

**FILIACION Y CONTRATOS DE GESTACION DE VIDA HUMANA POR
SUSTITUCION DE VIENTRE: UN ANÁLISIS ÉTICO-JURÍDICO**

Inés Yohanna Pinzón Marín

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Magister en Bioética**



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

INSTITUTO DE BIOÉTICA

MAESTRIA EN BIOÉTICA

Bogotá, Colombia

2015

**FILIACION Y CONTRATOS DE GESTACION DE VIDA HUMANA POR
SUSTITUCION DE VIENTRE: UN ANÁLISIS ÉTICO-JURÍDICO**

Inés Yohanna Pinzón Marín

Director

Dr. Eduardo Rueda Barrera

Instituto de Bioética



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

INSTITUTO DE BIOÉTICA

MAESTRÍA EN BIOÉTICA

Bogotá, Colombia

2015

NOTA DE ADVERTENCIA

Artículo 23 de la resolución No 13 de julio de 1946 “La universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velara porque no se publique nada contrario al dogma y la moral católica y porque las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo por buscar verdad y justicia”

A Omar y Andrés Felipe,

Por permitirme ser parte de la familia que decidimos construir

Agradecimientos

Ningún trabajo académico es posible de ser realizado sin el sustento de quienes poseen el conocimiento, de allí que se acuda a los auténticos maestros, quienes con su saber permean en sus discípulos de manera tan entrañable, que les permiten convertirse en mejores personas, en mejores seres humanos.

Sin maestros como Guillermo Hoyos, la reflexión de estos tiempos no tendría el mismo valor; ser más humanos es sin duda su mayor enseñanza, una enseñanza que vale la pena ser enseñada. A él mi más grande agradecimiento donde quiera que “los no musicales religiosos” descansen.

A Eduardo Rueda, por su enorme generosidad, por permitirme ser libre para pensar, pero sobre todo por permitirme pensarme como un ser libre; sin sus consejos, dedicación y devoción académica este trabajo no sería.

A mi familia, especialmente a Omar y Andrés Felipe, por permitir ausencias de su esposa y madre en momentos importantes, sacrificando parte de su felicidad con el fin altruista y solidario de ver feliz a este ser humano y amarle de la manera en que lo hacen.

A mi madre y mi padre, porque sin ellos nada tendría el mismo sentido, por ellos creo en lo que creo aunque no tengamos los mismos argumentos de defensa; su amor, dedicación, paciencia y más paciencia, son semillas que quedan para ser sembradas en mi hijo.

A todos los profesores del Instituto de Bioética de la Universidad Javeriana, por compartir sus enseñanzas de manera libre, abierta, espontánea, serena, humana: Olga, Nelson, Efraín, German, Edwin, Lida, muchas gracias. Igualmente a todas las personas que trabajan en este Instituto y lo hacen sencillamente acogedor.

Finalmente a cuatro personas que han sido la voz de aliento en la penumbra de un desistimiento a este proyecto: el profesor Armando Duque, por las largas horas en que me escuchó y asesoro serenamente, a Héctor Villarraga por enseñarme la construcción del don de la paciencia y el valor de escuchar a “*los otros*”, a John Jairo Méndez, por ser el amigo no disciplinar perfecto para una disertación y a Marcela Barragán con quien aprendí que no son necesarios los lazos de sangre para considerarnos hermanas.

*Y una mujer que llevaba un niño
Contra su pecho dijo,*

*Háblanos de los hijos.
Y él contestó:*

Vuestros hijos no son vuestros hijos.

*Son los hijos y las hijas de los anhelos
Que la Vida tiene de sí misma.*

*Vienen a través de nosotros, más no de
Vosotros, y aunque vivan con vosotros no
Os pertenecen.*

*Podéis darles vuestro amor, más no
Vuestros pensamientos,
Porque ellos tienen sus propios pensamientos.*

*Podéis dar albergue a sus cuerpos
Más no a sus almas,
Porque sus almas moran en la casa del
Mañana, que ni aun en sueños os es dado
Visitar.*

*Podéis esforzaros ser como ellos,
Más no intentéis hacerlos como vosotros.
Porque la vida no marcha hacia atrás,
Ni se detiene en el ayer.*

*Vosotros sois el arco por medio del cual
Vuestros hijos son disparados como flechas vivas.*

*El arquero ve el blanco en el sendero
Del infinito, y os dobla con toda su fuerza
A fin de que sus flechas vayan veloces y lejos.*

*Que el hecho, pues, de estar doblados
En manos del arquero sea para vuestra
Dicha;*

*Porque así como él ama la flecha que
Dispara, ama también el arco que permanece firme.*

El profeta, Jalil Gibran

Tabla de contenido

	Pág.
<u>Introducción</u>	9
<u>Capítulo1. Aceptabilidad Moral y jurídica de la técnica de gestación de Vida Humana por sustitución de vientre</u>	16
<u>Múltiples denominaciones a la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre</u>	16
<u>Sobre la aceptabilidad moral de la técnica</u>	26
<u>Perspectiva utilitarista</u>	26
<u>Perspectiva desde las teorías que promueven la libertad</u>	30
<u>Perspectiva desde las teorías deontológicas</u>	33
<u>Perspectivas feministas</u>	36
<u>De la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre a su desarrollo a través de la figura del contrato</u>	40
<u>De los elementos esenciales del contrato aplicables a los contratos de gestación de vida humana por sustitución de vientre</u>	44
<u>La capacidad</u>	44
<u>El consentimiento</u>	47
<u>La causa lícita</u>	52
<u>El objeto lícito</u>	55
<u>Del contenido y forma del contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre</u>	59
<u>Condiciones que comprometen la aceptabilidad ético-jurídica del contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre.</u>	63
<u>Las personas que tienen acceso a la técnica</u>	72
<u>El proceso de selección y compensación a la gestante por sustitución</u>	74

<u>Capítulo II. Cuestiones ético-jurídicas conexas: autonomía, integridad personal y trata de personas.</u>	78
<u>La autonomía y su concepto a luz de la jurisprudencia colombiana</u>	78
<u>Autonomía, disposición del propio cuerpo e integridad personal</u>	82
<u>Del nacimiento de un niño genéticamente no identificable con los padres hacia la aparente configuración del delito de trata de personas</u>	84
<u>Capítulo III. De la filiación y la confrontación de los derechos a la reproducción y el interés superior del niño</u>	90
<u>De la institución jurídica de la filiación</u>	90
<u>La filiación materna en Colombia</u>	95
<u>Alternativas para determinar la filiación materna resultado de la técnica de gestación por sustitución</u>	98
<u>El derecho a la reproducción humana y su especial relación con la mujer</u>	103
<u>La reproducción humana en la disyuntiva de derecho o libertad</u>	106
<u>El principio de prevalencia de los derechos de los niños como limitante de la reproducción humana.</u>	115
<u>Conclusiones</u>	124
<u>Referencias Bibliográficas</u>	

Introducción

Con el advenimiento de nuevas técnicas que permiten la reproducción humana asistida, se han procreado miles de bebés que han aliviado la angustia de quienes tiempo atrás hubieran tenido que abandonar la idea de tener hijos. Sin embargo, también ha creado un mundo donde un hombre muerto puede dejar embarazada a una mujer que jamás conoció, o una mujer puede alquilar un vientre para tener el hijo de otros o un niño puede tener hasta cinco padres y, aun así, terminar en un hogar sustituto.

Desde finales del siglo XX, la concepción humana puede prescindir de un acto sexual o relación coital. Existen variadas e inusitadas formas de procrear: la tecnología nos permite hablar de fertilización in vitro, inseminación artificial, donación de óvulos, donación de espermatozoides, alquiler de vientres, entre otras. Estas posibilidades se denominan técnicas de reproducción humana asistida (TRA) y no son más que el conjunto de procedimientos por medio de los cuales un equipo médico contribuye al encuentro de los gametos femeninos y masculinos con fines reproductivos¹; además, suelen ser admitidas como parte de los tratamientos terapéuticos de los que dispone el médico.

En principio, el desarrollo de estos procedimientos obedeció a la necesidad de parejas que querían procrear y que por problemas diversos no era posible que lo hicieran a través de la relación coital; de tal forma, su surgimiento fue visto como necesario y justificado. Sin embargo, conforme el uso de las técnicas aumentaba, se empezaron a avizorar problemas éticos, que conllevaron a plantear profundas reflexiones que Casado (1997, p.37) resume en las siguientes: la protección de los derechos humanos de los implicados, los problemas de los donantes, el estatuto del embrión, el diagnóstico prenatal, la información y el consentimiento de la mujer, la distribución de recursos y la igualdad de acceso a las técnicas. Esto sin contar el hecho de que las técnicas también se

¹ Bajo el nombre TRA se integran los diferentes procedimientos que pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción. (Luna, 2008, p. 282).

habían convertido en un lucrativo negocio, cubierto por quienes poseen los suficientes recursos económicos suficientes para acceder a ellas.

Parte de los cuestionamientos generales a las técnicas de reproducción humana asistida, pueden radicar en la idea de que su utilización ofrece la modificación a un aspecto fundamental de la condición humana: la de ser padres y sobre todo, la forma en que los seres humanos pueden llegar a serlo. Pero realmente no se altera con el uso de estas técnicas la condición humana básica.

En este marco, también cobraron vigencia las argumentaciones que sostenían que las técnicas de reproducción humana asistida se habían introducido en la práctica médica sin una experimentación y estudios previos serios, y que eran de eficacia dudosa, mortal para muchos embriones, produciendo muy serias molestias a la mujer y alterando radicalmente la sexualidad humana “normal” (Pardo, 2001.p.8.)

De otro lado, comenzaron a surgir problemas a nivel jurídico, no solo en materia de regulación de establecimientos idóneos para la realización de las técnicas o de aseguramiento de la calidad de los gametos (si se trataba de bancos de semen o de óvulos), sino en materia de conservación de embriones humanos, alquiler de vientre, entre otros. Sin duda, uno de los problemas que en el ámbito socio jurídico generaba mayor preocupación era la determinación filial en el contexto de la reproducción humana asistida.

Con cada solución que ofrece el avance biotecnológico en materia de reproducción humana y, especialmente, en los procesos de producción biotecnológica en la gestación sustituta², surgen

² La biotecnología se refiere a toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos (Convention on Biological Diversity, Article 2. Use of Terms, United Nations. 1992). En el estudio de Amador Jiménez se advierte que “El proceso de producción biotecnológica en la gestación subrogada se puede dividir en tres etapas: 1. La producción y acopio de los gametos – insumos-; 2. La producción del embrión in vitro y, 3. La implantación, gestación y parto.

paralelamente nuevos problemas, que ponen en evidencia no solo la dificultad de una regulación mundial en materia de filiación, sino que además mostraron cómo los dilemas bioéticos se agudizan. Las preocupaciones surgen en torno a la no instrumentalización de los seres humanos, la legitimidad de la práctica o la autonomía de los intervinientes en tales procesos.

Son muchos los argumentos que se esgrimen para favorecer o contradecir el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, su práctica se ha vuelto común y, desde su aparición, los cuestionamientos que generan se recrudecen principalmente en materia de filiación de los niños-resultado, selección de embriones, intervencionismo en el cuerpo de la mujer, lucro a los intervinientes, y contradicciones entre derechos a la reproducción y derechos de los niños que están por nacer, entre otros.

Se parte de la base de que toda persona adulta tiene el derecho moral de procrear y que, en la mayoría de los casos, la gente hace uso de este derecho sin requerir asistencia de terceros. Sin embargo, este derecho no es absoluto; debido a esto a veces esas técnicas son cuestionadas. (Luna, 2008, p.282). De otro lado, quienes reclaman el derecho a tener hijos probablemente no son quienes ya los tienen, sino quienes no han conseguido concebirlos (Warnock, 2004).

Es inevitable que los participantes en las técnicas de reproducción humana asistida cuestionen sus roles, pues tener un hijo sigue constituyendo una de las decisiones más importantes en la vida de las personas y en esta decisión se involucran deseos, sueños, sentimientos, ideales, conveniencias, intereses y responsabilidades.

En cada etapa hay éticas y políticas que operan entre la lógica de la ciencia – paradigma científico-, la ley – Estado-, las leyes del mercado – capitalismo- y, finalmente, la cultura y los imaginarios sobre el parentesco- sociedad”. Recuperado de:
(https://www.icesi.edu.co/revista_cs/images/stories/revistaCS6/articulos/07%20amador.pdf)

Para un número cada vez más creciente de personas tener hijos constituye el resultado de una decisión consciente, libre y voluntaria. No obstante, cuando se emplean técnicas de reproducción humana asistida se presentan dudas que vienen respaldadas por los conceptos e interpretaciones que socialmente se tienen de la maternidad y la paternidad. Estas últimas adquieren significaciones e interpretaciones distintas a las de otras épocas: los hijos no son ya solo el producto de una relación en la que median hombre y mujer sino de una en la que intervienen otras personas que, aunque extrañas y en ocasiones anónimas, podrían ser considerados igualmente padres y madres.

En este sentido, la cuestión de ser padres se plantea muchas veces en nuestros tiempos, como una situación de deseo o voluntad en la que las personas son consideradas autónomas para decidir si aceptan o no ese rol; no obstante, la regulación normativa busca paralelamente la garantía de derechos a la persona que está por nacer.

En consecuencia, la mayoría de ordenamientos jurídicos garantizan el respeto a las decisiones reproductivas de los hombres y mujeres y, a la vez, los derechos de los niños individualmente considerados, quienes son el resultado final del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida. El orden jurídico propende por garantizar el derecho de ser madre o padre y el derecho de los niños a recibir, en razón de su mayor vulnerabilidad, una protección especial.

En casos de conflicto, es el juez quien finalmente determina dentro de un marco normativo, quién es el padre o la madre de una persona, mediando generalmente entre derechos categorizados en un mismo orden, como sucede entre los derechos de libertad reproductiva o voluntad procreacional y los derechos de los niños a su establecimiento filial.

El advenimiento de estas técnicas ha traído nuevos desafíos al derecho de familia. Efectivamente, las manipulaciones genéticas con fines reproductivos, han obligado a replantear el alcance de los

principios jurídicos reconocidos hasta ahora para la maternidad y la paternidad. A pesar de que según el sistema jurídico colombiano a) la maternidad es siempre cierta y se determina por el parto como hecho natural y jurídico; y b) a cada hijo o hija sólo puede atribuírsele un padre y una madre, las técnicas de reproducción humana asistida -que ya forman parte de nuestra cotidianidad- nos enfrentan a hechos que cuestionan desde sus cimientos estas provisiones que parecían incuestionables. No sólo complican la investigación del vínculo paterno-materno-filial sino que hacen dudosas las atribuciones de maternidad y paternidad, que hasta hace muy poco parecían indisputables.

Trabucchi (1981) señala que:

“Las nuevas técnicas de procreación humana presentan al derecho la exigencia de criticar y superar la identificación entre el factor material de la derivación genética y los fundamentos jurídicos de la responsabilidad del generante” (pág. 32).

Ahora bien, dentro del complejo panorama que avizora el empleo de técnicas de reproducción humana asistida, resulta de especial interés el estudio sobre la gestación por sustitución de vientres, debido a que ninguna otra técnica reproductiva, coloca en mayor evidencia las dificultades de lograr el establecimiento de una filiación, bajo los parámetros legales tradicionales establecidos para señalar quien es padre o madre de una persona.

Es precisamente esta técnica reproductiva la que advierte que la maternidad y la paternidad son títulos escindibles, y que los padres de estos tiempos y de estas técnicas, no pueden ser impuestos por rigurosos patrones de determinismo científico o instituciones jurídicas que generalmente favorecen vínculos biológicos.

Pues bien, de manera general se advierte que la reproducción humana asistida, es un tema de reflexión común para muchas disciplinas, en la que el derecho y la bioética encuentran un fuerte punto de diálogo con el que se intenta superar los más diversos dilemas, que difícilmente se

puedan reconocer como nuevos, pero si como novedosos, o como nuevas reflexiones sobre clásicos dilemas que persisten porque ahondan en una expresión humana o de lo humano.

Tal como advierte Bauman (2005):

La agenda moral de nuestros días abunda en temas que los estudiosos de temas éticos del pasado apenas tocaron y con razón, ya que entonces no se articulaban como parte de la experiencia humana. Basta mencionar, en el plano de la vida cotidiana, los diversos problemas morales que surgen de la situación actual en cuanto a relaciones de pareja, sexualidad y relaciones familiares, notorias por su indeterminación institucional, flexibilidad, mutabilidad y fragilidad; o bien la gran cantidad de “tradiciones” algunas que sobreviven contra todo lo esperado y otras que han resucitado o se han inventado, que se disputan la lealtad de los individuos y reclaman autoridad para guiar la conducta individual, aun sin esperanza de establecer una jerarquía comúnmente acordada de normas y valores que salvaría a sus destinatarios de la molesta tarea de hacer sus propias elecciones. (p.7)

En el primer capítulo del trabajo, se expondrán algunos de los argumentos que se esgrimen sobre la aceptabilidad ética y jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre, comenzando por establecer las múltiples denominaciones que se han realizado de esta técnica y que ha conllevado a conocerla bajo los nombres de alquiler de vientre o maternidad subrogada. Posteriormente, bajo las perspectivas éticas utilitarias, deontológicas, que promueven la libertad y la bioética feminista, se analizarán algunos de los argumentos con los cuales se favorece y se contradice el uso de esta técnica. Finalmente este capítulo abordará los aspectos legales que conlleva el tránsito de la técnica a su realización a través de contratos, precisando de esta manera los elementos esenciales de este nuevo y atípico contrato, así como su contenido y posible forma en el contexto colombiano.

En el segundo capítulo, se abordarán las cuestiones ético-jurídicas conexas: integridad personal, trata de personas y filiación materna, en el que se identificará el concepto y alcance de la autonomía personal a la luz del ordenamiento y jurisprudencia colombiana, así como su compatibilidad con los derechos de disposición sobre el propio cuerpo y la negación de la

configuración del delito de trata de personas en los supuestos de uso apropiado y regulado de la técnica objeto de estudio.

