidad subrogada en España en el año 2011 y en el proyecto de ley chileno del año 2006 sobre sustitución de la maternidad, evidenciando su primacía respecto al derecho a procrear.

Según la Doctora Andrea Rail⁵¹ el Estado Chileno en cumplimiento de su deber de promoción y protección del derecho a la salud, permite el acceso a las técnicas de reproducción asistida. Es por ello, que resulta coherente en virtud del principio de igualdad, que todas las personas que presentan problemas de infertilidad o esterilidad, puedan acceder a la técnica de reproducción asistida, entre ellas la maternidad gestacional subrogada, de acuerdo al problema específico de infertilidad que les afecte, permitiendo de esta manera la protección de la salud sexual y reproductiva de forma efectiva.

La protección de la intimidad en la legislación chilena permite sostener que la decisión de someterse a las técnicas de reproducción asistida y en particular a la

⁴⁹ SANTADER, Cristóbal. El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad? Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado. Impresiones Universitarias, 2012.

⁵⁰ -----, Op. cit., pág. 43

⁵¹ RAIL, Andrea. Procedencia de la maternidad gestacional subrogada en el régimen constitucional chileno. Chile: Universidad de Valdivia, 2010. p. 83.

maternidad gestacional subrogada, incluido el proceso que ello implica, como una manifestación del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, constituye un ámbito comprendido dentro de la esfera de la vida privada de la persona y su familia, por lo que se impediría la interferencia de terceros en el ejercicio y disfrute de dichos derechos, los cuales forman parte del bloque constitucional⁵².

Como consecuencia de lo arriba enunciado, el Estado Chileno debe respetar la privacidad e intimidad del ser humano, permitiendo a cada individuo optar por la maternidad gestacional subrogada, según la apreciación personal acerca del atentado a la dignidad del ser humano que la maternidad gestacional subrogada supone, y no imponer un determinado enfoque ideológico, invadiendo, perturbando y limitando, un ámbito tan íntimo como lo es el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y consecuentemente la posibilidad de ser padres, así lo refiere la Doctora Gómez de la Torre en *“Principio de igualdad y la mujer casada”*

3.4. CASO MEXICANO

La ley de maternidad subrogada para el Distrito Federal de México, permite a mujeres gestar embriones biológicos de otra pareja sin fines de lucro. Fue aprobada con 40 votos a favor, 10 abstenciones y uno en contra por el pleno de la asamblea legislativa del Distrito Federal⁵³.

⁵² GÓMEZ, Mary Cruz. La fecundación in-vitro y la filiación. Chile: Universidad Católica de Chile, 2011. p. 34.

⁵³ ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL. Aprueban en comisiones Ley de Maternidad subrogada en el Distrito Federal. [en línea]. Recuperado el 20 de octubre de 2014 en <http://www.aldf.gob.mx/comsoc-aprueban-comisiones-ley-maternidad-subrogada-distrito-federal--6274.html>.

Al presentar el dictamen en nombre de comisiones unidas de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género, la diputada Maricela Contreras Julián⁵⁴ explicó que esta ley es un gran avance en el reconocimiento de los derechos, específicamente, los de salud sexual y reproductiva porque permite a las personas ejercer su derecho a la maternidad y paternidad de una manera informada y libre⁵⁵.

Contreras Julián explicó que en la ley se precisa, que la mujer que recurra a esta técnica de reproducción asistida debe tener una imposibilidad permanente o contraindicación médica, pues como se ha señalado, es una alternativa específica para problemas de infertilidad, aplicando esa práctica con las especificaciones que le son propias⁵⁶.

La maternidad subrogada en el Estado Federal de México, se realizará a través de un contrato ante notario público en el que se manifiesta el consentimiento de una mujer con capacidad de gestación para la implantación del embrión y el desarrollo del embarazo, hasta la terminación de éste, en beneficio de dos personas, unidas

⁵⁴ Del Partido PRI, abanderada de la propuesta de Ley.

⁵⁵ Maricela Contreras Julián, en 2006 tomó protesta como diputada federal por la LX legislatura vía mayoría relativa. En el periodo 2003 a 2006 fungió como diputada local en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en la III legislatura, fue presidenta de la comisión de Equidad y Género, fungió como vicepresidenta de la comisión de Población y Desarrollo e integrante de las comisiones de Desarrollo Social, Salud y Asistencia Social y la de Asuntos Político Electorales. En 1997 fue diputada suplente a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal por el XL distrito electoral cargo que concluyó en 2000. Para 1999 se desempeñó como consejera estatal del PRD en el DF. En 2000 fungió como coordinadora en el Comité Ejecutivo Estatal de las actividades de mujeres durante la campaña electoral del candidato a Jefe de Gobierno, Andrés Manuel López Obrador. Inició su carrera política en el periodo 1979 a 1981 fue secretaria de finanzas del Partido Comunista de México (PCM).