En el tercer y último capítulo de este trabajo, se presentará la posible confrontación de los derechos de los intervinientes en la técnica, con especial relevancia en los derechos superiores de los niños que nacen como resultado de la técnica reproductiva estudiada y un análisis especial de la forma como se determina la maternidad tradicionalmente y la manera en que se podría abordar un nuevo sistema de filiación técnico-científica fundada en los preceptos constitucionales y no en el marco legislativo actual. Finalmente, se presentarán las conclusiones generales de la investigación.

Del trabajo que se presenta, surgen inquietantes resultados que desafían las concepciones tradicionales sobre la filiación y en consecuencia, la forma misma de la familia; en donde el respaldo privilegiado de otros tiempos a formas únicas de procreación compatibles con un modelo ético único, resulta en estos tiempos contradictorio con los principios de una sociedad liberal que cobra vida a través de estados sociales de derecho como el colombiano.

El presente trabajo ha sido un esfuerzo no solo de carácter intelectual, ha requerido además una profunda reflexión personal y ha generado en su investigadora grandes interrogantes que lejos están de ser superados, por el contrario, emergen cada vez con más fuerza nuevos dilemas a la espera de seguir siendo investigados.

Capítulo I. – Aceptabilidad moral y jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre

Y lo asumo sin egoísmo, niño; traerte al mundo, te lo juro, no me divierte. No me veo caminando por la calle con el vientre hinchado; no me imagino amamantándote, lavándote y enseñándote a hablar. Soy una mujer que trabaja, y tengo muchos otros compromisos y curiosidades; ya te dije que no te necesito. Pero, de todos modos, llevaré adelante tu gestación, te guste o no. Te impondré esa prepotencia que nos impusieron también a mí, a mis padres, a mis abuelos, a los abuelos de mis abuelos, y así hasta el primer ser humano parido por otro, le gustara o no...
Oriana Fallaci.

Múltiples denominaciones a la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre.

Una de las técnicas de reproducción humana asistida que más dudas genera en el ámbito ético-jurídico es la conocida en el mundo como “maternidad subrogada” o “alquiler de vientre”; que se caracteriza porque una mujer acepta la obligación de ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas reproductivas científicas y dar a luz al hijo de otras personas (comitentes), entregando el niño al momento de su nacimiento o dentro de un término prudencial.

Esta técnica ha colocado en riesgo la regla por la cual se ha atribuido tradicionalmente la filiación materna con base en el parto, derivada del principio contenido en el texto de Paulo que los recopiladores justinianos colocaron en D.2.4.5: Comentarios al Edicto, libro IV: *quia semper certa est, etiam si vulgo conceperit; pater vero is est, quem nuptia e demonstrant*³”.

De esta premisa de Paulo, advierte Duplá (2013):

³ “porque siempre es cierta, aunque hubiere concebido del vulgo; pero padre es el que demuestran las nupcias”

Se traslada de forma sucinta y breve dos reglas, principios o sentencias fundamentales en el ámbito de la historia de la filiación jurídica: la primera de ellas relativa a la madre: “*quia semper certa est*”, la segunda, al padre: *pater vero is est quem nutiae demostrant*. Certeza e incerteza, seguridad e inseguridad.

En este sentido, se advierte que el término *mater*, “que en las fuentes jurídico-romanas equivale a madre biológica, no importando que exista o no matrimonio, pero siendo fundamental, si no lo hay, para determinar el status jurídico del recién nacido, ya que entiende que ésta *semper certa est*” (Duplá, 2013, p. 310), con esta primera regla de la premisa de Paulo, se ha legado para la mayoría de legislaciones occidentales, un principio que identifica la maternidad con la realidad biológica de la gestación y el parto.

De este modo, quien desee probar que es madre de una determinada persona, solo tiene que acreditar el hecho jurídico mismo del parto, con lo que se da prevalencia al dato biológico, respetando de esta manera los vínculos que establece por si sola la naturaleza y convirtiendo el hecho natural del parto, en un hecho jurídico que determina el status de madre⁴.

En el contexto actual de las técnicas de reproducción humana asistida por la ciencia, dicho principio que regula la filiación materna no es fácil de ser aplicado, más aún en el de la técnica de *maternidad subrogada o alquiler de vientre*, en donde interviene una mujer que pese a gestar un niño, no pasa a ser considerada madre de este, como si puede serlo quien funge como comitente, sin haberlo gestado y parido. De esta manera los criterios biologicistas han tenido que dar paso a nuevas formas de ser determinada la maternidad.

Lacadena (1986) advierte que:

Los genetistas matizan el concepto de madre mediante el empleo de adjetivos. Se distingue entre la madre genética, la biológica y la legal; la primera se define por la aportación del óvulo, primer elemento de un proceso que puede llegar al nacimiento de un nuevo ser; la biológica, se caracteriza por adelantarse en su

⁴ Principio de filiación materna adoptado por el Código Civil Colombiano, en el que se regula los eventos en que también puede adulterarse o alterarse la realidad de la maternidad, en cuyos casos es viable impugnarla, bajo los supuestos presentados en el título denominado: “De la maternidad disputada” artículos 355 y siguientes del código civil colombiano.

propio útero el proceso de gestación que concluye con el parto, y la legal por ser la mujer que asume los derechos y obligaciones propios de la filiación materna, de acuerdo con la ley (p. 169).

No parece existir aún consenso sobre la denominación apropiada para la técnica denominada indistintamente como *maternidad subrogada* o *alquiler de vientre*. Tampoco hay claridad sobre las consecuencias jurídicas que su uso conlleva y si como negocio jurídico pueda producir efectos válidos, concretos y definitivos entre las partes intervinientes, por lo que no es unánime la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, o sobre el tipo de regulación conveniente, que oscila entre la permisión⁵ y la restricción, incluso a través de la tipificación del acto como delito⁶.

Souto (2006) ha señalado que:

“la terminología utilizada para referirse a este tipo de técnica reproductiva presenta numerosas variantes, siendo las más usuales: “maternidad subrogada”, “gestación por sustitución”, “alquiler de útero” o “maternidad portadora” y aunque mayoritariamente se ha optado por el término “maternidad subrogada” esta denominación no está exenta de críticas” (p.276).

Más adelante esta autora manifiesta estar de acuerdo con la denominación empleada por la *Comisión especial del estudio de la fecundación In vitro y la inseminación artificial humanas (Comisión Palacios)*: “gestación por sustitución”, puesto que se trata de un término que es comprensivo de los términos a los que hemos hecho referencia (Souto, 2006, p.277).

Entre las definiciones usuales que se encuentran para esta técnica advierte Sánchez (2010) que:

“la *gestación por sustitución o maternidad subrogada* se define como la práctica por la que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez

⁵ Entre los países que aceptan esta técnica reproductiva se encuentran entre otros: Grecia, Ucrania, Rusia, India, Kazajistán, Bélgica, Canadá, Georgia, algunos estados de Estados Unidos y de México.

⁶ En Alemania por ejemplo, la práctica de maternidad subrogada está prohibida por ley: “Ley de embriones e Ingeniería Genética”, y su empleo tiene como consecuencia penal, pena privativa de la libertad hasta por tres años, por utilización abusiva de las técnicas reproductivas. Se considera que la utilización de esta técnica contraria las normas de orden público y en consecuencia es nula la realización de contratos que sobre ella versen.

llevado a término el embarazo, entregar el recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquella a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado. (p.13)”.

Más adelante este mismo autor señala que: se habla de “subrogación gestacional” *stricto sensu* o de “maternidad subrogada plena o total porque la o total” porque la gestante se limita a su función obstétrica sin aportación de material reproductor propio. (p.16).

De otro lado, Camacho (2009) señala que:

“*Maternidad sustituta, maternidad subrogada o alquiler de vientre* son los nombres con los que se denomina habitualmente a la practica en la cual una mujer, previo acuerdo entre partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño o niña fruto de ese proceso, en el momento del nacimiento o a los pocos días, a otra persona o pareja renunciando a sus propios derechos como madre, frecuentemente a cambio de una suma de dinero. (p. 1)”.

De acuerdo con el Consejo de salud de la India se define la *Maternidad Subrogada* como:

“Un acuerdo en el cual la mujer está de acuerdo en tener un embarazo que no la involucra genéticamente a ella o a su esposo, con el propósito de llevar el embarazo a término y entregarlo a los padres genéticos, con quienes ella establece una relación contractual (ICMR, 2006, 102).”

Esta última definición, a diferencia de las otras, precisa el hecho de que en el proceso la mujer que adelanta la gestación o su cónyuge no están genéticamente involucrados, con lo que deja mayor claridad sobre la figura objeto de estudio, estableciendo una limitante sobre el uso de material genético de la gestante y el de su pareja, lo que no en todas las legislaciones que regulan la figura ha sido tan claramente establecido como limitación o prohibición.

En otro orden de cosas, se acostumbra a señalar de conformidad con estas definiciones, que en esta técnica de reproducción humana asistida es posible encontrar diversas variables, y que éstas dan origen a una u otra denominación. Así, se mencionan las siguientes:

1. La pareja comitente subrogante pueden aportar el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la mujer gestante recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el alumbramiento. Esto es lo que denomina Alarcón (2002) como *maternidad por sustitución en la gestación* (p.131). También denominado por Sánchez (2010) *Subrogación gestacional o maternidad plena* (p.16).
2. El material genético puede ser aportado por dos personas diferentes a la pareja comitente subrogante y a la mujer gestante. Aquí igualmente, se denomina *maternidad por sustitución en la gestación* o *Subrogación gestacional*. (Sánchez 2010 p, 16)
3. La mujer gestante, puede aportar en el proceso su material genético (óvulo), el cual podrá ser inseminado con esperma de un tercero diferente a su cónyuge. Esta modalidad recibe comúnmente el nombre de “*maternidad por simple sustitución*” Alarcón (2002, p.131). También denominada: *Subrogación tradicional o maternidad subrogada parcial* Sánchez (2010, p.17).
4. La mujer gestante puede aportar en el proceso su material genético (ovulo), el cual podrá ser inseminado con esperma del varón de la pareja comitente subrogante. Pudiendo encontrarse denominada como: *Subrogación gestacional* Sánchez (2010, p. 16).
5. La mujer comitente subrogante a puede aportar en el proceso su material genético (óvulo) el cual podrá ser inseminado con esperma de un tercero diferente al varón comitente subrogante, denominándose: *Subrogación gestacional* Sánchez (2010, p. 16).

A continuación la tabla 1. presenta de manera esquemática las variables expresadas anteriormente, que permiten revisar con relación a la denominación doctrinal, la identificación genética del niño con los intervinientes (comitentes subrogantes – mujer gestante).

Tabla 1.

Variables de la técnica reproductiva e identificación genética.

Variable	Denominación doctrinal	Identificación genética paterna del comitente subrogante	Identificación genética materna de la comitente subrogante	Identificación genética gestante
1 Material genético aportado en su totalidad por la Pareja comitente subrogante	Sustitución en la gestación. Maternidad plena	SI	SI	NO
2 Material genético aportado por personas diferentes a la pareja comitente subrogante y a la mujer gestante	Sustitución en la gestación. Subrogación gestacional	NO	NO	NO
3 Material genético aportado por mujer gestante y de un tercero no comitente subrogante	Subrogación parcial. Maternidad por simple sustitución.	NO	NO	SI
4 Material genético aportado por mujer gestante y por varón de la pareja comitente subrogante	Subrogación parcial	SI	NO	SI
5 Material genético de la mujer comitente subrogante y tercero no comitente subrogante	Subrogación parcial	NO	SI	NO

Nota: de conformidad con cada variable expuesta, se puede establecer con mayor claridad la identificación genética del niño-resultado de la técnica reproductiva objeto de estudio.

En la primera, segunda y quinta variable planteada, se suele establecer que se trataría de un simple contrato de *alquiler de vientre*, en razón, de que la mujer gestante no es quien aporta el material genético del nasciturus, lo que Alarcón (2002) ha denominado “*la maternidad por simple sustitución*”, igualmente en el caso de que la apropiación del material genético provenga de terceros ajenos a la pareja comitente subrogante, estaríamos frente a un caso de sustitución

completa, lo que conlleva a que la condición de “madre” pueda quedar desdoblada hasta en tres planos distintos: comitente subrogante, gestante y genética (Sánchez,2010, p.16).

En estos casos los reproches se atenúan, teniendo en cuenta que la gestante no se involucra genéticamente con el niño que nacerá⁷, sin que por ello los reproches desaparezcan. Así por ejemplo, el hecho de que los padres comitentes subrogantes no aporten material genético de ambos o por lo menos de uno de ellos -como en la segunda variable planteada- , genera dudas en relación a la condición filial del niño que nacerá, quien además de no identificarse genéticamente con ninguno sus padres, tampoco se identificará biológicamente con su madre.

En la tercera y cuarta variable planteadas, en las cuales la mujer gestante aporta su propio material genético, denominada *maternidad por simple sustitución*, se suelen hacer varias objeciones, entre las que se encuentra el hecho de que se considere el niño como objeto de un contrato, debido a que si en el proceso la gestante aporta su material genético, ya no se le revisa como un *simple alquiler de vientre o una maternidad subrogada*, pues no se trata solamente de que la gestante ponga a disposición su fuerza biológica de gestación, sino que además existe un vínculo genético que parece ligarla con mayor intensidad al niño que está gestando.

En nuestros tiempos se privilegia el dato genético, y en este sentido, solo es posible tener un hijo que se identifique genéticamente con sus padres, exceptuando la adopción. Bajo este supuesto, tendrían vigencia los argumentos de que los seres humanos son solo el resultado de sus genes, y

⁷ La identificación genética de padres e hijos se encuentra inmersa en los problemas actuales del genocentrismo, de lo que se podría denominar el excepcionalismo genético. Los genes en nuestros días y desde su descubrimiento se presentan como excepcionales, situación que viene dada por su facultad de aportar información a diferencia de otras moléculas, el acceso a este conocimiento ha permitido que se reconozca que los genes son informacionales, otorgándoles gran importancia, al punto de atribuirles excepcionalidad. Pese a existir un consenso interaccionista generalizado, en el que se acepta que todo rasgo depende de factores genéticos y ambientales, se sigue dando prevalencia al dato genético en una actitud asimétrica. Bajo la premisa de que los hijos se deben identificar genética o biológicamente con sus padres (salvo en la adopción), se erige un pensamiento que identifica la técnica empleada por padres comitentes subrogantes -quienes generalmente no pudiendo tener hijos se aventuran a tenerlos aún sin identificarse genéticamente con ellos-, con una actuación delictiva como la trata de personas, situación que se encuentra prohibida en la mayoría de legislaciones incluyendo la colombiana.

en consecuencia, tendría que determinarse la maternidad como un hecho exclusivo de la genética⁸, sin poder revisar su realidad social e histórica.

En las variables señaladas anteriormente, solo se ha considerado a la mujer que gesta y de ninguna manera a las relaciones familiares o conyugales de esta, pues es claro, que cuando estamos frente a la gestación de vida humana por sustitución de vientre, nos referimos a ella solo dentro del contexto de procesos biotecnológicos previos que permiten el nacimiento de un niño que será entregado a la pareja comitente, es así como no se contempla dentro de las variables descritas, el uso de material genético de la pareja de la mujer gestante, ya que ello generaría otro tipo de situación diferente al de una técnica de reproducción humana asistida.

Las variables que generalmente se emplean solo hacen referencia al papel que desempeña la mujer que acepta adelantar el parto y la que encarga, poco se revisa la figura masculina en el proceso; la mayor o menor condición filial se suele revisar solo frente a quien es madre; al no existir claridad suficiente del papel masculino en la realización de la técnica, se privilegia el concepto reproductivo femenino como protagónico. No obstante, la situación se torna aún más compleja cuando quienes figuran como padres comitentes o subrogantes son una pareja del mismo sexo.

De otro lado, el término acuñado “Maternidad por sustitución” resulta inapropiado para lo que realmente constituye la técnica empleada, toda vez que la gestante puede reconocer desde el comienzo de la técnica el papel que desempeñará, que no será propiamente el de la maternidad. No es por tanto la maternidad lo que se subroga, sino que existe una especie de cesión o disposición temporal de una función del cuerpo en beneficio de quienes realmente quieren ser padres.

⁸ Las pruebas dentro del proceso de impugnación de la maternidad en Colombia, se dirigen en torno a demostrar la falsedad documental y personal, siempre con base en el hecho cierto del parto, el niño e inscripción en el registro de nacimiento, es decir, sobre realidades físicas. Con la expedición de la ley 721 de 2001 se puede ordenar la práctica del examen de ADN, mediante el empleo de marcadores genéticos en todos los procesos que tiendan al establecimiento de la maternidad y la paternidad.

Los términos acuñados – maternidad subrogada, alquiler de vientre, maternidad sustituta-, presentan dificultades para desentrañar y definir lo que realmente es esta técnica y las consecuencias jurídicas que de su empleo se derivan, es así como denominarla *maternidad subrogada o maternidad sustituta* es problemático, pues se presta a un gran número de interpretaciones sobre la definición y el rol mismo de la maternidad. En últimas, la técnica no busca el reemplazo de una madre, tan solo la realización de una gestación por el término que debe naturalmente desarrollarse un embarazo. Apelar al tropo *maternidad* resulta equívoco porque la maternidad es una construcción social que visualiza a la mujer en un rol y obligaciones específicas.

Tal como lo señala Zyl & Niekerk (2000, 404) “la mujer es libre en la autodeterminación de su cuerpo”; muchas de las objeciones a los embarazos contrato se basan en una imagen de maternidad ideal que apela a la naturaleza de la mujer y su función biológica reproductiva. Se ignora de esta manera, que algunas mujeres pueden disfrutar estar embarazadas pero no gozar de la misma manera la crianza del niño o viceversa. Y desconoce que para algunos el embarazo y el parto no son solo la ruta al niño, sino que este es un fin deseado en sí mismo.

Ahora bien, la denominación “*alquiler de vientre*” tampoco resulta apropiada por el contenido negocial-lucrativo que implica el término alquiler. Hablar de un contrato de *alquiler de vientre* encierra un significado en el que el elemento prestacional cobra mayor importancia, primero, porque no hay contratos de alquiler gratuitos (de ser así no serían de alquiler sino comodatos o préstamos de uso); segundo, porque cuando se habla de alquiler el término se suele emplear para aquellos contratos en los que el objeto negocial lo constituye una cosa⁹.