EL UNIVERSAL. EPN pide ir hacia adelante y superar dolor por Iguala. [en línea]. Recuperado el 23 de octubre de 2014 en <http://www.redpolitica.mx>

⁵⁶ CONTRERAS, Julián Maricela. Informe de la Legislatura V. México: Distrito Federal de Ciudad México, Julio 25 de 2011.

en matrimonio o concubinato⁵⁷ y aportan sus óvulos y espermatozoides para fertilizar y formar un embrión que se implantará en el útero de la mujer gestante. Se enfatiza que es sin fines de lucro entre las personas solicitantes y no genera ningún parentesco entre la mujer gestante y el menor nacido⁵⁸.

Durante el debate, el legislador Carlo Pizano⁵⁹ manifestó su preocupación: “No existe congruencia en esta ley que busca la vida y contiene un supuesto de muerte en su articulado, al señalar que si el embrión presenta una malformación congénita se procede a terminar el contrato que trae como objeto terminar su vida”.

Incluso comentó que este tema tiene relevancia federal y habrá que esperar a nivel local que toca resolver, ya que la actual propuesta no solucionaría muchos problemas que pudieran presentarse, como si el niño nace con otras características físicas, si los padres contratantes se arrepienten o si el pequeño nace enfermo o con malformaciones.

⁵⁷ Unión de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial A NINGUNA OTRA PERSONA, realizada voluntariamente, sin formalización legal para cumplir con los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad. La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones. No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común. Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se rehará concubinato. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Ciudad México, agosto 2009.

⁵⁸ CAMACHO, Javier Martín. Maternidad subrogada una práctica moralmente aceptable. Ciudad de México: Cámara de Diputados, medios de divulgación. 2014.

⁵⁹ Integró la V Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, la cual está conformada por los Diputados electos por los principios de Mayoría Relativa y Representación Proporcional. Inició sus funciones el día 15 de septiembre de 2009[1] y concluyó el día 14 de septiembre de 2012. Legisló en materia de maternidad subrogada.

La diputada del PRI⁶⁰ Alicia Téllez⁶¹ pidió un voto a favor de esta nueva ley⁶², ya que es el primer paso para dar certeza jurídica a los matrimonios y concubinatos que aportan su material genético a los niños y a las mujeres que prestan su cuerpo para hacer posible lo que para algunas personas es algo imposible. Recordó que en estados como California, Florida, Illinois, Nueva York, por citar algunos, cuentan con legislación relativa desde los años 80; España, Italia, Alemania, Rusia, desde el primer lustro de la década de los 90; siendo importante resaltar la legislación de la Federación Rusa, que ha logrado dar certidumbre y certeza a las partes interesadas.

El diputado del PRI, Octavio West⁶³, presentó diversas propuestas como modificar el artículo 16 que destaca que la mujer gestante deberá tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre biológica o el padre. Sin embargo, en la fracción II indica que en caso de no existir ninguna candidata que cumpla con dicha característica para participar, podrá participar cualquier mujer en la práctica de la maternidad subrogada⁶⁴.

⁶⁰ El Partido Revolucionario Institucional (PRI) es un partido político de México que mantuvo el poder político sobre dicho país de manera hegemónica entre 1929 y 1989, cuando perdió por primera vez una gubernatura, la del estado de Baja California (ante el candidato del PAN); posteriormente perdería la mayoría absoluta en la Cámara de Diputados en 1997 y la de Senadores en 2000. Desde 1929 todos los presidentes de México fueron miembros del PRI o sus partidos antecesores, hasta que se produjo la primera alternancia en el poder de manera pacífica en un siglo, en las elecciones federales del año 2000. ZAPATA, Gustavo. Historia gráfica de la Revolución Política México. 1900-2000. México: Trillas, 1992. p. 2196-2205.

⁶¹ Firmó la Ley de Maternidad Subrogada en México. Ley 0860, del 13 de mayo de 2007.

⁶² Se trata de la Ley de Maternidad Subrogada aprobada en México.

⁶³ El diputado priista Octavio West abrió el debate al solicitar la modificación del dictamen para garantizar que las personas que lleven a cabo el proceso de gestación subrogada se encuentren unidas en concubinato. EL UNIVERSAL. Op. cit.

⁶⁴ FREI, Alicia. Comentarios sobre la Ley 0860. Puebla de los Ángeles. México: Universidad de Anahuac, Facultad de Derecho. Editorial Jurídica, 2014.

En las discusiones del proyecto de Ley de Maternidad Subrogada se deliberó sobre el certificado de nacimiento del menor, pues sería el documento que expida el médico tratante en los términos de la ley de salud del Distrito Federal; en caso de la separación o fallecimiento de una o ambas personas solicitantes, durante la gestación, un Juez de lo Familiar resolverá la situación del menor conforme a las reglas sobre patria potestad, guardia, custodia y tutela establecidas en el Código Civil⁶⁵.

⁶⁵ Discusiones en el Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada en México. Distrito Federal, 2001. Congreso de la República.

3.4.1. Momento y forma en que se hace necesaria la intervención del juez en el tema de la maternidad subrogada

→ Incumplimiento de contrato

Pueden existir condiciones del contrato en la maternidad subrogada que resulten abusivas. Por ejemplo, padres contratantes que obliguen a la madre de alquiler a realizar pruebas de diagnóstico prenatal como la *amniocentesis*⁶⁶ y la estipulación de abortar en caso de que tal prueba revele la presencia de patologías en el feto no deseadas por los padres contratantes. ¿Puede rehusarse a ello la madre subrogada? ¿La obligaría a estos procedimientos un Juez de la República? Por la ambivalencia jurídica de este caso en Colombia, aún la jurisprudencia no se ha pronunciado al respecto.

Así también, que los padres contratantes impusieran cláusulas tendientes a observar una dieta exclusiva, un nivel de ejercicio impuesto, e inspecciones ginecológicas excesivas, y la madre subrogada no pudiera negarse a ello. Ahora en el habido caso que cambiara de opinión y se negara a entregar a la criatura, ¿un juez obligaría a la madre gestante a entregar el hijo?

Esas cláusulas contractuales abusivas que obligan a una intromisión intolerable de libertad personal de la madre subrogada durante el tiempo de gestación, ameritan que el Estado ejerza un control sobre esta práctica. Madres de alquiler obligadas a

⁶⁶ Es un examen que se puede realizar durante el embarazo para buscar anomalías congénitas y problemas genéticos en el feto. WIKIPEDIA. Amniocentesis. [En línea]. Recuperado el 29 de marzo de 2015 en <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003921.htm>

abortar cuando el feto tiene una patología y la renuncia a su derecho de maternidad una vez producido el nacimiento, son formas de alienación que subyacen en el contrato, sumado a esto, los daños psicológicos y físicos que la gestación indudablemente le pueda ocasionar.

→Herramienta para intervención judicial-el test de proporcionalidad

La Corte Constitucional en su jurisprudencia, tal como puede apreciarse en Sentencia C-033/14 ha definido el test de proporcionalidad como un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto. Establece tres pasos necesarios al momento de aplicar dicho test, que deben ser estudiados y superados íntegramente en este mismo orden, dado que si no superase alguno de ellos no podría abordarse el siguiente, y por ende el test en su conjunto. El primero de ellos es la evaluación de su idoneidad para obtener el fin constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente; necesidad, en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad.

La Constitución Colombiana contempla en su primer artículo, el principio del respeto por la dignidad humana, la que está presente en todos los derechos, aunque existe una dificultad para definirla claramente, pues es insuficiente el

concepto de autonomía personal, cuando aquella definición entra en conflicto con otra.

Ahora bien, concebir que la descendencia es un derecho que toda persona está llamada a ejercer y el Estado a preservar, pero en el caso del alquiler de vientres el principio de dignidad y el derecho a procrear entran en conflicto. Entonces ¿cuál sería la salida jurídica invocando el test de proporcionalidad?

La aplicación del test de proporcionalidad a la maternidad subrogada debe superar el caso que la tradición popular concedió a Salomón⁶⁷ y ha de centrarse en una visión neo-constitucional que dé cuenta de una nueva racionalidad jurídica que ofrezca como resultado efectos de ponderación y de garantía ante la ley⁶⁸.

Para ello, invocamos una triple dimensión que emerge de la lógica formal: Tesis, antítesis y síntesis, que según el raciocinio hegeliano, no solo es la mayor fuente de argumentación, sino además, es una postura lógica y retórica para este asunto.

⁶⁷Juicio de Salomón o salomónico, justicia, decisión o sabiduría de Salomón o salomónica, son denominaciones convencionales para un episodio bíblico muy tratado en el arte. Se narra en el Libro I de los Reyes (3: 16-28) y describe el recurso que utilizó Salomón, rey de Israel, para averiguar la verdad en un caso judicial que se le presentaba: la disputa entre dos mujeres, el hijo de una de las cuales había muerto; ambas decían ser la madre del niño vivo.