⁹El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, suele definir un contrato de alquiler en los siguientes términos: 1. tr. Dar a alguien algo, especialmente una finca urbana, un animal o un mueble, para que use de ello por el tiempo que se determine y mediante el pago de la cantidad convenida. 2. tr. Tomar de alguien algo para este fin y con tal condición. 3. prnl. Dicho de una persona: Ponerse a servir a otra por cierto estipendio.

En concordancia con lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico señala que el contrato de arrendamiento que equivale al de alquiler, es aquel en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.

Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporeales que puedan usarse sin consumirse, excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales como los de habitación y uso¹⁰.

Del análisis de estas disposiciones normativas, es claro que el contrato de alquiler o arrendamiento de vientre no podría ser aplicado a la práctica de reproducción humana que se pretende, pues esto excluye la gestación de manera gratuita y con fines altruistas.

Por las razones expuestas, en nuestro estudio se hablará de *gestación de vida humana por sustitución de vientre*, pudiendo demostrarse que muchas de las acepciones comúnmente empleadas no se ajustan de manera uniforme a todos los supuestos que de hecho permiten su utilización. Cuando hablamos de gestación de vida humana por sustitución de vientre, se permite dar mayor claridad no solo al tipo de técnica que se emplea, sino que permite una mayor concreción del negocio jurídico en el que se involucran los intervinientes en la técnica, del que se derivaran importantes obligaciones, eliminando los conceptos de “maternidad” y el de “alquiler” tan problemáticos en su uso y en sus consecuencias.

¹⁰ Constituyen cosas corporales los bienes muebles e inmuebles, entendidos los primeros como aquellos que pueden transportarse de un lugar a otro y los segundos como las fincas o bienes raíces que son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas como los edificios, los árboles. Las cosas incorporeales son derechos reales o personales; los derechos reales, son los que se tienen sobre una cosa sin respecto a determinada persona, como el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca, y los derechos personales son los que se pueden reclamar solo a ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. Código Civil Colombiano. Título I. Capítulo I. arts. 653 y ss.,

Sobre la aceptabilidad moral de la técnica

Perspectiva utilitarista.

Desde una óptica utilitarista, basada en el único principio de utilidad, que establece que debemos proceder obteniendo el máximo beneficio posible para el mayor número de personas (o, en su defecto, el menor perjuicio posible) (Luna, 2008, p. 25), se entiende que el acuerdo de gestación habrá promovido el bien si satisface las preferencias de los implicados.

Lo ideal sería que todas las personas tuvieran iguales condiciones de vida, y en consecuencia, todas pudieran procrear de manera natural sin la intervención de terceros, del mismo modo que pudieran ver, oír, caminar, comer, recrearse etc.; no obstante, esto no sucede y esas desigualdades conducen a necesidades humanas que no siempre pueden satisfacerse.

Lora (2006) señala que “el niño que nace con un dedo menos, o la mujer infértil, nacen con un daño porque esa capacidad o atributo es lo *normal* y este es un término necesariamente relativo o comparativo, es decir, dependiente de las funcionalidades o posibilidades propias o típicas de la especie o sociedad en que se inserta el individuo” (p.60).

Las diferencias que poseemos en relación con otros, ya sea que vengan determinadas por la propia naturaleza, o por factores sociales, culturales, económicos, etc. generan desigualdades y necesidades diferenciadas. Algunas de ellas pueden ser provistas por el mercado: quien sienta que no tener un hijo es una necesidad insatisfecha, debería poder acudir al mercado para tenerlo. Y aquí me refiero al mercado en el entendido de la posibilidad de un intercambio de bienes y servicios. En nuestro caso el servicio consiste en obtener la fuerza biológica de gestación de otro, y no el bien de un niño-resultado. Es decir, el intercambio se pacta sobre medios con arreglo a un fin y no sobre el fin en sí mismo.

De otro lado, hay que tener en cuenta que el mercado no siempre se basa en un contenido lucrativo, y en este sentido, siempre existe la posibilidad de que quien pueda satisfacer la necesidad lo haga sin que medie un pago, promovido por un fin altruista (piénsese el caso de los familiares que aceptan el uso de técnicas reproductivas en su cuerpo para que sus hijas, hermanas, cuñadas, etc. vean cumplidos su deseos de ser madres). Sin embargo, se reconoce que el altruismo puede disminuir la oferta de un servicio. De ello da ejemplo la escasa donación de órganos, tejidos y fluidos¹¹.

Cuando Sandel (2011) hace referencia a los límites morales del mercado, señalando que “una de las tendencias más llamativas de nuestro tiempo es la expansión de los mercados y del razonamiento orientado por el mercado en esferas de la vida que tradicionalmente se gobernaban por normas que no tenían que ver con ellos” (p.300) se pregunta por las normas que tendríamos razones para proteger de la intromisión de éste.

Aunque, en principio, parece problemático la disposición de nuestros cuerpos según la lógica del mercado, el gran número de garantías legales disponibles, ha favorecido la incorporación de ciertas funciones del cuerpo en prácticas de intercambio. Es lo que sucede con la donación de esperma por parte de los hombres o de gametos femeninos por parte de las mujeres. Ante una circunstancia de intercambio en el que una de las partes ofrece a la otra un “servicio biológico” es claro que, siempre que ambas partes consientan legítimamente, el acuerdo reflejará la estrategia que mejor satisfaga las preferencias de los agentes involucrados.

¹¹ En Colombia la actividad de donación y trasplante logró su nivel máximo en 2010 con 569 donantes reales, a partir de ese año el comportamiento del país ha tendido a la disminución, especialmente en el año 2014 con 170 donantes reales. Al mismo tiempo, la lista de espera para trasplante de órganos se ha incrementado de manera constante. Entre 2007 y 2013 la lista se incrementó en 155 por ciento. Se resalta especialmente el aumento entre 2012 y 2013, de 32 por ciento. Al analizar respecto al porcentaje de negativa familiar obtenido después de realizar entrevista a los deudos del donante, se encuentra que durante los últimos años el porcentaje aumentó de 26,4 por ciento en el 2009 a 36,9 por ciento en el año 2013; con corte al 30 de junio de 2014, la negativa familiar que llega ya al 34,2 por ciento. Boletín de Prensa del Instituto Nacional de Salud. Octubre 7 de 2014.

En un estado ideal de cosas, en la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre las partes involucradas solo reciben ganancias: el niño que nace será deseado en el seno de una familia -sin importar el tipo de lazo que la haya conformado-; los padres comitentes recibirán a su hijo -que ha sido su anhelo-; las mujeres gestantes recibirán un pago -si es que media un interés lucrativo- o bien su satisfacción personal si lo han hecho por razones altruistas; las agencias o el equipo médico que realiza la intervención percibirán que su trabajo se ajusta a los estándares profesionales, técnicos y éticos, exigidos. Bajo estas circunstancias, la técnica es moralmente plausible pues procura la satisfacción de las preferencias libres de las partes involucradas.

No obstante lo anterior, una perspectiva utilitaria desde la satisfacción de preferencias individuales es problemática, teniendo en cuenta que si lo que se busca de la técnica es la satisfacción de un interés personal (caso de comitentes-subrogantes y gestante), que pueda llegar a ser considerado como interés ilegítimo por la sociedad de la que hacen parte, así no cause daño a nadie, será siempre cuestionable.

Ante las dificultades de no tener certeza de las consecuencias finales de la acción, -en nuestro caso de la técnica- las consecuencias quedan mediadas por las intenciones buenas o malas de sus agentes (sin límites para la satisfacción de preferencias), en definitiva, nunca se sabe en estos casos como terminará la acción y a quienes traerá realmente bienestar o provecho.

De esta paradoja da cuenta el caso del niño Adam Nash –un bebe medicamento- seleccionado genéticamente siendo un embrión, para servir de donante a su hermana Molly quien presentaba anemia fanconi. Caso que desde el utilitarismo ha sido justificado por los científicos involucrados en el empleo del DPG¹² señalando que: “Todo lo que pueda hacerse desde el punto de vista técnico

¹² Diagnóstico Genético Preimplantatorio. Fernando Abellán, señala en su artículo “Aspectos Bioéticos y legales del Diagnóstico Preimplantatorio que este. constituye uno de los avances más espectaculares de los últimos tiempos

está justificado en sí mismo, por tanto, ninguna reflexión ética puede detener el progreso de la tecnociencia, mucho menos cuando estos procedimientos benefician a personas que los necesitan para sobrevivir” (Mejía 2005, p.296).

Este argumento tendría acogida, de no haberse privilegiado de manera exclusiva las preferencias de los padres de los dos niños, quienes al final de los procedimientos optaron por entregar a Adam en adopción¹³. De manera que la preferencia puede ser valorada en el caso particular como moralmente inaceptable y en consecuencia éticamente injusta, aunque dentro de un principio de maximización de la utilidad a largo plazo, podrían sostener los científicos del caso Nash, que el respeto a la libertad individual en el empleo del DGP conducirá a la mayor felicidad humana.

De otro lado, frente a las objeciones que advierten que el niño que nace a través de otra persona que no es su madre será infeliz, establecen de entrada una premisa falsa, es lícito que la gente lo piense, pero no es lícito que se afirme que así será, esto es simplemente una intuición sin concepto¹⁴. La felicidad del niño dependerá en todo caso del respeto y protección a su autonomía.

Perspectiva desde las teorías que promueven la libertad.

Desde una concepción liberal “la sociedad justa deja al arbitrio de todas las personas qué quieren hacer con el tiempo que dure su vida” (Habermas, 2002, p.12). Rawls (1971) establece que dentro de los principios de la justicia “cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso

en la detección de enfermedades relacionadas con los genes. A grandes rasgos, consiste en una técnica diagnosticada para comprobar la “salud genética” de un embrión vivo, in vitro, antes de decidir, bien su transferencia al útero materno, bien su descarte para una finalidad procreativa, y ello al objeto de evitar el nacimiento de niños con enfermedades hereditarias graves. Pero lo cierto es que esta técnica se presenta hoy en día como un instrumento para combatir la transmisión de patologías hereditaria, sino que además alrededor de la misma empieza a abrirse un abanico extraordinario de opciones y posibilidades para los seres humanos, que hace alimentar en algunos fantasías como la de bebé perfecto, la mejora de la raza, la optimización del cuerpo, etc. Revista de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad Complutense de Madrid- España. 2006. P.14-26.

¹³ Los padres, luego del nacimiento, dieron a Adam en adopción, justificando que la única razón por la que lo habían traído al mundo era salvar a su hija.

¹⁴ Kant advierte que las intuiciones sensibles, si no son pensadas a través de un concepto, no nos ofrecerían conocimiento alguno: equivaldrían a un torrente inconexo de sensaciones. Los conceptos, por su parte, si no se remiten a una intuición sensible, nos ofrecerían un conocimiento vacío de contenidos. "Las intuiciones, sin conceptos, son ciegas; los conceptos, sin intuiciones, son vacíos" (Crítica a la Razón Pura).

de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás” (p. 67)¹⁵.

Cuando los derechos se orientan hacia la libertad, Zagrebelsky (1995) advierte que estos se convierten en intrínsecamente ilimitados. No obstante, se hace necesario limitarlos con el objetivo de evitar la colisión destructiva de los propios derechos y de posibilitar su ejercicio a todos. En ese sentido, señala que los únicos límites a los derechos son también, y exclusivamente, los derechos de los demás.

En un esquema como este corresponde a cada persona dar rumbo a su existencia sin más límites que la libertad que los demás le imponen. Si la mujer gestante desea utilizar su cuerpo para que otros satisfagan necesidades procreativas, la única manera de justificar moralmente el rechazo a una decisión semejante será mostrando que dicha decisión limita injustamente las libertades de otros.

Ahora bien, desde una óptica liberal como la de Rawls no basta exigir la garantía moral y constitucional de las libertades, sino el acatamiento al principio de la diferencia o el criterio del maximin: “Si uno sistemáticamente mejora a quienes están peor en una sociedad, el resultado final es que todos deben quedar igual en términos del criterio de medición que se defina (Castellanos, 2012, p.75)”.

¹⁵ “En la concepción moderna de los derechos sería una contradicción la existencia de límites destinados a imponer a la voluntad individual la adhesión a una determinada verdad social, o a un determinado bien común” (Zagrebelsky, 1995, p. 88). En este sentido, en un Estado de poca intervención en la vida de sus ciudadanos, se les reconoce a estos, como personas con derechos individuales e inviolables, tal como señala Nozick (citado por Castellanos, 2012, p. 42) “tratándonos con respeto al respetar nuestros derechos, nos permite, individualmente o con quien escojamos, escoger nuestra vida y alcanzar nuestras metas y nuestra concepción de nosotros mismos, en la medida en que podamos, ayudados por la cooperación voluntaria de otros individuos con la misma dignidad. Como se atreve cualquier Estado o grupo de individuos a hacer más, O menos”.

De conformidad con el principio de compensación expresado por Rawls (1971) “las desigualdades innecesarias requieren una compensación; y dado que las desigualdades de nacimiento y de dotes naturales son innecesarias, habrán de ser compensadas de algún modo” (p.103). En este sentido, una sociedad que reconozca este principio, deberá procurar que todos los ciudadanos que no puedan tener hijos como un hecho natural puedan ser compensados, a través del uso de técnicas reproductivas asistidas, posibilitando así el ser padres.

De manera que el principio de la compensación permitiría a quienes tienen un don natural que otros no poseen, poder ayudar a estos últimos a superar sus limitaciones. De suerte que una sociedad que no impida a una mujer ofrecer su capacidad reproductiva para que otros sean padres, resulta compatible con las expectativas mismas de la justicia.

Bullard (2009) advierte que:

“la capacidad reproductiva humana es, a pesar de la tecnología, un recurso relativamente escaso en cuanto a muchas personas, que con el legítimo interés de tener hijos, han sido privadas biológicamente de tal posibilidad. Y nadie puede dudar que la experiencia de ser padre o madre sea uno de los más hermosos canales para conseguir la realización humana. No dejar que la capacidad reproductiva pueda ser puesta al servicio de dicha realización, no sólo puede ser económicamente ineficiente, sino incluso humanamente injusto” (p.287).

Una vez se ha optado por la libertad, no se la puede temer (Gaviria, 2002, p.15). En su libro *El miedo a la libertad* Fromm (citado por Gaviria, 2002) subraya como un signo del hombre moderno (a partir de la Reforma) su profundo temor a ejercer su propia libertad y a que los demás ejerzan la suya. Es el pánico a asumirse como persona, a decidir y a hacerse cargo de sus propias decisiones. A menudo, si soy militante político, las decisiones, dice Fromm, se dejan al partido; si soy creyente, a la iglesia; si soy trabajador, al gremio, etc.

De manera que en el miedo a ejercer la libertad no se puede escudar la detracción a la técnica de gestación por sustitución. Si la persona se piensa libre deberá poder tomar la decisión de tener tanto sus hijos propios, como de ofrecer la posibilidad de que otros que no puedan tenerlos los tengan a través suyo.

Ahora bien, bajo un principio como el de compensación, se abren espacios para la promoción de formas de explotación, como es el caso de las mujeres gestantes que en países con altos índices de pobreza ponen a disposición su vientre, con el propósito de lograr un provecho económico que le permita mejor suerte. Ejemplo de esto lo representa un país como India, en el que el número de gestantes por subrogación “se ha convertido en el insumo principal para esta nueva industria” (Amador, 2010).

Bajo este argumento, se indica que el consentimiento de las gestantes no es libre pese a ser voluntario y quedar registrado, pues diversas son las causas que les pueden llevar a la toma de la decisión de participar en esta práctica, incluyendo en la mayoría de supuestos una necesidad económica apremiante, de la cual parecen aprovecharse los comitentes subrogantes y las agencias dedicadas a la realización de la técnica, y que parece reprochable moralmente.

De otro lado, las causas o motivos que conduzcan a la realización de esta técnica y sus consecuentes obligaciones jurídicas como intervinientes, pueden ser de la más diversa índole, sin poder aún generalizar que obedezca solo al elemento económico.

En una teoría que valore la libertad como un bien supremo, los contratos de gestación de vida humana por sustitución de vientre, reflejarán la promoción de importantes intereses constitucionales, como la solidaridad, la autonomía, el pluralismo, la realización individual de las personas como elemento dignificante del ser humano. Si ser padre contribuye en la realización de la dignidad humana de quien así lo percibe, que una sociedad lo prive de tal concepción, equivale

a privarle de su derecho a ser libre, del mismo modo para quien participa disponiendo de su cuerpo en favor y provecho de otro.

Perspectiva desde las teorías deontológicas.

Luna (2008) señala que últimamente puede comprobarse un cierto abuso en el empleo de la distinción Kantiana entre medios y fines. En el caso de alquiler de vientre es frecuente escuchar que las mujeres son tratadas como puros medios. Sin embargo, no se menciona el hecho de que estas prestan voluntariamente su capacidad reproductiva y dan su consentimiento, un punto fundamental en la ética Kantiana. Así, el argumento de los meros medios no parece adecuado en esta situación (p.47). Es claro que, para Kant, toda persona tiene un valor incondicional: solo cuando no se respeta la autonomía del individuo es que se le trata como medio. Por tanto, la pregunta normativa fundamental al momento de sancionar, desde un punto de vista kantiano, la aceptabilidad de la gestación por sustitución de vientre, es si esta situación se conforma al deseo de la mujer gestante.

Heyd (1992) advierte que algunas formulaciones del imperativo categórico no son de fácil aplicación a cuestiones genéticas. Un caso particularmente ilustrativo es la prescripción de tratar a los seres humanos como fines y nunca únicamente como medios. Esta receta no puede ser extrapolada a los problemas de génesis, porque la decisión de concebir un hijo no puede basarse en el respeto a ella. La idea del respeto a la persona en la creación de él o de ella es desconcertante:

“El respeto por las personas podría ser una guía moral sobre la manera en que debemos tratar a la gente una vez que nacen, pero es apenas una ayuda para decidir si y cómo muchos de ellos deben de nacer” (Heyd, 1992, p.52).

En definitiva, la decisión de traer a alguien al mundo es la única en la que el niño parece tratarse meramente como medio (por lo general para la satisfacción de los padres, sus deseos e ideales).

En ese mismo sentido, H. T Engelhardt (1995) señala que:

“son las personas en sentido estricto, esto es, agentes morales, auto reflexivos y racionales, quienes determinan el valor de las personas futuras, posibles, o probables, en la medida en que tienen significaciones para alguna de ellas. Los embriones, exclusivamente por su pertenencia a la especie humana, no tienen valor por sí mismos. En consecuencia el respeto debido a los embriones vendría determinado únicamente por el valor que representa para las personas, ya sea este el valor dado por el deseo de tener un hijo, o por el problema que supone para los padres o madres su nacimiento. Los padres o la madre son los que asignan valor a la vida humana de los embriones” (p.161)¹⁶.

De acuerdo con este planteamiento, el valor ético de quien va a nacer es, *ex ante*, establecido por padres comitentes, gestantes y médicos intervinientes.

Mejía (2009) señala que:

“Se ha dicho que todos los niños nacen como medios de otros. Por ejemplo, los padres deciden tener un hijo para que sea el compañero de juegos del hermanito, o para que en el futuro haga parte del negocio de la familia, o cuide a los padres cuando estén viejos. En estos ejemplos el deseo de los padres no se traduce en un condicionamiento biológico al niño, que lo convierta en puro medio. En cambio, el niño, gracias a su libre albedrío, decidirá si se vuelve amigo de su hermano mayor, o cuando grande, se hará parte del negocio familiar, es decir, esta preservada su autonomía y calidad de miembro del reino de los fines (p.109)”.

Por tanto, buscar un hijo por razones como las anotadas, no resulta, mientras se proteja su autonomía, incompatible con lo manifestado en el imperativo categórico de Kant: *obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca solo como medio*. En este sentido, el ser humano no es una cosa ni es algo, pues, que pueda usarse como simple medio, sino que debe ser considerado siempre como un fin en sí. Entre tanto, podemos existir independientemente de los fines de cualquier otro, nuestra existencia tiene valor absoluto, porque la sola existencia por sí misma nos da ese valor.

¹⁶ Heyd y Engeldhard comparten, en efecto, una perspectiva moral que el propio Heyd denomina “Personal-affective approach”. Según este punto de vista, la razón última por la que experimentamos obligaciones morales es el vínculo que establecemos con los sujetos hacia quienes predicamos tales deberes.

La humanidad es un fin en su mismo y al mismo tiempo constituye la fuente de todos los fines posibles: el niño existe como un fin independiente del fin que cualquier otro se haya propuesto con su nacimiento. Así que la dignidad del niño no está aquí en juego. En cualquier caso, se acepta que la persona es insustituible, única, inmodificable pero, fundamentalmente, un fin en sí mismo.

Los hijos, sean procreados de manera natural o con asistencia científica, pueden provenir de una intención específica de las personas que los desean, que, entonces, reconocen al niño como un medio de satisfacción de expectativas propias. Sin embargo, al mismo tiempo, le reconocen como un fin en sí mismo. Por ello, la gestación de vida humana por sustitución de vientre no implica una cosificación del individuo: ni los niños son meros objetos-resultado (mero medio) ni las madres sustitutas son meras incubadoras.

No existe la degradación de un bien supremo en la práctica de la gestación de vida humana por sustitución de vientre, los hijos como bienes supremos no se degradan por la forma en que son concebidos, ni por los aspectos familiares en los que son recibidos. Es frecuente que, abusando de la categoría de medio, se suela suponer que las mujeres gestantes son objeto de coacción o soborno, dejando por sentado que son prácticamente incompetentes para la toma de decisiones sobre su cuerpo. Esta suposición, sin suficiente evidencia, pugna con la obligación de respeto con el otro, es decir, de considerarlo y tratarlo como un sujeto autónomo.

La autonomía es al mismo tiempo auto comprensión de la vida propia y de lo que se desea hacer con ella. Desde una óptica deontológica, no debería pensarse que existe una deshumanización, o que se vulnera la dignidad de la mujer, al considerar que esta se emplea o se usa para el propósito de otros. Las decisiones que no vulneran ni amenazan derechos de los demás, merecen ser respetadas, en concordancia con el libre desarrollo de su personalidad, así por ejemplo, es permitido que la persona decida sobre el momento en que considera debe acabar su existencia, no se entiende porque se tenga que limitar que la misma persona pueda decidir reproducirse, sea para que se realice en un rol materno o para que coadyuve con este propósito a otros.

Perspectivas feministas

Las perspectivas feministas hacen parte de los modos alternativos de discutir los problemas de la bioética, perspectivas que se presentan como necesarias para superar los dogmas de los enfoques tradicionales de la bioética, que no consideraron los contextos de vulnerabilidad social, aportado de este modo, una reflexión más profunda y contextual de muchos de los problemas actuales. La bioética feminista vienen contribuyendo de especial manera a la bioética, reorientando parte de sus presupuestos, problematizando lo que se considera una asimetría del poder entre la práctica de la medicina y la afectación negativa a personas vulnerables, expandiendo el rango de cuestiones a analizar e incorporando elementos metodológicos y conceptuales diferentes que llevan a compensar nociones comúnmente discutidas en la bioética (Luna, 2008, p.131). Tal como advierte Diniz & Guilhem (2015) La bioética feminista es el análisis de todas las cuestiones bioéticas sobre la perspectiva feminista.

De otro lado, señala Marsico (2003) que:

Uno de los principales objetivos del pensamiento feminista en bioética ha sido, desde el principio, poner en evidencia las cuestiones de poder y, por consiguiente, la opresión sufrida por las mujeres y por todos los que, por diversos motivos, están en desventaja en el camino de la elección libre y consciente. Lo que el feminismo pretende obtener no es el poder sobre los otros en el sentido jerárquico, sino poder en el sentido de autonomía, de conocimiento, “poder” sobre sí misma, sobre la salud, poder para elegir en la cuestiones de reproducción, poder para elegir en cuestiones terapéuticas. (p.25).

Siguiendo los planteamientos esbozados por Diniz&Guilhem (2015), con relación a la bioética feminista y el análisis que esta realiza sobre el del uso y acceso a las nuevas tecnologías reproductivas, se establece que:

En situaciones en que el consentimiento de las mujeres a las tecnologías reproductivas no indica el ejercicio libre de la voluntad, de la autonomía o de los mismos derechos reproductivos. Es importante considerar la hipótesis de que muchas mujeres se someten pasivamente a esas técnicas como forma de adecuarse a los

papeles que han sido socialmente deseados para las mujeres, especialmente de aquellas en situación de conyugalidad, en el que la maternidad es casi un imperativo social. En palabras de la médica Marilena Correa, una de las pocas bioeticistas brasileras atentas a la reproducción asistida” (...) las nuevas tecnologías reproductivas reforzarían también una visión de la mujer como totalmente identificada con la maternidad y la reproducción, identificación tanto o más poderosa de la que se marca exclusivamente en nombre de la naturaleza (...).

Los argumentos que se esgrimen desde los enfoques feministas promueven el reconocimiento de la pluralidad de intereses, no ignorando las experiencias y expectativas de quienes son el centro de las discusiones bioéticas, quienes realmente son los expuestos a la vulneración, desigualdad u opresión. En el contexto de la reproducción humana asistida, antes que ser consultada la ciencia y trasladar el dominio del tema a la medicina, deberá consultarse a las mujeres, quienes son las únicas que pueden decidir sobre su control reproductivo y la manera como consideren que este puede ser transferido a otros.

Como la reproducción biológica de la especie se materializa en el cuerpo de la mujer (Guezmez, 2005) se suele reforzar la idea de que las mujeres necesitan ser madres para sentirse satisfechas. Como la maternidad ha sido históricamente una justificación importante para limitar sus oportunidades en la sociedad, muchas feministas tienen cierta aprehensión a este desarrollo tecnológico que pone a la maternidad en el centro de la vida de las mujeres. (Luna, 2008,p.24)

Las técnicas pueden ser vistas como opresivas a la mujer y no como una práctica liberadora, en la medida en que sean entendidas de manera exclusiva como el fomento de un rol reproductor. Argumento que ignora que la maternidad pueda ser vista por algunas mujeres como un proyecto de realización personal alejada de estereotipos sociales o presiones. En la medida en que las mujeres sean ampliamente informadas y gocen de igualdad de oportunidades en todas las esferas públicas y privadas, y tengan libre acceso a la información que les permita adoptar las decisiones que estimen correctas, no se le oprimiría de manera alguna su autonomía o sus derechos

fundamentales. La maternidad debe entonces hacer el tránsito de ser una decisión social, a ser entendida como una decisión personal.

De suerte que, quienes deben dejar de ver la maternidad como un opresor, distractor o limitante es la sociedad misma, esa que limita acceso a empleos, a educación, a oportunidades de vida para las mujeres, no por una desigualdad de género, sino ante todo por la condición de que solo a través de las mujeres se pueda erigir la maternidad, encontrando en este último elemento un limitante más que un provecho en estos tiempos.

En palabras de Cardaci & Sanchez (2009) “la maternidad es un hecho en tanto que la paternidad es solo una idea, de allí que bajo este precepto se reproduzcan estereotipos y premisas que históricamente encasillan a la mujer en un rol específico: la maternidad”.

Cuando una mujer decide adelantar la gestación de un niño que tendrá por madre otra mujer, puede tener una perspectiva más amplia sobre la disposición voluntaria de su cuerpo, pudiendo escindir la idea de que tener un niño no implica necesariamente tener un hijo. De esta forma, se eliminan los viejos paradigmas que identifican a la mujer como madre. La mujer tiene la posibilidad de decidir dar vida, sin necesidad de comprometerse con la idea de ser madre del ser al que dará a luz, en un acto que podría ser interpretado como rebeldía al sistema social que la mira única y exclusivamente como madre por su naturaleza biológica.

La manera más razonable de no discriminación para fundamentar la exigibilidad de las técnicas reproductivas, sería sacarlas del campo de la salud y aproximarlas al campo de los derechos fundamentales, en especial, el del derecho al “proyecto o planeación familiar” (Diniz, 2006). La autonomía en las decisiones reproductivas de las mujeres encuentra así sus límites en la justicia-injusticia social. La labor teórica que queda por delante, anuncia Guemez (2005), es buscar interpretar la autonomía dentro de estos contextos de desigualdad y discriminación

Para finalizar Diniz & Guilhem (2009) señalan que:

É neste sentido que a bioética crítica, e mais especificamente a bioética crítica de inspiração feminista, propõe: 1) não a uma epistemologia "essencial" da certeza, mas sim a uma epistemologia compensatória da desigualdade; 2) não a uma ética feminina do cuidar, mas sim a uma ética do cuidar associada à ética do poder; 3) não a um ser humano abstrato, genérico e universal, mas sim a uma atenção às condições de vulnerabilidade; 4) não a uma visão superficial do conflito moral compromissada com a hegemonia do poder, mas sim a uma análise crítica das estruturas de poder presentes na sociedade e sua influência lesiva na escolha das pessoas, especialmente daquelas em situação de vulnerabilidade; 5) não à manutenção do status quo da disciplina, mas sim a uma prática ética e biomédica que contribua para o fim da desigualdade e da opressão; 6) não ao absolutismo, mas sim à adoção de um relativismo aberto de inspiração pluralista; 7) não à tolerância radical, mas sim ao reconhecimento do erro moral da opressão; 8) não ao liberalismo individualista ocidental, representado por uma autonomia sem limites, mas sim ao pluralismo moral como exercício da liberdade; 9) não ao indivíduo como referência de análise, mas sim ao indivíduo em sua rede de relações sociais; e, 10) não, definitivamente não, à acomodação teórica e instrumental da disciplina, mas sim a uma análise crítica dos pressupostos fundamentais e silenciosos da bioética. (p.5).

[Es en este sentido que la bioética crítica, y más específicamente la bioética crítica de inspiración feminista propone: 1). No hay una epistemología esencial de la certeza, pero si una epistemología compensatoria de la desigualdad. 2). No hay una ética femenina del cuidado, pero si hay una ética de cuidar asociada a la ética del poder. 3). No hay un ser humano abstracto, genérico y universal, pero si una atención a las condiciones de vulnerabilidad. 4). No hay una visión superficial del conflicto moral comprometida con la hegemonía del poder, pero si un análisis crítico de estructuras de poder presentes en las sociedades y su influencia lesiva en la elección de las personas, especialmente de aquellas en situación de vulnerabilidad. 5). No se mantiene el *status quo* de la disciplina, pero si una práctica ética y biomédica que contribuya para el fin de la desigualdad y la opresión. 6). No hay absolutismo, pero si la adopción de un relativismo abierto de inspiración pluralista; 7). No hay tolerancia radical, pero si un reconocimiento de error moral de opresión. 8). No hay un liberalismo individualista occidental, representado por una autonomía sin límites, pero si hay un pluralismo moral con ejercicio de libertades. 9). No hay un individuo como referente de análisis, pero si hay un individuo en su red de relaciones sociales, y, 10). No hay definitivamente no hay acomodación teórica e instrumental de la disciplina, pero si un análisis crítico de los presupuestos fundamentales de y silenciosos de la bioética]

De la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre a su desarrollo a través de la figura del contrato.

La gestación de vida humana por sustitución de vientre, es una técnica de reproducción humana asistida que puede contener en su efectiva realización la intervención de varios procedimientos médicos, no obstante, a diferencia de otras técnicas reproductivas, esta se encamina a la

producción de importantes efectos jurídicos, debido a que quienes en ella intervienen persiguen derechos y obligaciones que pueden ser previsibles antes, durante y después de su realización.

La manifestación de voluntad de quienes intervienen en esta técnica está encaminada de una manera u otra a la producción de efectos en el derecho, de allí que se materialice en el mundo jurídico a través de la figura del contrato, como el instrumento por medio del cual se declara una voluntad capaz, consiente y lícita.

En este sentido, la gestación de vida humana por sustitución de vientre, solo es posible en la medida en que existan acuerdos entre las partes que intervienen, por lo que debemos señalar que efectivamente el acuerdo de gestación para otro constituye un contrato en sentido jurídico, que merece unas consideraciones especiales. Para el ordenamiento jurídico colombiano hay contrato cuando “una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

De esta manera se establece el contrato como una fuente de la cual emanan o surgen obligaciones, y estas generalmente son recíprocas entre las partes que en él intervienen. “el contrato aparece entonces como el acto, o negocio jurídico que genera obligaciones para las partes. Obligaciones que tienen que ver con el terreno de la economía y particularmente con el ámbito patrimonial”

El contrato se erige como una de las piezas fundamentales de nuestra sociedad. En efecto la vida de cada uno de nosotros ofrece innumerables ejemplos de esta institución social estructurada (Ternera, 2009, p.73). El contrato además es una institución social creada por normas, no es una cosa que exista en el mundo de forma independiente de una comunidad de hombres; por consiguiente, si desapareciera la especie humana, los contratos a diferencia de las piedras, las montañas, las plantas, etc., desaparecerían también (Mantilla 2009, p.79).

En consecuencia, la figura del contrato como institución social que es, permea la mayoría de situaciones en las que vivimos, tal ha sido su inclusión en la vida de las personas, que casarnos por ejemplo, pese a ser una decisión absolutamente íntima y personal, se convierte en una manifestación voluntaria que se hace oponible a los demás al firmar un contrato solmene, a través del cual se adquieren una gran cantidad de obligaciones y derechos; trabajar en nuestros tiempos se concibe solo mediante contratos, en los que también se contraen obligaciones para empleadores y trabajadores. El intercambio de servicios y prestaciones, no se concibe en la actualidad por fuera de un marco contractual, cada vez son más las cosas y servicios que pueden ser contratados, de allí que las denominaciones contractuales vayan en aumento y los contratos atípicos sean cada vez más recurrentes; con todo esto, no debería entonces parecer exótico que las personas nazcan por contrato.

El contrato implica de acuerdo a Carnelutti (1998):

Una proyección hacia el futuro: tiene la finalidad de fijar para el provenir ciertas posiciones actuales: por eso es que implica una promesa recíproca, y la promesa es una declaración que se refiere al futuro. La promesa, a su vez se funda en la fides, es decir, en último análisis, en la moralidad de la otra parte; precisamente a reforzar esa confianza estaban dirigidas ciertas formas solemnes que en el derecho antiguo acompañaban al contrato (p. 41).

De otro lado, Bullard (2019) advierte que:

El contrato se convierte así en un canal efectivo de intercambio de recursos escasos, dirigiéndolos a la satisfacción de necesidades individuales (no necesariamente materiales). Tiene además el mérito de asignar recursos sin necesidad de una intervención del Estado, pues éste se limita a determinar que los contratos sean exigibles. Quienes deciden sobre el destino de las partes involucradas son las propias partes, aquéllas que saben qué es lo mejor para cada una, y al saberlo y buscarlo consiguen una mejora efectiva del bienestar social general. El contrato consigue que dos personas que buscan lo mejor para cada una de ellas, lo consigan simultáneamente, derivando de la contradicción de intereses, casi como por arte de magia, la complementación de intereses (p. 289).

Ahora bien, el contrato pese a dirigirse voluntariamente y por interés exclusivo de las partes a producir unos efectos jurídicos que consideran beneficiarles individualmente, no existen al arbitrio total de las personas, ellos se ciñen al cumplimiento de los elementos que le dan identidad, así que como elementos del contrato se distinguen las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza¹⁷, y las puramente accidentales¹⁸.

El artículo 1501 del Código civil colombiano señala que son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; estos elementos que hacen válido el contrato, constituye los mismos requisitos para obligarse y que se encuentran consagrados en el artículo 1502 del código civil, ellos son: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita.

En la figura contractual propuesta para la gestación de vida humana por sustitución de vientre se reflejan dos partes; de un lado, una pareja comitente subrogante deseosa de tener hijos, y de otra, una mujer que acepta adelantar un embarazo a cuenta y riesgo de la pareja comitente subrogante, quien debe someterse a los procesos biotecnológicos para lograr la gestación, con la intervención de un equipo médico cualificado, con el fin, de que al momento del parto o en un tiempo prudencial entregue el niño resultado de la técnica y reciba la contraprestación acordada si se hubiera pactado así.