⁶⁸Teoría constitucional que surgió tras la segunda guerra mundial siendo los casos de la Constitución Italiana (1947) y Alemania (1949), de Portugal (1976) y de España (1978) y en Latinoamérica en los casos de la Constitución Brasileña de 1988 o la Colombiana de 1991 caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser ésta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos.
CARBONELL, Miguel. "El Neo-constitucionalismo en su Laberinto". En: Teoría del Neo-constitucionalismo, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2007. p. 9 – 10. También, CARBONELL, Miguel. "El nuevo tiempo para el Constitucionalismo". En: Neo-constitucionalismo (s). Madrid: Edición de Miguel Carbonell, Trotta, 2005. p.9

Tesis: La procreación es un derecho. Todo hombre está llamado ontológicamente y biológicamente a realizarse en su ser íntimo, mediante la experiencia de expandir su propia descendencia. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico⁶⁹.

Antítesis: La maternidad por alquiler puede ser: tradicional y gestacional. La primera se presenta cuando una mujer acepta quedar embarazada con la esperma de un hombre, y luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé fruto de ese procedimiento, se entiende que los padres del recién nacido son el hombre y su pareja. Por su parte, la subrogación gestacional existe cuando el esperma de un hombre se integra con el ovocito o huevo de su pareja, y el embrión que resulta de dicho procedimiento se implanta posteriormente en el útero de otra mujer. Estas modalidades también se conocen con el nombre de subrogación parcial y subrogación total. Tanto en una como en otra prevalece el contrato, que una vez nacida la criatura, la madre de alquiler entrega el hijo.

Síntesis: Las cláusulas contractuales son protegidas por la ley. La madre de alquiler debe entregar la criatura después del nacimiento, sino fuera así, un Juez de la República intervendría para solucionar jurídicamente el asunto, dando a los contratantes el derecho sobre la criatura. Para ello, han de observarse las dos reglas propias de la proporcionalidad que tienen más relevancia para este caso: *Regla de ponderación* lográndose el derecho a las voluntades consignadas en el contrato, firmado y consentido. *Regla de necesidad:* Sí bien la procreación es una necesidad sentida y satisfecha mediante un acuerdo, la madre de alquiler también es compensada, ya por realizar una acción filantrópica, o por dinero.

⁶⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Op. cit. Artículo 16.

Una vez establecida esta lógica formal, y para definir la salida jurídica idónea para este caso, es pertinente tener en cuenta unos criterios de ponderación, que permitirá en un caso concreto establecer qué derecho subsume a cual. Los referidos criterios son:

Criterio de probabilidad: pretende dar certeza de cuál es el principio que puede ceder ante el otro, produciendo el daño menor posible a los derechos fundamentales involucrados.

Criterio de eficacia: este hace referencia al grado de beneficio al interés protegido, y el perjuicio al afectado.

Criterio de la rapidez: hace alusión a que tan pronto se beneficia o se perjudica el interés constitucional en colisión.

Criterio de alcance: aborda el conjunto de posibilidades inmersas en los derechos fundamentales en la colisión que resultan favorecidos o perjudicados.

Criterio de la duración: alude a la cantidad de tiempo durante el cual se verá perjudicado o favorecido el interés constitucional.

Ahora bien, un ejemplo de la aplicación del referido instrumento, se encuentra evidenciado en la Sentencia T-968 de 2009 proferida por la Corte Constitucional,

la cual como único pronunciamiento que ha emitido dicha Corporación sobre maternidad subrogada, habrá de analizarse en este apartado.

Los hechos que dieron lugar a esta decisión se sintetizan de la siguiente manera:

La pareja residente en Estados Unidos conformada por Salomón, colombiano, y Raquel, dominicana, deseaban ser padres, por lo tanto, buscaron un centro de reproducción asistida en Colombia, por intermedio del cual contactaron a Sarai.

Inicialmente a Sarai le implantaron óvulos de Raquel, pero el tratamiento falló, de manera que volvieron a intentarlo utilizando los óvulos de Sarai y los espermatozoides de Salomón. Sarai quedó embarazada de gemelos, y Salomón le giraba mensualmente una suma para manutención y gastos médicos.

En marzo 21 de 2006 Sarai dio a luz a Samuel y David, los cuales fueron registrados con los apellidos de Sarai, y en diciembre del mismo año el Instituto de Bienestar Familiar le retiró la custodia de los menores y se la asignó de forma provisional a la tía paterna Isabel, porque los niños padecían de una afección gripal derivada del entorno en que se encontraba ubicada la casa de Sarai.

Salomón entabló procesos de privación de custodia y patria potestad en contra de Sarai.

Sarai decidió cambiar de domicilio para mejorar las condiciones de vida para sus hijos, su madre y su hija mayor, laborando como mercaderista y devengando un

salario mínimo. Mientras duró la separación provisional, visitó constantemente a sus hijos en la casa de la tía paterna.

Posteriormente Salomón presentó una demanda de permiso de salida del país de los menores. El Juez Décimo de Familia de la ciudad de Cali decidió otorgar el permiso de salida considerando que entre Salomón y Raquel hubo un contrato de alquiler de vientre.

Sarai interpuso tutela en contra de la decisión anterior, la cual fue conocida por el Tribunal Superior de Cali, quien concedió el amparo constitucional y ordenó al juez décimo emitir una nueva sentencia.

El juez de familia revocó el permiso de salida del país de los menores, en cumplimiento del fallo de tutela, pero insistió que Sarai no cumplía las condiciones para asumir la custodia y cuidado personal de los menores de acuerdo con los estudios socio familiares realizados, además resaltó que de acuerdo a los índices de pobreza tan altos que se presentan, el alquiler de vientres se ha convertido en tabla de salvación para muchas mujeres que a veces arriesgando su vida, prestan su cuerpo para que otros puedan ser padres.

Como la anterior sentencia fue expedida extemporáneamente, Sarai había iniciado incidente de desacato, dando como resultado que el Juez Constitucional impartiera al Juez Décimo proferir una sentencia en el término de 5 días hábiles. En esta el funcionario volvió a negar el permiso de salida del país de los menores, motivando su decisión con base en los puntos expresamente señalados en el fallo

emitido por el Tribunal en sede de tutela, insistiendo que los menores se encontraban en excelentes condiciones en el hogar paterno.

Salomón presentó acción de tutela en contra de las decisiones que negaron el permiso de salida, fallada a su favor por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, sala de Familia, que dejó sin efecto la sentencia de septiembre de 2009. La decisión del Tribunal fue revocada por la Corte Suprema de Justicia.

La apoderada de Salomón impugna la decisión de la Corte, y antes que se resolviera dicho recurso, el Juez Décimo dicta inexplicablemente una nueva sentencia, negando la salida del país de los menores, aduciendo que era requisito que se mencionara el tiempo de permanencia de los niños en el exterior, pues éste es temporal. No obstante, reitera que al señor Salomón se le debería conceder el permiso para llevar a sus hijos fuera del país, por reunir las condiciones necesarias para ello.

El caso llegó a revisión de la Corte Constitucional que fue seleccionado directamente y dentro de los argumentos más relevantes para aplicar el test de proporcionalidad, se consideran los siguientes:

- Artículo 44 de la constitución política: Menores de edad como sujetos de especial protección, y prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás.
- El deber hacia los menores prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica.

- El interés superior del menor encuentra sustento en instrumentos internacionales tales como; declaración de Ginebra en 1924, declaración universal de derechos humanos, declaración de derechos del niño en 1959, entre otros.

- Reglas para determinar en qué consiste el interés superior del menor:
 - ✓ Garantía del desarrollo integral del menor.

 - ✓ Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor.

 - ✓ Protección del menor frente a riesgos prohibidos.

 - ✓ Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base que prevalecen los derechos del menor.

 - ✓ Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor.

 - ✓ Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno – materno filiales.

- Idoneidad del grupo familiar, diferentes formas de familia.

- Las medidas estatales que impliquen la separación del niño de su familia, deben ser entendidas como excepcionales y su aplicación exige el sometimiento a los principios de graduación y racionalidad.

- Las condiciones económicas no constituyen razón suficiente para privar a los menores de la compañía de la familia biológica, deben existir motivos adicionales.

- El alquiler de vientre no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, pero ha sido definido por la doctrina como “El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este”. La mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos, si lo aportara estaríamos frente a la hipótesis de la mujer que se compromete a entregar su hijo biológico a cambio de una suma de dinero, la cual si está prohibida en nuestro ordenamiento por constituir trata de seres humanos.
- El niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre.
- En el ordenamiento colombiano no existe prohibición expresa para la maternidad subrogada. La doctrina considera que está legitimada jurídicamente esta práctica, con base en el artículo 42 inciso 4 de la constitución política.
- Necesidad urgente de regular la materia para evitar, entre otros, la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido.
- El juez décimo de familia parte de la base de la ineptitud moral, afectiva y económica de la madre, incumplió un contrato.

Una vez establecida la narración fáctica, y los principales argumentos de las decisiones judiciales, habrá de analizarse la aplicación del test de proporcionalidad por la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que este sólo resulta aplicable si la medida perjudica un derecho fundamental, en este caso perjudica el derecho fundamental a procrear en sentido amplio – gestar y conservación de la criatura.