De manera que el contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre, se presenta como de estilo innominado, al no contener una reglamentación específica que lo haga típico, presentando características particulares y diversas modalidades de desarrollo y contenido. Ello es así, verbigracia en aquellos países en los que está práctica es aceptada; el contenido del acuerdo implica cláusulas que establecen con sumo detalle las obligaciones de las partes.

¹⁷ Se entiende como elementos de la naturaleza de un contrato las cosas que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial. (artículo 1501 del Código Civil colombiano).

¹⁸ Son elementos accidentales del contrato aquellos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se agregan por medio de cláusulas especiales. (artículo 1501 del Código Civil colombiano).

En virtud de la autonomía, es posible la creación de nuevos tipos contractuales, tal como el que se pretende al establecer contratos de gestación de vida humana por sustitución de vientre. Debido a que nos encontramos frente a una figura contractual no reconocida como “típica” es preciso señalar como son acogidas estas nuevas figuras dentro del ordenamiento jurídico colombiano. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, en sentencia del 22 de octubre de 2001, señaló sobre el particular lo siguiente:

“Cuando un contrato no se encuentra descrito en un tipo legal y, subsecuentemente, no está especialmente regulado por el ordenamiento, se denomina atípico. Por consiguiente, dada esa peculiaridad, las dificultades que rodean los contratos atípicos son fundamentalmente dos: de un lado, la de precisar su admisión y validez, habida cuenta que es necesario establecer que su función económico -social se encuentra conforme con los principios ético- jurídicos, rectores del ordenamiento; y, de otro, la de establecer las reglas jurídicas que los disciplinan.

En relación con éste último aspecto, es decir, la disciplina normativa del contrato atípico, cabe destacar que deben atenderse, preferentemente, dada su singular naturaleza, las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público. Así mismo, les son aplicables, tanto las normas generales previstas en el ordenamiento, como comunes para todas las obligaciones y contratos, como las originadas en los usos y prácticas sociales; y, finalmente, mediante un proceso de autointegración, los del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante.

Con miras a determinar la reglamentación de esa especie de pactos, estos se han clasificado en tres grupos fundamentales: a) los que presenten afinidad con un solo contrato nominado determinado; b) los que resulten con elementos atinentes a varios y diversos contratos nominados; es decir, los llamados mixtos, en los que concurren y se contrapesan distintas causas; y c) los que no tienen ningún parentesco conceptual con figuras conocidas y un contenido absolutamente extraño a los tipos legales.

De los elementos esenciales del contrato aplicables a los contratos de gestación de vida humana por sustitución de vientre.

La Capacidad.

La capacidad como primer elemento de validez del contrato, hace referencia a la aptitud de la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones o como advierte Suarez (2008) “Consiste en la aptitud de toda persona para poder obligarse por sí misma sin el ministerio o autorización de otra (p.287)”. La regla general es que todas las personas tienen capacidad de goce por el simple hecho de ser personas, no obstante, para la realización de ciertos actos, derechos y deberes se requiere de capacidad de ejercicio, entendida esta como la aptitud legal de una persona para introducir por sí misma modificaciones en su patrimonio, a esto se le denomina igualmente capacidad legal. El artículo 1503 establece que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces.

La capacidad en este tipo contractual, revisada desde las partes intervinientes, deberá establecerse como una capacidad legal o de ejercicio, en este sentido, solo pueden acudir a la suscripción del contrato y a la realización de la técnica reproductiva las personas mayores de edad, pero este elemento de validez no resultará suficiente en esta práctica contractual, así por ejemplo, deberá existir absoluta claridad sobre quienes pueden acceder a ella, tal como sucede en figuras como la adopción.

La capacidad de ejercicio no excluye la posibilidad de exigir requisitos adicionales a quien siendo mayor de edad, se le exigen condiciones de cualificación especial para determinadas actuaciones. El establecimiento de requisitos para acceder a la técnica y ser parte en el contrato de gestación, podría ser revisado a la luz de una institución jurídica paralela como la adopción, en este sentido, de conformidad con el artículo 68 del Código de infancia y adolescencia colombiano, se establece como requisitos para adoptar los siguientes:

Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:

1. Las personas solteras.

2. Los cónyuges conjuntamente.
3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.
4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.
5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

PARÁGRAFO 1o. La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción....

Diferentes controversias se han suscitado en relación con la capacidad física, mental y moral suficiente que deben acreditar quienes desean adoptar, así a través de la sentencia C-804/09 La Corte Constitucional, señaló lo siguiente:

Para la Corte es claro que la exigencia de que quien aspire a adoptar un hijo, cuente con idoneidad física, responde a un fin constitucionalmente legítimo, cual es, asegurar las mejores condiciones para el cuidado y atención de las necesidades del menor que se integra a una familia, acorde con sus derechos fundamentales y garantías constitucionales, pero frente a personas que tienen una limitación física y cumplen con las demás condiciones establecidas en la ley para adoptar un hijo, la medida puede resultar discriminatoria, si se tiene como única razón para negar la adopción, por lo que encuentra la Corte Constitucional que el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, exige una valoración integral de todas las condiciones de quien sea candidato a padre o madre adoptante, no pudiéndose descalificar a una persona como posible padre o madre adoptante, por el sólo hecho de que tenga una discapacidad, sino que dicha condición debe ser evaluada en cada caso concreto por las autoridades y expertos, junto con los demás factores de idoneidad exigidos por la ley, y siempre en función de interés superior del menor, a la luz de las necesidades de amor, cuidado y protección del niño, niña o adolescente que será adoptado.

Igualmente en sentencia C-814 de 2001 la Corte Constitucional Colombiana con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, estableció que:

“Si el artículo 67 de la Constitución Política impone al Estado la obligación de velar por el cumplimiento de los fines de la educación, dentro de los cuales la misma Constitución señala literalmente el de "la mejor formación moral... de los educandos", debe deducirse que cuando el juez va a confiar un niño a una persona

en calidad de padre o madre adoptivo, con la obligación como tal de ser su primer y principal educador, tiene la obligación, emanada de la propia Constitución, de asegurarse de que dicha persona garantiza suficientemente dicho objetivo de formación moral que menciona la Carta. En tal sentido, la disposición acusada desarrolla las normas superiores al ordenar al juez cerciorase de la idoneidad moral de quien pretende adoptar, refiriendo dicha idoneidad al concepto de moral social o moral pública, en los términos mencionados.

La adopción, se ha dicho, es ante todo una medida de protección que se dispensa a un menor, y que busca satisfacer su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. El proceso que termina entregando un niño en adopción, está presidido por el principio del interés superior del menor. Así las cosas, la ley debe asegurar que el juez, quien dentro del referido proceso representa la autoridad del Estado, vele porque tal interés superior sea realmente observado, para lo cual debe cerciorarse que quien o quienes pretenden adoptar cumplan los requisitos a que alude el artículo 89 del Código del Menor: que se trate de personas capaces que hayan cumplido 25 años de edad, tengan al menos 15 años más que el adoptable y garanticen "idoneidad física, mental, moral y social para suministrar hogar adecuado y estable al menor".

Esta verificación debe ser adelantada con rigurosidad extrema, pues de sus resultados depende la decisión judicial de autorizar o no autorizar la adopción del menor, decisión en la que está comprometida la responsabilidad del Estado de protegerlo, de asegurarle su derecho a tener una familia y de garantizar también todo el plexo de derechos que los padres, en primer lugar, están en la obligación de reconocer a sus hijos: el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, al cuidado y amor, a la alimentación equilibrada, a la educación, a la cultura, al desarrollo armónico e integral, a la recreación y la práctica del deporte. Y aquellos regulados por el Código Civil, como el correcto ejercicio de la patria potestad y de la autoridad paterna, etc. Por lo tanto, las disposiciones que regulan la actividad del juez que decide decretar o no decretar la adopción, deben obligarlo a cerciorarse sobre los requisitos de idoneidad de los que pretenden adoptar, porque así se protege al niño contra la posibilidad futura de sufrir el abandono, la violencia física o moral, el abuso sexual o la explotación económica o laboral. Caros intereses superiores están pues comprometidos en la labor que se le encomienda al funcionario judicial y que el legislador debe regular”.

En este sentido, criterios como los establecidos legislativa y jurisprudencialmente para la adopción, resultan en buena medida apropiados para la celebración de los contratos de gestación de vida humana por sustitución de vientre, por ejemplo, se podría establecer que las personas que acudan a la técnica en calidad de comitentes y de mujeres gestantes no solo posean capacidad jurídica, sino que además posean las condiciones morales y sociales que permitan inferir un

consentimiento reflexionado de su actuación y en quienes se evidencie la clara protección del interés superior del niño por nacer.

De igual manera, no todas las mujeres, pueden ser gestantes, pues no basta la capacidad legal y el consentimiento, sino que además podrían ser establecidos requisitos especiales como una edad reproductivamente apropiada, el hecho de que ya haya tenido previamente sus hijos sanos, tener una buena salud psíquica y somática, etc.

El consentimiento.

Desde el punto de vista jurídico, el consentimiento es la aquiescencia dada de manera voluntaria y libre. Para ser voluntaria ha de ser consciente ha de ser a la acción u omisión en concreto, no a otra. (Peña & Ausín, 2001, p.249). igualmente, el consentimiento hace referencia a “la confluencia de voluntades sobre un determinado objeto jurídico” (Suarez, 2008, p. 287).

La voluntad no basta por sí sola para generar los efectos jurídicos vinculantes en una relación contractual, en este sentido, no prevalece lo interno que desea el sujeto, sino lo externo; el consentimiento se forma a partir de que las personas expresan su voluntad conjunta sobre un mismo objeto jurídico. Para que ese consentimiento sea válido, este deberá estar exento de vicios como el error, la fuerza y el dolo.

El consentimiento para la celebración de este tipo de contratos deberá ser declarado por escrito, con el fin de que no existan ambigüedades. Esto conlleva necesariamente a la creación del requisito adicional de solemnidad, en el sentido de que el consentimiento siempre deberá constar por escrito por las dos partes; regla aplicable de la misma manera, al consentimiento informado que dará la mujer gestante para la realización de la técnica reproductiva adecuada para lograr la concepción y adelantar posteriormente el embarazo.

Ahora bien, las partes no pueden llegar a la celebración del contrato mediante engaño, error, fuerza, dolo o coacción alguna, porque de presentarse una de tales situaciones, el consentimiento estará viciado y el contrato así realizado no conducirá a la producción de efectos jurídicos válidos.

El consentimiento como elemento de validez del contrato, deberá ser dado frente a aquello en lo que sea posible declararlo; así en el contrato de gestación propuesto, la posibilidad de adelantar un embarazo por cuenta de otro, debe ser un acto frente al cual la gestante pueda consentir con la certeza de que en su decisión el Estado no la desprotegerá.

Sobre este elemento contractual igualmente se puede hacer paralelo con la figura de la adopción, así el artículo 66 del Código de Infancia y adolescencia colombiano, advierte:

El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.
2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

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.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta

con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

Ahora bien, el consentimiento otorgado por la mujer gestante debe ser apto, informado y asesorado, no solo con relación a los tratamientos médicos reproductivos que se emplearan para lograr la concepción y el embarazo, sino además sobre las consecuencias jurídicas de su decisión con relación al niño- resultado de la técnica empleada. En todo caso, el consentimiento es un elemento esencial del contrato que requerirá examinarse durante el tiempo que dure el proceso de gestación, parto y entrega del niño a los comitentes subrogantes.

El consentimiento para dar inicio a los tratamientos que conlleven a la fecundación o concepción del niño, una vez estos ya se encuentren efectivamente realizados y de los cuales se deduzca el embarazo, no podrá ser revocado, salvo por circunstancias de fuerza mayor que impidan posteriormente seguir adelante con el embarazo, pudiendo aplicarse los presupuestos de interrupción de embarazo establecidos en la sentencia de la Corte Constitucional C-355 de 2006, en la que se declaró ajustado a la Constitución el artículo 122 del Código Penal en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

De otro lado, es posible la aplicación en paralelo de las disposiciones normativas y las decisiones jurisprudenciales que sobre el consentimiento para dar en adopción un niño se han establecido - tanto para madres biológicas como para padres adoptivos- así por ejemplo, el consentimiento de entrega del niño una vez este nace puede ser revocable por parte de la mujer gestante, pero solo

por un tiempo prudencial, que en la adopción se ha establecido en un mes después del día del parto. Una vez el consentimiento de entrega del niño sea otorgado este será irrevocable. De esta manera se asegura la toma de una decisión estable y seria¹⁹.

Ahora bien, el consentimiento que la mujer gestante otorga, no se puede limitar al hecho de reconocer una relación de poder entre las partes, en el que ella pueda interpretarse como objeto de la otra, por el contrario se debe promover que sea tenida en cuenta como protagonista en igual condición que los comitentes subrogantes. Es decir que las partes, no puedan gozar de ventajas una por encima de otra, sino que sean auténticamente partes iguales.

De manera que, el modelo que se propone es el de que el consentimiento solo se pueda otorgar en compañía y evaluación de expertos multidisciplinarios (no solo médicos) con el fin de que no exista una sistemática posible subordinación de las mujeres gestantes. Tal como se ha argumentado sobre el consentimiento médico informado, las posiciones feministas de acuerdo con Salles (2008) han señalado:

Que la noción clave en una ética médica moralmente ideal es de la empoderamiento de los pacientes – [en nuestro caso de las gestantes]- y no la de respeto a la autonomía. Consideran que la noción de empoderamiento es más sustancial y la conciben como un proceso que involucra el desarrollo y el ejercicio de la capacidad de determinar la propia vida, acompañado de un sentimiento de energía y satisfacción personal, implicando una dimensión social o política significativa. De acuerdo con esta perspectiva, solo un enfoque basado en el empoderamiento permite considerar el contexto histórico social, cuestionando y denunciando las subordinaciones que impone (p. 151)

¹⁹ Sobre la manera en que se otorga el consentimiento en la adopción, la Corte Constitucional en sentencia T- 510 de 2013 M.P. Dr. Manuel Cepeda Espinosa, realizó un interesante análisis en el que advierte que: “No basta con que se le brinde la información a la persona y se asegure que la comprendió cabalmente; se requiere también que la persona sea convenientemente asesorada. Esto es, la madre, o la persona que ejerza la patria potestad, debe ser aconsejada y guiada. No basta con suministrar amplia y debidamente la información si quien la recibe no la comprende realmente en su cabal dimensión y alcance, ni sabe cómo usarla y qué consecuencias se derivarán de decidir algo al respecto. Solo a partir de ese grado de conciencia sobre el acto propio se puede entender que el consentimiento fue pleno”.

El consentimiento de conformidad con las características previamente expresadas será además un consentimiento calificado, acompañado por quienes están autorizados por ley para otorgarlo. Juzgando el grado de suficiencia para la toma de una decisión informada ampliamente.

Visto desde la perspectiva de los comitentes, su consentimiento en todo caso no podrá ser revocable -aquí nuevamente en paralelo con la figura de la adopción- pues una vez se ha decidido tener un hijo, sea naturalmente o con asistencia científica como en este caso, no se puede desconocer las relaciones filiales que de tal decisión surgen, ya no como deseo de los padres, sino ante todo como protección al niño. Existiendo claridad en que la intención del hijo es de los padres comitentes, no se puede alegar posteriormente excusa alguna frente a las obligaciones que por el vínculo filial se deriven.

La causa lícita

La causa final es el fin próximo que determina la voluntad de obrar, vale decir el fin hacia el cual se tiende (Linares, 2009, p.18). La causa responde al por qué contrataron las partes, a cuales son las motivaciones que indujeron a los contratantes a celebrar el contrato, de allí que el establecimiento de si ella es lícita o no, corresponda de manera exclusiva al juez, quien deberá determinar su licitud dentro del marco normativo y verificar que no contradiga la moral y las buenas costumbre.

Ahora bien, sobre la causa de las obligaciones, señala el artículo 1524 del Código Civil que:

“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que

no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición a la realización de contratos de gestación por sustitución, de manera que su práctica es permitida por omisión legislativa, y ha llegado a encontrar asidero en el artículo 42 constitucional que establece que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.”

En este sentido, no pueden adolecer de nulidad estos contratos por ilicitud, en cuanto no están prohibidos expresamente por la ley. Lo que sí puede ser una objeción a esta forma contractual, es que la misma carezca de una moralidad común aceptable y en consecuencia, sea contraria a las buenas costumbres, estos dos conceptos resultan ambiguos y de gran indeterminación, razón por la que es preciso establecer que constituye para el intérprete constitucional una causa que atenta contra la moralidad y las buenas costumbres.

La Corte Constitucional ha señalado en la sentencia T-301 de 2004 que en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, el concepto de moral pública sólo puede ser entendido de esta manera:

“(i) la justificación de las medidas que limitan derechos con base en la moral pública, en un estado pluralista respetuoso de la autonomía individual, debe examinarse a la luz del principio pro-libertate, y sujetarse por lo mismo a un test estricto de proporcionalidad; (ii) la imposición de medidas sancionatorias con base en la moralidad pública ha de vincularse directamente a la preservación de intereses constitucionales concretos; (iii) para que la moral pública pueda constituir una justificación legítima de una restricción de la libertad personal, no debe privilegiar una determinada postura moral a expensas de las demás que están presentes en las sociedades plurales contemporáneas – debe ser aquella noción de moralidad pública que es estrictamente necesaria para armonizar proyectos disímiles de vida que tienen derecho a coexistir dentro de un orden democrático y pluralista; y (iv) ‘está compuesta por los principios que se encuentran en relación de conexidad necesaria con la idea de Estado social y democrático de derecho, cuales son, entre otros: dignidad humana, la búsqueda de la paz, el pluralismo y la tolerancia”.

La misma Corte en sentencia T-629 de 2010, señaló con relación a la definición del término buenas costumbres lo siguiente:

En lo que se refiere a las buenas costumbres, se ha dicho que con ellas se expresa “el aspecto moral del orden público, es decir, las reglas morales cuyo respeto impone el interés de la sociedad a las voluntades individuales”. Representan entonces “los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social, que pretenden introducir la justicia y la equidad en las relaciones contractuales, a fin de evitar negociaciones impuestas y vejatorias. Se erigen en un límite al ejercicio de la autonomía contractual, que obra como una especie de parámetro que va más allá de la mera prohibición legal y abre una especie de “ventana sobre el orden ético”.