En primer lugar se abordará la idoneidad, como primer paso de aplicación de la referida herramienta. Al respecto, la Corte optó por concederle el permiso al padre Salomón para sacar a los menores del país, como medida de solución al conflicto que dio origen a la acción constitucional. Esta medida resultó adecuada para lograr el fin constitucional que era la prevalencia del interés superior del menor, toda vez que según el criterio de la Corte, el núcleo familiar de Salomón proporcionaba a David y Samuel las condiciones más aptas para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

Además la medida fue necesaria, porque al no existir la posibilidad de convivencia conjunta entre Salomón y Sarai con los menores, dado que entre éstos no existía ninguna relación afectiva, y tener que definir un lugar donde los niños tuvieran un desarrollo integral, se hizo necesario conceder el permiso para que éstos habitaran con su padre y la esposa de éste, pero sin desconocer los derechos de la madre biológica, los cuales fueron garantizados con la obligación impuesta al padre de traer los menores al país tres veces al año a visitar a Sarai, y asumir todos los gastos que esto implicara, además en caso de ser necesario la presencia de Sarai en Estados Unidos al lado de sus hijos, Salomón sufragaría los medios económicos para dicho traslado.

Con esta decisión se sacrificó la posibilidad de la madre a tener el permanente cuidado de sus hijos, por ser este derecho el menos oneroso equiparándolo con la prevalencia del interés superior de los menores.

Finalmente, se analizará si la medida adoptada fue proporcional en el sentido estricto. Resulta claro que para el desarrollo integral de los menores es necesario la garantía de unas condiciones económicas, sociales, afectivas, y familiares,

estables, las cuales podían ser brindadas por el núcleo familiar de Salomón, de acuerdo al estudio socioeconómico realizado a Sarai, que arrojó dificultades en los ámbitos mencionados, ya que ésta sólo devengaba un salario mínimo, y tenía a su cargo a su madre y su hija de 5 años, razón por la cual resultaba más beneficioso proteger el interés de los menores que los perjuicios ocasionados a la madre.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Este estudio indagó por la práctica de la maternidad subrogada en Colombia en sus dos modalidades, la primera, la mujer que gesta y que da a luz, aporta su material genético, pero ha contratado en entregar el producto de gestación a la persona delegante, la segunda, la mujer que gesta y que da a luz, no aporta su material genético y ha convenido en entregar el producto de la gestación a la persona delegante.

En la primera, la maternidad es por simple sustitución, y en la segunda es maternidad por sustitución en la gestación, esta última podría ser admitida jurídicamente, porque la primera es una violación al artículo 17 de la Constitución Política: “Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de personas en todas sus formas”.

Si una mujer entrega su hijo biológico en virtud de un negocio jurídico de maternidad subrogada –lo es porque lleva su información genética- pues es la productora del óvulo fecundado, su acto no es cosa distinta a **la trata de un ser humano**.

La sustitución en el embarazo es una posibilidad jurídica, pues permite hacer efectivo el derecho a la reproducción. En Colombia la maternidad por sustitución en la gestación no está disciplinada legalmente, aunque ha habido varios intentos de regularla al amparo de un estatuto de la procreación humana asistida. El legislador colombiano ha sido reacio en regular la maternidad por sustitución, influenciado quizá por algunos factores religiosos, sociales y políticos.

El derecho al hijo, se enfoca desde el punto de vista del adulto, de las personas que consideran tener el derecho a reproducirse, lo cual lleva a considerar al menor como un objeto y no como un sujeto. La “cosificación” del ser humano es uno de los precios que se paga en beneficio de la procreación artificial. Si figuras jurídicas como la patria potestad y la adopción, que aparecieron en el derecho romano para beneficiar al pater-familiae o al que no tenía descendencia para que recibiera su herencia, fueron transformándose en instituciones que cada vez más se preocupan por el bienestar de los hijos, sean naturales o adoptivos, no se encuentra la razón para que la inseminación artificial no atienda de manera preeminente a los derechos del menor que nazca como consecuencia de una inseminación artificial.

La filiación es una institución jurídica que ordena las relaciones familiares, del hijo con el padre y la madre, y el parentesco es aquel que lo vincula con todo el grupo familiar paterno y materno. El ignorar los orígenes genéticos puede causar graves lesiones psicológicas a una persona sana, es por eso que se requiere que éste nazca y crezca en el seno de una familia estable.

La visión colombiana de frente a la maternidad subrogada, ha sido analizada o construida a partir del único pronunciamiento que ha emitido la Corte Constitucional y el intento legislativo presentado. En este sentido, se acepta la celebración de contratos de maternidad subrogada, aunque sometida al cumplimiento de ciertas obligaciones ordenadas a la protección del recién nacido y evitar la explotación de la madre gestante.

Las críticas de las posturas más moderadas sobre la maternidad subrogada, ponen el acento en preguntas tales como: ¿Qué sucede si la madre sustituta o los

padres contratantes cambian de parecer y se arrepienten? ¿Qué pasa en el caso de un nacimiento múltiple? ¿Qué sucede si el niño nace con una grave discapacidad o enfermedad? ¿Es aceptable el pago o la gratificación económica? ¿Cuáles son los derechos del niño en estas situaciones?; interrogantes que representan unos de los tantos dilemas a los que se vería enfrentado el juez, los cuales resultan pertinentes, y es importante atenderlos, por eso creemos que el Estado debe legislar y controlar la maternidad subrogada para evitar abusos y prevenir los potenciales problemas que pudieran surgir en el proceso y así mismo brindar acompañamiento a las partes involucradas, incluso luego del nacimiento.

El contrato de maternidad sustituta es legítimo, en la medida en que ayuda al ser humano a cumplir sus expectativas, pues le brinda la posibilidad de concebir y criar un hijo genéticamente suyo, aunque haya sido gestado por otra mujer. Pero al mirar esta posibilidad con un carácter comercial y económico, deja de lado el altruismo y la filantropía que este propósito tenía, para ajustarse a una realidad donde lo que predomina es el sentido mercantil sobre el sentido humano, es en esta situación donde aparece la discrepancia con el adelanto positivo, y con la fragilidad de la persona.

Ante los dilemas anteriormente planteados, y a sabiendas que el contrato de maternidad subrogada es legítimo, en caso que llegara ante el juez un litigio de esta naturaleza, se vería éste en la necesidad de motivar su decisión con apoyo en el test de proporcionalidad, a razón que en este tipo de situaciones no existen unas generalidades, sino que cada caso específico tiene particularidades que obligan al juez a ponderar los principios constitucionales inmersos en el caso concreto, partiendo del postulado que ninguno de ellos tiene jerarquía superior al otro, y que por lo tanto estudiando la colisión que se enfrenta, el funcionario

deberá optar por la decisión en la cual el principio seleccionado represente un mayor beneficio que el perjuicio del no escogido.

Finalmente, no puede negarse que la práctica de la subrogación es una realidad, y por tanto el derecho, como herramienta reguladora de las acciones sociales, debe asumir una postura determinada frente a esta práctica. En este sentido, la aproximación mexicana al contrato de maternidad subrogada puede servir como fuente inspiradora para el entramado jurídico colombiano que carece de un tratamiento legislativo y jurisprudencial frente a esta materia, aunque sin olvidar que serán nuestras condiciones morales, sociales y políticas las que determinen su manejo.

BIBLIOGRAFÍA

ANGARITA, Jorge. Lecciones de Derecho Civil. Bogotá: Editorial Temis. Cuarta edición, 1994.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL. Aprueban en comisiones Ley de Maternidad subrogada en el Distrito Federal. [en línea]. Recuperado el 20 de octubre de 2014 en <http://www.aldf.gob.mx/comsoc-aprueban-comisiones-ley-maternidad-subrogada-distrito-federal--6274.html>.

BERNAL, Julia Sandra. Reproducción asistida y filiación. En: Revista de Opinión Jurídica. Vol. 12, número 24. Julio – diciembre de 2013.

CAMACHO, Javier Martín. Maternidad subrogada una práctica moralmente aceptable. Ciudad de México: Cámara de Diputados, medios de divulgación. 2014.

CARBONELL, Miguel. “El Neo-constitucionalismo en su Laberinto”. En: Teoría del Neo-constitucionalismo, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2007.

CARBONELL, Miguel. “El nuevo tiempo para el Constitucionalismo”. En: Neo-constitucionalismo (s). Madrid: Edición de Miguel Carbonell, Trotta, 2005.

COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. (26, mayo, 1983). Bogotá, 1983. Art. 335.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 (8, noviembre, 2006) Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial. Bogotá., 2006. No. 46.4446.

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 42. Colombia: Alcaldía de Bogotá, 1991.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Ley 0860 (13, mayo, 2007). Bogotá: 2007.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-968 (2009). Bogotá: 2009.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-013 (1997). Bogotá: 1997.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-133 (1994). Bogotá: 1994.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de casación civil. Bogotá, febrero 3 de 1998. Mag. Ponente Dr. Pedro Lafont Pianneta. Ref. Expediente número 5000.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de casación civil. Bogotá, marzo 28 de 1984. Mg. Ponente, Doctor Humberto Murcia Ballén. GJ. 2415.

COLOMBIA. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Proyecto de ley 029 (11, febrero, 2003). Por la cual se modifica el ordenamiento civil colombiano regulando lo referente a procedimientos y técnicas científicas de procreación humana asistida y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D.C., 2003.

COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Resolución 8430 (4, octubre, 1993). Por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud. Bogotá: El Ministerio, 1993.

CONTRERAS, Julián Maricela. Informe de la Legislatura V. México: Distrito Federal de Ciudad México, Julio 25 de 2011

COTS. Página oficial. [en línea]. Recuperado el 15 de octubre de 2014 en <http://www.surrogacy.org.uk>

DE LORA, Pablo. Bioética Principios y Desafíos. Madrid: Alianza Editorial, 2008.