De manera que quienes reprochan no la actitud de ser padres sino el modo en que se llega a ser padre, realizan un reproche paradójico, porque tendrían que responder primero si hay quienes definitivamente no deberían ser padres, pues no todos poseen el mismo modo natural de serlo, por lo que la causa de tener un hijo, no puede ser reprochado como un acto inmoral y mucho menos como contrario a las buenas costumbres. El modo en cómo se tiene un hijo es un simple medio pero no es el fin último de ejercer la paternidad auténticamente.

Este tipo contractual promueve importantes intereses constitucionales, como la solidaridad, la autonomía, el pluralismo, la tolerancia, la realización individual como elemento dignificante del ser humano; si ser padre contribuye a la realización de la dignidad humana de quien así lo percibe, que un Estado y una sociedad le priven de tal concepción, sería privarle su derecho a ser libre, del mismo modo, quien participa en tal propósito disponiendo de su fuerza biológica de gestación.

Siguiendo con lo establecido en la sentencia de la Corte Constitucional T- 629 de 2010, ya mencionada, en esta además se realizó un juicioso análisis sobre el respeto laboral de las trabajadoras sexuales, se estableció una importante consideración que debe ser tomada en cuenta en todos los casos en que se pretenda hacer una valoración de causa ilícita por no ajustarse a la moralidad y las buenas costumbres, en esta sentencia, advirtió la Corte que:

“la licitud o ilicitud de una prestación, de un contrato, serán el resultado de la forma en que operen los bienes constitucionales que animan el ejercicio de la autonomía privada, las normas de Derecho público y el principio de solidaridad impreso por el Estado social de derecho en las relaciones entre particulares. Será resultado del consentimiento y capacidad del sujeto que actúa en ejercicio de su libertad y dignidad humanas y todos los valores constitucionales que de allí se desprenden, de cumplir con el ordenamiento que somete la actividad de que se trate, a sus reglas y principios”.

El ordenamiento al consagrar la moralidad y las buenas costumbres como elementos a ser revisados en la causa y objeto sobre los que recaen las obligaciones y contratos, se encaja en un modelo prohibicionista. Sin embargo, no puede existir en un Estado que se proclama pluralista la imposición de una concepción moral específica, ello sería ilegítimo, debido a que no todos los ciudadanos están obligados a compartir un mismo y único concepto de moralidad. De otro lado, no se puede afectar la libertad, la autonomía y el libre desarrollo apelando a los conceptos de moralidad y buenas costumbres.

El objeto lícito

No se trata de un negocio jurídico cuyo propósito sea la compra de un niño, no existe en el empleo adecuado de la técnica un propósito de explotación del niño-hijo, ni de la mujer que actúa como gestante, ni de las agencias que dedican esfuerzos profesionales para realizar la intervención asistida reproductiva, ni de los padres comitentes que anhelan ser padres; en un correcto contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre, no se pueden dejar evidenciado ningún tipo de dolo ni propósito diferente al de una voluntad reproductiva responsable.

Debe existir la claridad de que en cualquiera de los escenarios planteados, el objeto del negocio jurídico tal como lo plantea Alarcón (2002) “no sería el embrión o feto, es decir, no sería un ser humano; su objeto lo constituiría la fuerza biológica de gestación de una mujer. Aún más, el objeto ni siquiera sería un aparte del cuerpo de la mujer, es decir su útero o vientre”. (p.131)

Ahora bien, para quienes puedan considerar que el objeto negocial lo constituye el vientre o el útero en calidad de componente del cuerpo humano, podrán objetar que este se encuentra fuera del comercio, y no se le puede asimilar a un bien mueble u otra clase de bien, por lo que no se podría disponer del mismo como un objeto.

En este mismo orden, siguiendo lo expresado por el profesor Alarcón (2002) se cuestiona la negación que se hace a este tipo de prácticas, cuando interroga:

¿O es que acaso el ordenamiento no conoce negocios jurídicos en que su objeto lo constituye, no el ser humano o una parte de su cuerpo, sino su fuerza física, su fuerza intelectual, su fuerza de trabajo, etc.? Pero si vamos más allá, encontramos que la legislación regula negocios jurídicos cuyo objeto son las partes o componentes anatómicos del cuerpo humano. ¿O que es entonces la llamada donación de órganos? ¿Y que la donación de gametos? Si estos no fuesen negocios jurídicos no podría explicarse la transferencia de un sujeto a otro de esas partes, componentes anatómicos o gametos. Ahora ser gratuitos no les quita su naturaleza negocial. De manera que no es exótico sostener que jurídicamente la fuerza biológica de gestación de una mujer podría ser objeto de un negocio jurídico. (p.131).

Ahora bien, más allá de la comparación entre los órganos humanos, revisando si entre ellos existe un valor diferencial que los jerarquice en orden de importancia y si estos pueden estar sujetos a tráfico negocial, corresponde determinar si la capacidad reproductiva de una mujer puede ser objeto de una transacción comercial, hemos de preguntarnos, “qué clase de bien es: ¿podemos considerar nuestro cuerpos como propiedades nuestras y usarlos y disponer de ellos como nos plazca, o hay usos de nuestro cuerpo que equivalen a la autodegradación?” (Sandel, 2013, p.53).

Es claro que el útero es un órgano del cuerpo humano y por tanto un bien no económico, pero debe entenderse que en el tipo de contrato que se propone este no se encuentra en venta, ni siquiera en alquiler, de lo que se trata es de entender que como órgano humano tiene un uso, uno muy

especial, tal como lo tienen los demás órganos humanos y que es su función biológica de gestación la que es objeto de negocio jurídico.

Todos los órganos tienen una función y muchas veces recibimos remuneración o recompensa por su uso adecuado, todos los trabajos que dispensamos a diario requieren la utilización de nuestros órganos. El cuerpo humano se compone por alrededor de 21 órganos: el cerebro, la lengua, los oídos, los ojos, los pulmones, el corazón, el timo, el estómago, el hígado, los riñones, el páncreas, el bazo, el pene, el clítoris, los testículos, el útero, la próstata, la vejiga, los huesos, los músculos y la piel, gracias a ellos trabajamos de maneras muy diversas, no obstante, ningún órgano tiene tan especial importancia de gestar vida como el útero, de allí que radique la alta complejidad de su utilización para el servicio de otros.

Muchos de nuestros órganos están al servicio permanente de otros, de quienes recibimos a diario órdenes, de aquellos que solemos llamar jefes, y de quienes recibimos compensación económica permanente. Si el cuerpo es nuestro, con todo lo que él lo compone, no debe parecer anómalo que se realicen funciones corporales en beneficio de otros.

En resumen, el objeto del contrato de gestación propuesto, lo constituye una obligación de hacer, en este caso poner en servicio de otros una función biológica propia: la de gestación, de manera que finalmente lo que se realiza es un comportamiento, al prestar un servicio para otro. La licitud de este se identificará, de acuerdo a Gómez (2010) con tres criterios de evaluación: la legalidad, la preeminencia del interés social y la moralidad. La legalidad indica que la conducta contractual no contraría normas imperativas. La preeminencia del interés social señala que la conducta contractual no contraría el orden público, trátese del orden político, trátese del orden público económico. La moralidad indica que la conducta contractual no contraría las buenas costumbres.

En cuanto a la legalidad ya ha quedado establecido que no existe norma legal que prohíba este objeto contractual, máxime tratándose del préstamo de un servicio en el que se involucra el cuerpo de su titular,-en nuestro caso la gestante- pues la disposición del mismo, solo puede ser titularidad de ella.

La Corte Constitucional al analizar el caso de las trabajadoras sexuales y sus derechos laborales, resolvió en sede de tutela que ellas no solo tuvieran acceso a una retribución económica justa por quienes administran los sitios en que realizan su labor; sino que además consideró la prostitución como un trabajo, y el trabajo en nuestro ordenamiento es un valor constitucional, y como valor sustenta la dignidad del ser humano. Decía Juan Pablo II en la Encíclica *Laborem Exercens* que el trabajo no sólo es “un bien «útil» o «para disfrutar», sino un bien «digno», es decir, que corresponde a la dignidad del hombre, un bien que expresa esta dignidad y la aumenta. De suerte, que no puede un objeto contractual desarrollar la dignidad y al mismo tiempo carecer de moral o ser contrario a las buenas costumbres.

En este sentido Cohen (2011) señala que:

En una sociedad pluralista, la gente debería en lo posible tomar sus propias decisiones morales. No es de incumbencia de la ley hacer cumplir un código común de moralidad, y la instancia legal debería intervenir sólo cuando es posible que otras personas sufran un daño. En una sociedad que aspira a garantizar la libertad personal, y cuyos miembros muestran criterios y actitudes muy diferentes hacia la moralidad sexual y hacia los formatos de familia, ¿por qué debería la ley prohibir la maternidad sustituta? (p-245)

Tabla 2.

Elementos esenciales del contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre

	Capacidad	Consentimiento	Causa Lícita	Objeto lícito
Comitentes subrogantes	<ul style="list-style-type: none"> • Capacidad legal o de ejercicio • Mayor de edad • Cumplimiento de los requisitos 	<ul style="list-style-type: none"> • Declarado por escrito – solemnidad • Libre • Apto 	Motivación del contrato: la adquisición de la prestación de un servicio que conlleva a un resultado= tener un hijo	

	establecidos para la adopción	<ul style="list-style-type: none"> • Informado conveniente y profesionalmente asesorado • Previo • Lenguaje claro • Exento de error, fuerza y dolo 	<ul style="list-style-type: none"> • Actuación no prohibida por la ley • Actuación no contraria a la moral y las buenas costumbres 	Adquisición de la prestación de un servicio de fuerza biológica de gestación de una mujer gestante para tener su hijo
	<ul style="list-style-type: none"> - Mayor de 25 años - Garantizar idoneidad física, mental y moral 	<p>Irrevocable en cualquier momento del proceso</p>	<p>Promoción de importantes intereses constitucionales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Solidaridad • Respeto a la autonomía • Pluralismo • Dignidad humana 	
Mujer gestante	<p>Capacidad legal o de ejercicio</p> <p>Mayor de edad (pudiendo establecerse requisitos adicionales como:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Haber tenido hijos previamente. • Gozar de buena salud mental y física 	<p><i>Empoderado</i></p> <p>Irrevocable cuando se ha logrado el embarazo que solo puede ser interrumpido en los supuestos contemplados en la sentencia (C- 355-06).</p> <p>Revocable al momento del nacimiento del niño y solo por un mes del parto.</p> <p>Después de este tiempo irrevocable.</p>	<p>Compensación económica por la prestación de un servicio o</p> <p>Fin altruista de apoyo en la realización de un proyecto de vida de otras personas que desean ser padres.</p>	Una obligación de hacer: poner al servicio de los comitentes subrogantes su fuerza biológica de gestación

Del contenido y forma del contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre.

El problema de crear una categoría contractual para la aplicación de la técnica reproductiva es compleja, porque dentro de los planteamientos doctrinales tradicionales el contrato como acuerdo de voluntades entre partes, debe tener la posibilidad de modificación o incluso de extinción por mutuo acuerdo, aquí existe un elemento difícil de ser manejado no solo por quienes intervienen en la técnica sino además por los juristas.

Lo ideal es que estos contratos lleguen al termino deseado, -ideal que se predica de cualquier tipo de contrato- pero debe reconocerse que ello no siempre ocurre, de suerte que las partes en el curso del contrato pueden querer modificarlo de común acuerdo, situación que solo podrá depender de las limitaciones que los mismos contratantes se hayan autoimpuesto. El problema del contrato visto de esta manera, ni siquiera radicaría en su final incumplimiento, porque ante este la vía a seguir sería la judicial, la dificultad radica cuando los problemas que median en su ejecución dependen de manera exclusiva de la voluntad de las partes.

De otro lado, limitar la posibilidad de modificación del contrato hace que estos se conviertan en los comúnmente denominados contratos de adhesión, donde no hay lugar a la discusión de las partes, sino que simplemente una de ellas (en nuestro caso la gestante) se adhiere a una serie de cláusulas que le imponen deberes especiales.

Desde esta perspectiva, un contrato donde no exista claridad en torno a su modificación, deja al arbitrio de las partes la posibilidad permanente de incumplimiento, en consecuencia deberá limitarse la posibilidad de tales modificaciones desde el principio. De lo que se trata entonces, es de diseñar un instrumento contractual en que las condiciones esenciales de validez sean claras, dejando solo la posibilidad de modificación de las clausulas accesorias en las que se podrán contemplar el cumplimiento y desarrollo de obligaciones especiales que coadyuven a la obligación principal establecida por las partes.

Para finalizar se advierte en este estado, que nos encontramos frente a la posibilidad de un contrato con las siguientes características:

a) Dos partes: de un lado comitente/s subrogantes (que pueden estar representadas por parejas heterosexuales, homosexuales, casadas o con unión estable, o personas solteras) y que pudieron haber entregado su material genético o haber adquirido el de terceros para un proceso técnico de reproducción asistida; de otro lado, una mujer gestante.

- b) Capacidad determinada previamente, en este sentido, no basta ser mayor de edad, sino que se podrá exigir ciertas condiciones biológicas, sociales, psicológicas que permitan inferir que los intervinientes se obligan válidamente.

- c) El objeto lo constituye la prestación de un servicio; el de que la mujer gestante ponga a disposición de unos comitentes su fuerza biológica de gestación para adelantar el embarazo de quienes serán hijos de los comitentes.

- d) Para tener validez jurídica dicho contrato sólo puede definir la adquisición y transferencia de derechos y obligaciones civiles. La entrega del niño a los padres comitentes por parte de la gestante hace parte de las prestaciones convenidas.

- e) El establecimiento del requisito de solemnidad, consistente en que en cuanto a la forma, el contrato deberá ser escrito, debido a la importancia de la figura contractual propuesta, el contrato debería ser normado, es decir, que se encuentre sujeto a una normatividad que le permita cumplir su auténtica función.

- f) La incorporación de cláusulas que establezcan los procedimientos médicos de transferencia de embriones, con claridad del número de intentos a ser practicados, y los tiempos de realización.

- g) Obligaciones claramente identificables en el tiempo para las partes.

- h) La contemplación de una cláusula que establezca que tras el nacimiento del niño, la mujer gestante se compromete a extender un consentimiento escrito para el registro del niño por parte de los comitentes.
- i) El contrato de gestación debe contener una cláusula que señale que si la mujer gestante decide quedarse con el niño, no sólo perderá el derecho a la compensación económica, sino también deberá indemnizar a los padres comitentes por todos los gastos derivados del contrato, sin perjuicio de las acciones civiles que puedan estos últimos adelantar tendientes al establecimiento a su favor de la filiación.
- j) Una compensación económica a la mujer gestante con el fin de proporcionarle las condiciones más favorables durante el período de gestación y la rehabilitación post-parto, así como el establecimiento de una remuneración final de la obligación.
- k) El establecimiento de cláusulas que den cuenta de lo que se debe hacer frente al incumplimiento o la muerte de alguna de las partes con claridad de la no afectación de los derechos del niño.
- l) Debido a la importancia del tipo contractual propuesto y a la intervención profesional que realizan médicos y clínicas dedicadas a la reproducción asistida científicamente, es probable que en estas clínicas o centros se gestionen los trámites legales y administrativos, de manera que las partes puedan ser informadas a través de un equipo profesional multidisciplinar idóneo para ello. Pudiendo otorgarse en todo caso un consentimiento calificado.
- m) Como contrato pueden establecerse una serie de cláusulas accesorias que sin ser esenciales ni naturales al contrato, se le agregan como especiales. Finalmente estas coadyuvan a que el objeto

contractual pretendido se logre, por lo que es común que se establezcan las siguientes: la realización de controles médicos y psicológicos programados de manera oportuna, así como el acompañamiento a los mismos por parte de los comitentes, quienes desean involucrarse en el embarazo de su hijo, la adopción de un estilo de vida saludable por parte de la mujer gestante con el fin de procurar bienestar al niño por nacer. Sin embargo, habrá que evitar el uso y abuso de cláusulas que puedan llegar a afectar los derechos humanos de cualquiera de los intervinientes.

n) Establecimiento de causales que prescriban la interrupción del embarazo. Como las previstas jurisprudencialmente en Colombia para los casos en que la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico o cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; o finalmente, cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

o) El no rechazo por parte de los comitentes del niño que nace. Debiendo establecerse en todo el proceso el carácter de irrevocable de su consentimiento.

p) Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante, con el fin de evitar futuras reclamaciones de maternidad por parte de la gestante derivadas de argumentos centrados en la filiación genética.

En Colombia a través de Sentencia T 968 de 2009 la Corte Constitucional estudió un caso de gestación de vida humana por sustitución de vientre, analizando que estos acuerdos o convenios no están regulados en el país pero tampoco están prohibidos de manera expresa, sin embargo, advirtió la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones” que la Corte enumeró en los siguientes:

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

Condiciones que comprometen la aceptabilidad ético-jurídica del contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre.

Se suelen plantear objeciones de muy diversa índole a los contratos que permiten el ser padres a través de otros; entre las objeciones más comunes se apela al reconocimiento de quienes pueden acceder a la técnica, a la posible explotación del cuerpo femenino de la gestante, a la mercantilización del niño-hijo, entre muchas otras.

Lo primero que debemos advertir, es que las figuras mediante las cuales accedemos al mercado, generalmente contratos, reconocen la importancia de la moral. Sandel (2011) advierte que los contratos reales tienen peso moral en la medida en que realicen dos ideales: la autonomía y la reciprocidad. En cuanto acto voluntario, los contratos expresan nuestra autonomía; las obligaciones que crean tienen peso porque nos la imponemos a nosotros mismos, porque cargamos con ellas libremente. En cuanto instrumento para el beneficio mutuo, los contratos beben del ideal de la reciprocidad; la obligación de cumplirlos procede de la obligación de pagar a otros por los beneficios que nos aportan.

Sin embargo, los beneficios que nos reportan cierto tipo de contratos pueden no ser medidos de manera adecuada o clara en relación con quien nos lo reporta, así que difícilmente se pueda establecer el pago justo o proporcional por ciertos servicios. Cuando se adquiere la obligación contractual de adelantar un embarazo para otros, dicha obligación no resulta fácilmente compensable con dinero, en ocasiones fijar tazas a nuestros trabajos o a las funciones que desempeñamos no resulta tarea sencilla, pero no por ello nos privamos de seguir adquiriendo servicios todo el tiempo.

Si bien, ha quedado clara la autonomía y su papel determinante en el tipo de contrato propuesto, no resulta tan sencillo establecer la reciprocidad, -y no porque tal reciprocidad no exista- es solo que los valores propuestos en tal reciprocidad son tan absolutamente distintos, que difícilmente exista claridad de su posibilidad. Por ello es sumamente importante que los sujetos que intervienen, tengan claro lo que esperan recibir y valoren tal elemento prestacional como el más importante. Así, que mientras la gestante valorará de mejor manera el dinero que recibe como pago, la pareja comitente podrá valorar más el cumplir su sueño de tener un hijo. Lo anterior, no coarta la posibilidad de que la gestante pueda sentir al mismo tiempo satisfacción personal, tal como sucede con el escritor cuando vende su obra al público.

El hecho de que una de nuestras funciones corporales pueda ser puesta en el mercado a disposición de otros, parece generar dudas; estas se aligeran o intensifican en la medida en que sean servicios con o sin retribución económica: Así por ejemplo, no se cuestiona la donación de órganos, pues al parecer la gratuidad en el acceso a ellos la hace poco cuestionada, de otro lado, la venta de esperma poco se cuestiona pese a ser una venta. De manera que la objeción no se centra en el valor económico del servicio o bien a ser vendido o cedido, sino a lo mejor en el reconocimiento de otros factores, que pudieran centrarse en la vitalidad o importancia del órgano o fluido que se transferirá. Para estudiar esta última objeción, revisaremos la legalidad de tales prácticas a la luz de la ley y jurisprudencia actual.

La ley colombiana 919 de 2004 por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico, establece en el artículo 1: “La donación de componentes anatómicos; órganos, tejidos y fluidos corporales deberá hacerse siempre por razones humanitarias. Se prohíbe cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por los componentes anatómicos. Quien done o suministre un órgano, tejido o fluido corporal deberá hacerlo a título gratuito, sin recibir ningún tipo de remuneración por el componente anatómico. Ni el beneficiario del componente, ni sus familiares, ni cualquier otra persona podrá pagar precio alguno por el mismo, o recibir algún tipo de compensación”.

El Consejo de Estado Colombiano en fallo de 8 de abril de 2010 siendo Consejero ponente el doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta al decidir en única instancia la demanda interpuesta por el ciudadano Ignacio Mejía Velásquez, en ejercicio de la acción de nulidad establecida por el artículo 84 del C.C.A., contra algunos artículos del Decreto 2493 de 4 de agosto de 2004, expedido por el Gobierno Nacional. Manifestó en sus consideraciones importantes argumentos sobre la prohibición legal de esta tipo de prácticas, señalando:

La interdicción legal de reportar algún provecho económico por el suministro de órganos o tejidos de origen humano, siendo en sí misma razonable, encuentra su plena justificación en el hecho de que el cuerpo humano y cada una de las partes que lo componen, son bienes no patrimoniales de carácter personalísimo, que por razones de orden moral y cultural no pueden ser objeto de transacciones comerciales, toda vez que ello reñiría abiertamente con los postulados más elementales de la ética y la dignidad humana.

En tal virtud y partiendo del presupuesto insoslayable de que el cuerpo humano, sus órganos, células, líquidos y tejidos son bienes que por su naturaleza se encuentran fuera del comercio, cualquier transacción de carácter lucrativo que tenga por objeto su incorporación, implante o trasplante en otro organismo humano, o el desarrollo de actividades de intermediación o promoción comercial de este tipo de procedimientos, son actividades que además de contrariar el ordenamiento jurídico, atentan contra la dignidad humana. En ese orden de ideas, el hecho de exigir y/o percibir cualquier tipo de pagos, recompensas, retribuciones, compensaciones o contraprestaciones por la donación de órganos y tejidos de origen humano, se considera violatorio del ordenamiento jurídico, en razón de la ilicitud misma de su objeto, lo cual explica entre otras cosas que el legislador colombiano haya decidido elevar el tráfico de dichos componentes a la categoría de delito.

La dignidad humana como valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico (*Art. 1º de la Constitución*), se vería seriamente comprometida y amenazada de llegar a permitirse o tolerarse el mercado de componentes

anatómicos humanos, pues con ello se estaría estimulando la más inhumana, vergonzosa e indebida explotación de la miseria y la trasgresión del viejo postulado del derecho romano que enseña que “*el hombre no es dueño de sus miembros*”.²⁰

El tema de los trasplantes, ejemplifica como ningún otro las perversiones insufribles que conllevaría una asignación de los servicios médicos con criterios de mercado; lo cual se opone frontalmente a la pretensión de garantizar la universalidad del acceso a los beneficios que se pueden derivar de este tipo de tratamientos médico quirúrgicos, pues por razón de los costos y como consecuencia de la especulación generada por la “*mano invisible*” del mercado, no todas las personas podrían tener la posibilidad de restablecer su salud o de evitar la pérdida de su vida a través de un trasplante.

La inmoralidad que supondría la elección de los receptores de componentes anatómicos a partir de su capacidad de pago, es algo que riñe abiertamente con los postulados filosóficos sobre los cuales se encuentra estructurado nuestro Estado social de derecho, tornando irrealizables en la práctica los principios de solidaridad, igualdad, universalidad y no discriminación y convirtiendo en letra muerta los derechos fundamentales a la vida y la salud.

La consecuencia de todo ello es que la donación de componentes anatómicos, aunque parezca reiterativo y redundante decirlo, ante todo debe ser **gratuita y desinteresada**, respondiendo esta regla a la noción ética de que **el cuerpo humano no puede ser ni comprado ni vendido**. El principio, sin embargo, no excluye, como ya se dijo, la posibilidad de que puedan cobrarse los costos que demande un procedimiento médico científico de tal envergadura

Pues bien, la postura asumida por el Consejo de Estado no difiere mucho de los argumentos esgrimidos por Titmuss contra la comercialización de la sangre en Estados Unidos, pues este señalaba que la comercialización de la sangre hace que gran parte de la sangre de los bancos provenga de los pobres, los trabajadores sin cualificación, los desempleados, los negros y otros grupos con bajos ingresos. “de una clase explotada está surgiendo una nueva clase, la de los suministradores de sangre”, señalaba además que era probable que al declive del espíritu altruista en una esfera de la actividad humana acompañe cambios similares en actitudes, motivos y relaciones dentro de otras esferas. La comercialización de la sangre y de las donaciones reprime la expresión del altruismo y merma el sentimiento comunitario.

²⁰ Vid. Digesto X. 2, 13.- Ulpiano: “*Liber homo suo nomine utilem Aquilae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*”.

Fallos como el referido, son el reflejo de un Estado que de un lado reconoce las libertades y derechos individuales, pero al mismo tiempo las limita en procura de un bienestar general, así la donación de órganos, tejidos y fluidos reconoce una libertad individual de disposición del cuerpo de las personas, como un derecho personalísimo, pero le limita la posibilidad de su tráfico comercial mediado por el lucro, como una forma de controlar posibles prácticas discriminatorias que afecten la igualdad de los ciudadanos.

Cuando existe alguien que tiene la capacidad de pago sobre un bien que se encuentra excluido del comercio no solo por la importancia que representa para su titular, sino además porque su comercialización traspasa los límites fundamentales del orden público y la moral común, que no debe estar en las afueras del mercado y de los que depende la vida misma, no resulta equitativo que quien no tiene la misma capacidad de pago no pueda acceder a vivir.

De otro lado, hay que revisar que las donaciones de órganos buscan en su mayoría salvar la vida de las personas, evitando su muerte o recuperando su salud. No obstante, la situación de una posible donación de útero²¹ presenta una situación completamente distinta, frente a ella, la vida no está en riesgo, algunos podrán alegar que ni siquiera la salud, porque la salud no se ve afectada por el hecho de no tener hijos, aunque otros podrán alegar que la infertilidad o esterilidad son enfermedades y que no tener hijos si constituye una enfermedad. Bestard (2004) señala que “Las

²¹ En el año 2013 se registró por varios medios de comunicación y portales web la historia de Derya Sert, una joven Turca que nació sin útero, una condición que afecta a una de cada 4.500 mujeres en Estados Unidos. En agosto del 2011 se sometió a un trasplante de útero en su país natal, Turquía, y fue el primer caso en que se utilizó el órgano de una donante fallecida y también la primera ocasión en que la matriz fue aceptada por el cuerpo. El procedimiento fue llevado a cabo por un equipo de la Facultad de Medicina de la Universidad de Akdeniz. De acuerdo a los médicos, la principal señal del éxito del trasplante fue que Sert empezó a menstruar. Sin embargo, eso no garantizaba que pudiera ser mamá. Dieciocho meses después de la intervención, Sert acudió a la fecundación in vitro utilizando dos embriones que le fueron extraídos, fecundados y congelados antes del trasplante. Para su fortuna y regocijo de la comunidad médica mundial, los especialistas que la trataban confirmaron su embarazo, no obstante al poco tiempo, su embarazo tuvo que ser detenido, al observar los médicos que el feto no tenía latido. <http://www.semana.com/vida-moderna/articulo/milagro-medico-sera-mama-tras-trasplante-utero/340243-3>

personas infértiles lo son en la medida en que no pueden conseguir lo que el resto de la población puede” (p.34).

Puede considerarse más fácil conseguir donantes de útero, al ser un órgano no necesario para vivir. Frente a la donación de este, existe la claridad de que no debe mediar compensación económica alguna; sin embargo, para los efectos de la figura contractual propuesta, se debe considerar que no es el útero como órgano individualmente considerado lo que se contrata, sino que es la fuerza biológica de gestación la que debe constituir en estas prácticas el elemento negocial a ser valorado y no el niño como objeto, o la gestante como incubadora.

Puede ser recurrente que en el proceso de embarazo la mujer que adelanta la gestación desarrolle sentimientos especiales hacia el bebé, pues el trabajo reproductivo no es solo un proceso biológico del que resulta como producción final un niño, sino que además tener un niño, es un acto social y no meramente individual, pues cuando una mujer firma un contrato de gestación, no solo se limita a comprometerse con ciertos procedimientos y acciones, ella se compromete además a intentar concebir un niño que llevará consigo y dará a luz, en otras palabras, para formar cierta relación con otro ser humano.

Si bien los contratos no pueden reglamentar obligaciones sobre los sentimientos, si algunas obligaciones de contenido humano y social; tal como sucede en el contrato de matrimonio en el que se establecen unas obligaciones recíprocas, como que los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse, y ayudarse mutuamente, estas son sin duda obligaciones pactadas que se basan en sentimientos e intenciones. Del mismo modo, la maternidad y paternidad podrían establecerse desde las intenciones, las cuales deben ser claras y no solo desde la perspectiva de la biología o la genética. La voluntad procreacional queda establecida por parte de los padres comitentes, por lo que desde el momento de la concepción debe haber absoluta claridad de que el niño es el resultado de la intención de sus padres y que la mujer que va a adelantar el embarazo es consciente de que no va a tener un hijo, por lo menos no su hijo.

El caso jurisprudencial más célebre sobre el empleo de esta técnica a través de un contrato, es el conocido con el nombre de "Baby M", en los Estados Unidos. Los hechos fueron los siguientes: en febrero de 1985, la señora Mary Beth Whitehead firmó un contrato de maternidad subrogada, aceptando ser inseminada artificialmente con el espermatozoides de William Stern y entregar el niño a su nacimiento. A cambio de la entrega del niño recibiría la suma de diez mil dólares. Al mismo tiempo, aceptaba ser sometida a una amniocentesis y, si se detectaban anomalías en el feto, se obligaba a abortar a petición de la pareja que lo había "encargado", bajo pena de perder el precio convenido. En marzo de 1986 la señora Whitehead dio a luz a una niña (Melisa, de donde deriva el nombre del caso) y la entregó, sin reticencias, a los Stern, quienes decidieron confiársela "a título provisorio y para su salud moral". Ella conservó a Melisa durante cuatro meses, sin intención de entregarla a los Stern, hasta que fue obligada por una decisión judicial. En marzo de 1987 un juez declaró extinguidos los derechos maternos de la señora Whitehead. Diez meses después, la Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey la restableció en sus derechos y declaró nula la adopción hecha por la señora Stern. La niña fue declarada legalmente hija natural de la señora Whitehead y del señor Stern. Fundándose en el interés superior de la menor, la Corte decidió que ella residiría normalmente con el matrimonio Stern, pero que la madre subrogada --que era la madre genética--, tenía un derecho de visita (Corte Suprema de Nueva Jersey, 3 de febrero de 1988, *Atlantic Reporter*, 2. Serie, N.J. 1988, p. 1227)".

En países de tradición jurídica *common law*, como Estados Unidos, caracterizados por estar fundados en reglas elaboradas jurisprudencialmente, por la escasa influencia del derecho romano, el derecho natural y la codificación, por la poca utilización de conceptos abstractos, el predominio de las normas casuísticas y la unión de reglas de fondo y de procedimiento (Tinoco, 2001) que conllevan a que la jurisprudencia sea su principal fuente de derecho, suelen realizar como en el caso reseñado un test de derechos individuales, en el que se aplica la prevalencia del interés superior del niño, revisando la actitud y los diferentes aspectos de las partes en conflicto, que permita inferir cuál de ellas puede proveer mejor atención al niño.

Aunque los acuerdos de subrogación de gestación no encuentran un reconocimiento legal explícito en la mayoría de Estados federados, en algunos como en el caso de California, se les ha otorgado carácter vinculante y en casos de conflicto de intereses entre la pareja comitente y la subrogante, se ha declarado la filiación del niño resultado a favor de los comitentes, constituyéndose esta fuerza vinculante a partir del precedente (Farnós, 2010).

Lo que evidencian los casos de disputa filial en los supuestos de acuerdos de subrogación de la gestación por sustitución de vientre, es que el problema no radica en la existencia per se de los contratos, sino en su alta posibilidad de incumplimiento y de las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

Tal como lo señala Rodríguez & Martínez (2012) en su estudio sobre la experiencia estadounidense del contrato de maternidad subrogada, en el que señala que:

Igualmente, la jurisprudencia también ha sido una fuente fundamental en la construcción del análisis jurídico de los contratos de maternidad subrogada. Sin embargo, debe destacarse que la propia jurisprudencia ha resaltado que el mejor escenario para construir una aproximación jurídica al fenómeno de maternidad subrogada es mediante el poder legislativo. En esta dirección se pronunció la Suprema Corte de California en

el caso *Johnson v. Calvert*, al señalar: *We are all too aware that the proper forum for resolution of this issue is the Legislature, where empirical data, largely lacking from this record, can be studied and rules of general applicability developed.* [Nosotros somos conscientes de que el foro adecuado para resolución de este asunto es el legislativo, en donde datos empíricos, que faltan ampliamente en este caso, pueden ser estudiados y reglas de aplicación general desarrolladas](p.66)

En un sistema jurídico continental o *civil law*²² como el colombiano, basado en una legislación codificada, en el empleo de nociones abstractas, en la separación de las reglas de fondo y

²² El *Common law* y el *civil law*, constituyen las dos grandes familias de la tradición jurídica occidental. Las diferencias entre las mismas, dependen de la evolución histórica y no sólo jurídica, y de las diversas estructuras de organización constitucional y socio económicas. No obstante, ello no impide que existan influencias recíprocas, lo cual se ha producido tanto históricamente como en la actualidad. Así en nuestros días, al igual que desde el *civil law* se mira al *common law* para acometer reformas legales, desde el *common law* se consideran instituciones características de nuestra familia jurídica, con la misma finalidad. Ángel Tinoco (2001, p. 13)

procedimentales, y en el que el juez permanece como un espectador y moderador de los conflictos que son llevados a su conocimiento, las decisiones a tomar en los casos de subrogación, son mucho más complejas, debido a la ausencia de legislación referente al tema. De otro lado, el derecho civil es una rama del derecho cuya evolución es más lenta que el resto y a la que le cuesta adaptarse a los cambios sociales que demanda la sociedad actual.

Ante la ausencia de normas jurídicas específicas sobre el tema, son los jueces quienes han tenido que acudir a la identificación dentro del ordenamiento jurídico de valores y principios fundamentales, que no siempre agotan su reconocimiento en la ley positiva. Se suerte que, se pueden establecer como principios fundamentales del ordenamiento jurídico colombiano en relación al tema los siguientes: la protección del valor supremo de la vida y dignidad humanas, el interés superior del niño, la protección constitucional a la familia en todas sus formas, la procreación como derecho y libertad.

Las personas que tienen acceso a la técnica.

Otra de las objeciones a los contratos de gestación de vida humana por sustitución de vientre, viene asociada al establecimiento de las personas que pueden tener acceso a la técnica, de allí, que parezca problemático el hecho de que todos, es decir, cualquier persona, pueda recurrir a la gestación por sustitución de vientre, en calidad de comitente o en calidad de sustituta. De manera que el no establecimiento de condiciones como edad, género, capacidad reproductiva, económica, psicológica, genera serios planteamientos.

Gran cuestionamiento se realiza también cuando quienes intervienen en el proceso son mujeres que tienen algún vínculo familiar con la madre comitente, por ejemplo abuelas que tienen los hijos de sus nietas o hijas, hermanas teniendo hijos de sus hermanas, situaciones en las que no quedan clara las relaciones filiales establecidas por el orden social, pues de acuerdo al parentesco serían mamás-tías, abuelas-mamás, etc.

Sin duda en estos casos, media una acción altruista que promueve la idea de solidaridad entre parientes. Todo grupo humano, se organiza a través de una estructura social, formada por las partes de una sociedad que están sistemáticamente ordenadas, marcando las pautas de relaciones y comportamientos de los individuos, por ejemplo: la economía, las leyes, el sexo, la edad y entre otras “*el parentesco*”.