DICKENS, Bernard. Legal aspects of surrogate motherhood. New York, 1987.

EL UNIVERSAL. EPN pide ir hacia adelante y superar dolor por Iguala. [en línea].
Recuperado el 23 de octubre de 2014 en <http://www.redpolitica.mx>

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Filiación en el derecho de familia. [en línea]. Recuperado el 20 de octubre de 2014 en <http://es.Slideshare.net/.../filiación-en-el-derecho-de-familia-Colombia->

FREI, Alicia. Comentarios sobre la Ley 0860. Puebla de los Ángeles. México: Universidad de Anahuac, Facultad de Derecho. Editorial Jurídica, 2014.

GARCÍA, Jose Antonio. Entrevista con la Doctora Doris Adriana Vélez. Departamento de Gineco-obstetricia, Hospital San Vicente de Paúl. Medellín. Entrevista a profundidad. Viernes 3 de octubre de 2014.

GALEANO, María E. Investigación cualitativa. Medellín. EAFIT, 2004

GALEANO, María Eumelia. Construcción de proyectos de investigación cualitativa. Medellín: Facultad de Ciencias Sociales y Humanas. Universidad de Antioquia, 2006.

GÓMEZ, Mary Cruz. La fecundación in-vitro y la filiación. Chile: Universidad Católica de Chile, 2011.

GONZÁLEZ DE CANSINO, Emilssen. Los retos jurídicos de la genética. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995.

GUILLÉN D.G. Introducción a la bioética. Siete ensayos. Bogotá: Editorial El Búho, 1991.

JAVDA. Surrogacy: The Experience of Surrogate Mothers, Human Reproduction. Vol. 18, 2003, pp. 2196 -2204. Citado por FABRE, Cécile. Whose Body is it anyway justice and the integrity of the person. New York: Oxford University Press, 2006.

KEANE, Noel y BREO, Dennis. The Surrogate Mother. New York, 1981.

LA NUEVA. 8 de marzo de 2008. Recuperado el 12 de octubre de 2014 en <http://www.lanueva.com>

LANCHERO, Juan Carlos. Del Estado Liberal, al Estado Constitucional. Bogotá: Universidad de La Sabana, 2009.

LÓPEZ, J., et al. El régimen constitucional español. Barcelona: Labor, 1996.

MEDLINE PLUS REVISTA MÉDICA. Amniocentesis. [En línea]. Recuperado el 29 de marzo de 2015 en <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003921.htm>

MOLINER, María. Diccionario etimológico. Traducción literal del latín. Derecho Romano. “**No nacido**” Madrid: Trillas, 2009.

PERAZZO, Gerardo y GARGIULO, Lilian. INFORME WARNOCK: REVISIÓN Y REFLEXIÓN BIOÉTICA A LOS 25 AÑOS DE SU PUBLICACIÓN. [en línea]. Recuperado el 15 de octubre de 2014 en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/informe-warnock-revision.pdf>

PURDY, Laura. Reproducing Persons. Issues in Feminist Bioethics, Ithaca – Londres: Cornell University Press, 1996.

RAE. Recatada. [en línea]. Recuperado el 25 de octubre de 2014 en <http://lema.rae.es> Consultado el 25 de octubre de 2014.

RAIL, Andrea. Procedencia de la maternidad gestacional subrogada en el régimen constitucional chileno. Chile: Universidad de Valdivia, 2010.

REVISTA CHILENA DE DERECHO. Chile: Universidad Católica de Chile, 2010.

SÁDABA J. Lenguaje religioso y filosofía analítica. Madrid: Sígueme, 1977

SANDEL, M.J. What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets. The Tanner Lectures on Human Values. USA: Brasenose College (Oxford), 1998.

SANTADER, Cristobal. El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad? Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado. Impresiones Universitarias, 2012.

SERRA, A. El Estado Biológico del embrión humano. ¿Cuándo comienza el ser humano? Madrid: BAC, 1996.

VAN DE HAAR, Edwin. Classical Liberalism and International Relations Theory: Hume, Smith, Mises and Hayek. New York: Palgrave MacMillan, 2009.

WIKIPEDIA. Fecundación in vitro. [En línea]. Recuperado el 29 de marzo de 2015 en http://es.wikipedia.org/wiki/Fecundaci%C3%B3n_in_vitro.

WIKIPEDIA. Inseminación artificial. [En línea]. Recuperado el 29 de marzo de 2015 en http://es.wikipedia.org/wiki/Inseminaci%C3%B3n_artificial.

YEDÓ, Francisco. Fecundación artificial y derecho. España: Editorial técnica, S.A., 1988.

ZAPATA, Gustavo. Historia gráfica de la Revolución Política México. 1900-2000. México: Trillas, 1992. p. 2196-2205.