Las sociedades se organizan a través del parentesco y no tener parientes equivale muchas veces a una exclusión social, sin esperanza de una vida normal en esa sociedad, sin posibilidad de casarse, de recibir cuidados cuando se es niño o cuando se es anciano. El parentesco, es un vínculo de alianza, destinada al establecimiento de relaciones de solidaridad entre grupo, mediante el intercambio de individuos, a su vez, regula las relaciones y actitudes de los miembros de cada grupo. El parentesco, permite la adopción de reglas que clarifican por ejemplo, con quien me puedo casar, entonces, atendiendo al territorio y la gente que vive en él, hay reglas como la exogamia²³, la endogamia²⁴ y las cognaticias²⁵, respetando unas u otras reglas se puede contraer matrimonio, prohibir el incesto, entre otras.

En muchos pueblos, aun de cultura jurídica avanzada, se ha identificado la idea general de parentesco con el concepto específico de consanguinidad. Fundase esta conclusión en el hecho universalmente aceptado de que la *gens* y las tribus, primeras formas de sociedades humanas, se

²³ Regla que impone el matrimonio entre individuos de distinta tribu y familia. Es la obligación de tomar mujer fuera del clan al que se pertenece. Puede tener este tipo de vínculo tres funciones diferentes, la primera, de simple procreación, la segunda, una razón económica aquí la mujer tiene un valor económico en el intercambio, la tercera, es aquella simbólica o cultural, se firman pactos de no agresión entre tribus, se intercambian regalos o se hacen fiestas.

²⁴ Regla matrimonial que impone el matrimonio dentro de un grupo determinado. Hay tres formas principales: la endogamia étnica o tribal, la cual se da dentro del poblado o área étnica; la endogamia de casta o raza, que pretende salvaguardar la raza, la pureza de sangre frente a otras razas; la endogamia de parentesco linaje, que se da en diferentes tribus de Senegal para solucionar conflictos tío-sobrino. Ejemplos clásicos de la endogamia son las castas en la India.

²⁵Parentesco de consanguinidad por la línea femenina entre los descendientes de un tronco común. En ella se pueden agrupar las relaciones colaterales, los primos cruzados y los primos paralelos.

componen en todas partes de individuos que se tienen por parientes, pero en ello existe error manifiesto, por cuanto hay parientes que no son consanguíneos, por ejemplo los afines y los ligados con adopción (Letelier, 1967, p. 64).

El parentesco, tiene también como fin establecer una relación de familia que existe entre dos personas, para la ley pueden ser de consanguinidad, si están unidos por la sangre (art. 35 del C.C.), de afinidad, o sea, el vínculo que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. (Art. 47 del C.C.), y el civil, que resulta de la adopción (arts. 50 y 269 del C.C.).

Cuando no existe claridad en la relación entre parientes, se pueden ver abocadas las personas a encontrarse con un mundo jurídico que le señala un gran número de inhabilidades e incompatibilidades. Y aunque puede parecer llamativa la idea de que sean nuestras hermanas, madres o cuñadas las que aporten la fuerza biológica de gestación para los comitentes, ello lejos de superar elementos problemáticos los puede agudizar, pues la identidad del niño-hijo, queda más expuesta a los devenires del mismo núcleo familiar al que pertenecen comitentes y gestantes.

El proceso de selección y compensación a la gestante por sustitución.

Las clínicas dedicadas a realizar la técnica que permite la gestación por sustitución, exigen generalmente el cumplimiento de ciertos requisitos, en los que suelen encontrarse entre otros los siguientes: que la mujer gestante haya tenido un embarazo previo exitoso del cual su hijo se encuentre vivo y con ella; otras por su lado, señalan que la madre gestante debe haber tenido hijos de ambos sexos y preferiblemente ser casadas, la realización de detallados exámenes médicos y psico sociales, el compromiso de asumir las condiciones de ciertos hábitos alimenticios, cuidados especiales en el embarazo, etc.

En el proceso previo al consentimiento, la gestante debe ser informada de los procedimientos a los que se someterá y de las consecuencias de los mismos. Pese a que la información en la mayoría de los casos es completa, no existe siempre la certeza del cumplimiento de los compromisos adquiridos por las partes, sino solamente hasta el nacimiento de los bebés.

Byron Ríos, director del Centro de fertilidad de Medellín²⁶, explica que escogen madres subrogadas saludables física y mentalmente, libres de enfermedades hereditarias, con mínimo dos hijos y un método de anticoncepción quirúrgico. Los padres de crianza, por su parte, deben tener un problema de fertilidad, capacidad económica para asumir los gastos (que pueden ir desde 13 a 30 millones de pesos) y se les deja claro que el tratamiento puede fallar en los primeros intentos. La selección del vientre la hace el centro.

En el último año, se han acercado 40 mujeres -aproximadamente- que desean alquilar su útero, pero solo 10 han sido admitidas. Según Adriana Ríos, psicóloga del Centro de fertilidad, "se descartan por motivos de salud general y reproductiva, por el medio sociocultural del que proviene, la actitud y percepción frente al programa y el entorno que rodea a la aspirante, que en muchos casos, genera limitaciones para que ella se pueda desempeñar como madre delegada".

En cuanto al embrión, Ríos dice que "lo ideal, es que los óvulos sean de la madre de crianza y, si no es posible, óvulos de una donante, pero nunca los de la madre delegada para no crear el vínculo genético". Los futuros padres y la madre delegada tienen seguimiento psicológico.

Con relación al pago que reciben las mujeres gestantes, se suelen hacer varias objeciones: algunas de ellas advierten que el mercado regido por la oferta y la demanda, ha hecho que los embarazos contrato tengan mayor oportunidad de ejecución, e igualmente como en cualquier ley de mercado

²⁶Noticia publicada en el periódico el Tiempo de Colombia sobre "Alquiler de Vientres: nueva forma de maternidad" http://www.eltiempo.com/carrusel/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-9237329.html

los interesados buscaran las condiciones y precios que más les satisfagan, de manera que si bien en algunos países las gestantes pueden cobrar una buena cantidad de dinero, habrá otros en los que la necesidad imperante por las condiciones sociales faciliten un abaratamiento del servicio.

La Organización panamericana de la Salud (OPS, 2009) afirma que “la mujer que actúa como madre subrogada, apremiada por la dificultad de su situación económica y la de su familia, no establece una relación contractual entre iguales. Por el contrario, forma parte de una relación donde su participación es virtualmente eliminada, su consentimiento libre e informado obviado, y su único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina para procrear, gestar y dar a luz. Así, este tipo de situaciones contiene todos los elementos que configuran una clara explotación de la mujer, como ser humano y como madre”.

En contraposición a lo expuesto por la OPS, se debe señalar que cuando las personas acuden a este tipo de contratos, los comitentes y las agencias médicas querrán siempre asegurarse de que las mujeres gestantes posean las mejores condiciones para gestar. Una pareja comitente no querrá que la mujer gestante de sus hijos sea una mujer aquejada por innumerables problemas, ni que sea una mujer con problemas de desnutrición, con poca educación, o que viva en condiciones de miseria. Quien desea involucrarse en el embarazo de su hijo, va a querer un ambiente apropiado para él y reconocerán en la mujer que lo gesta a la persona ideal para tal propósito.

Si la objeción es que las mujeres gestantes en su mayoría son pobres y esta situación puede conllevar a una explotación de su capacidad reproductiva -como parece suceder con el hecho de que el turismo reproductivo sea mayor en países en vía de desarrollo- se tendría entonces que preguntar cuáles son las condiciones que llevan a la mujer gestante a intervenir en esa técnica. No serán propiamente comitentes o clínicas las que respondan, sino que se deberá escuchar primero al Estado y a la sociedad en la que tal práctica converge; la explotación no se le puede indilgar a la técnica, sino a los factores que determinan a que una mujer pobre tome una decisión como esta.

Ahora bien, los factores de pobreza no son creados por la técnica, así por ejemplo, una nación siempre querrá que sus índices de delincuencia juvenil disminuyan, pero mientras no se combatan los factores que originan la marginalidad, no se fomenten políticas de educación, recreación, y alimentación adecuadas, tal fenómeno no cesará. No se conjuran las crisis eliminando la posibilidad de que las personas tomen una u otra decisión, no es restringiéndoles su derecho a la libertad de decisión, sino ante todo creando las condiciones para que en esa toma de decisiones, las personas no se vean perjudicadas o lo resulten lo menos posible.

En este tipo de contratos, se señala que generalmente quien se encuentra en la parte o posición más débil es la mujer gestante, situación que no es del todo de recibo, toda vez que es ella quien más fácilmente puede valorar si cumple o no con lo establecido, pudiendo en todo caso obtener un beneficio. Tal beneficio puede ser el económico al recibir el pago convenido o la posibilidad de quedarse con el niño. Es en definitiva quien tiene el poder en la relación contractual propuesta, pues el factor económico no cuenta como definitivo o elemento único a ser valorado en este contrato.

Carnelutti (1998), señalaba que:

Por desgracia, la economía es enemiga de la moralidad. La relación entre las fuerzas, con el transcurso del tiempo, se desplaza; cuando uno de los contrayentes siente o cree sentir que sus fuerzas han crecido con relación a lo que eran en el momento de la conclusión del contrato, se ve naturalmente determinado a violarlo. Por eso, dijimos, el contrato, en el terreno económico, vale más bien para interrumpir que para eliminar la guerra; es, a la verdad, más un instrumento de tregua que un instrumento de paz.

Capítulo II: Cuestiones ético-jurídicas conexas: autonomía, integridad personal y trata de personas.

La Autonomía y su concepto a la luz de la jurisprudencia Colombiana

De conformidad a lo expuesto por Beauchamp & Childress (1999):

“Todas las teorías sobre la autonomía están de acuerdo en que hay dos condiciones esenciales: a) la libertad (actuar independientemente de las influencias que pretenden controlar) y b) ser agente (tener la capacidad de actuar intencionadamente). La intención equivale a la voluntad” (p. 114).

En este sentido, y tal como afirman Beauchamp & Childress (1999), el individuo autónomo obra libremente de conformidad con un plan de acción que él mismo ha elegido: las acciones autónomas deberán cumplir tres condiciones: a). que el agente moral obre intencionadamente, b). con comprensión, y c) que actúe sin influencias externas que determinen o controlen su acción, advirtiendo que la intención no admite graduación alguna: mientras que frente a la comprensión y las influencias externas es posible establecer umbrales razonables la intención no admite tales estándares. Igualmente estos autores principialistas advierten que no es lo mismo ser autónomo que ser respetado como sujeto autónomo; el respeto a la autonomía exige que se reconozca el derecho del sujeto moral a tener su propio punto de vista, a realizar sus propias opciones y a obrar de conformidad con sus valores y creencias personales. La autonomía no es el único valor moral que existe y no siempre prevalece cuando entra en conflicto con otros valores y principios.

Para Cortina (1995)

“la autonomía exige reconocer sujetos competentes para formar un juicio libre sobre lo correcto, individuos capaces de actuar por móviles morales, en tanto optan por intereses generalizables y legitimados para defenderla participativamente en el verdadero diálogo que plantea la ética discursiva, son simetría de información y el reconocimiento recíproco de los interlocutores como válidos en tanto que igualmente facultados” (p.90)

Pues bien, la autonomía es entendida como una dimensión de la libertad y le tiene a esta como presupuesto. En este sentido, es la autonomía la que permite que una persona pueda ejercitar facultades y derechos en el marco de relaciones con otros. Si bien todas las personas nacen libres, no todas gozan de la misma gradación de la autonomía, pues cuando está comprometida su capacidad cognitiva o psicológica, su autonomía quedará restringida sin que por ello se les desconozca igual dignidad y libertad.

La autonomía²⁷ de las partes para participar en la técnica de gestación por sustitución de vientre, deberá hacerse valer en dos instancias: la primera, es la de la relación contractual entre la mujer gestante y los comitentes; la segunda es la del consentimiento informado de la mujer gestante para recibir la intervención médica correspondiente.

Gracias a la autonomía, le es permitido a las personas el establecimiento de relaciones de muy distinta índole con los demás, pudiendo de esta manera establecer relaciones jurídicas vinculantes con otros sujetos igualmente autónomos, a través de negocios jurídicos, en los que la gracias al concierto de las voluntades privadas, se crean reglas por las que se establecen sus propias relaciones.

Según La *Corte Constitucional Colombiana*, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera:

- (i) En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando por ejemplo están en juego derechos fundamentales, se trata de servicios públicos, una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia; (ii) se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; (iii) corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) el

²⁷ La jurisprudencia y la doctrina le reconocen a la autonomía el carácter de principio. Ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, de 18 de diciembre de 2009; 25 de agosto de 2009; 8 de septiembre de 2004; 25 de abril de 2006 y 14 de junio de 2000.

papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes.

El principio de autonomía de la voluntad privada ha sido definido por la doctrina del derecho civil²⁸ y por la jurisprudencia constitucional²⁹, como el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte ha señalado que este principio encuentra fundamento constitucional en los artículos 13 y 16 de la Carta, en tanto reconocen, respectivamente, el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad. Estos derechos permiten inferir que se reconoce a los individuos la posibilidad de obrar de acuerdo con su voluntad, siempre y cuando respeten el orden jurídico y los derechos de las demás personas.

Aunado a lo anterior, encuentra la Corte, tal y como lo ha expresado previamente, que el principio de autonomía de la voluntad privada está ligado a la libertad de empresa y económica, que en regímenes democráticos, como en el nuestro, se somete a la limitación del bien común, y a la prevalencia del interés general sobre el particular (artículos 333 y 2 de la constitución política). Es de estas libertades que emana la libertad de contratación como manifestación del principio al que se ha venido haciendo referencia, y conforme con el cual los particulares pueden realizar los acuerdos vinculantes que deseen para el intercambio de bienes y servicios.³⁰

Ahora bien, el principio de autonomía de la voluntad privada en el marco del Estado colombiano debe ser interpretado conforme con los principios, valores y derechos reconocidos por la Carta y propios del Estado Social de Derecho, lo cual significa que el postulado, como ya se señaló, no tiene una connotación absoluta, y por tanto admite excepciones, relacionadas entre otras, con la realización de la justicia y el respeto de los derechos fundamentales.

Finalmente debe precisar la Corte que, este principio encuentra consagración legal en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual “[*todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*]” en concordancia con el artículo 16 del mismo ordenamiento, el cual establece que “[*no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres*]”, que como

²⁸Ver sentencias T-668 de 2003 y C-341 y C-993 de 2006

²⁹Ver la sentencia T-668 de 2003

³⁰Esta reforma constitucional señala que “*la ley podrá ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas de las empresas públicas de transporte y conducciones*”

ya se dijo, en nuestro contexto debe ser interpretado a la luz de la Constitución Política. (Ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto Sentencia C-186 de 16 de marzo de 2011)

Así la autonomía se erige en nuestro ordenamiento como la realización de los derechos fundamentales a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, los que solo se pueden limitar cuando interfieran en la autonomía de otros. “El considerar la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que a la persona atañen, solo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatárle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen”. (Gaviria, 2002, p. 15).

De tal manera que, en el contrato que surten comitentes con gestantes, siempre que estos actúen de manera libre, voluntaria, consentida e informada, no se vulnera su autonomía. Igual consecuencia se puede predicar del consentimiento informado³¹ que la gestante da para la intervención médica de la técnica. Ha señalado la sentencia T-401 de 1994 Con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz que:

“Igualmente, si las personas son inviolables, sus cuerpos también lo son, por lo cual no pueden ser intervenidos sin su permiso. Por ello, el derecho constitucional contemporáneo ha hecho suya la vieja idea del derecho civil continental, así como del *Common Law*, según la cual el individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo cual cualquier manipulación del mismo sin su consentimiento constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito.

Finalmente, incluso si la autonomía y la dignidad no tuvieran el rango constitucional tan elevado que ocupan, de todos modos el inevitable pluralismo ético de las sociedades modernas, que la Carta reconoce y estimula (CP art. 7), obliga, por elementales razones de prudencia, a obtener el consentimiento de la persona para todo tratamiento.”

Autonomía, disposición del propio cuerpo e integridad personal

³¹ Sobre la evolución jurisprudencial de este concepto, pueden ser consultadas entre otras las siguientes sentencias: T- 401 de 1994, T- 411 de 1994, T474 de 1996, T- 477 de 1995, T- 559 de 1995, SU – 377 DE 1999, T- 551 de 1999, T- 1390 de 2000, T-1021 de 2003, C- 452 de 2010, C-900 de 2011 y sentencia del Consejo de Estado de Enero 24 de 2002.

Algunas de nuestras acciones tienen significado para otros. Parece que cuando la gente acude a la técnica de gestación por sustitución, esta acción por sí sola tiene significaciones para el contexto social en que se desenvuelven los padres comitentes y las mujeres gestantes. Generalmente sus objetores afirman que su uso desafía las leyes convencionales de la familia que el Estado ha procurado mantener, que distorsiona los conceptos de paternidad y maternidad, y que rompe el equilibrio de derechos.

Las personas valoran ciertos bienes y servicios de manera especial, y el cuerpo y sus funciones son valoradas por lo que representan no solo para quienes las poseen individualmente, sino porque representa el sustento de la vida humana. El cuerpo es objeto de un derecho: “el derecho a sí mismo”. Lo paradigmático de la situación es que, tal como señala Borrell (1954):

“aun aceptando un derecho de disposición sobre nuestro cuerpo y sus elementos, puede surgir inmediatamente la posibilidad de que otras personas adquieran de una manera derivativa, un derecho sobre nuestro cuerpo, o sobre los elementos del mismo” (p.31).

Pero cuando la posible intromisión no afecta a la persona en su integridad, difícilmente se pueda alegar una violación a su propio derecho, y no solo por cuestión de consentimiento o utilidad, sino porque, de otro lado, la concesión de una función del cuerpo no necesariamente perjudica a quien la otorga y en cambio puede traerle provecho. Así, la fuerza biológica de gestación no necesariamente se pierde por tener un hijo -aunque no se desconocen los riesgos que implican la gestación y el parto-. Sin embargo, esta es una situación que parecida a otras de la experiencia humana diaria, supone riesgos.

La protección de la integridad resulta, frente a situaciones de riesgo, fundamental. La integridad personal es un derecho humano que incluye la protección de diferentes esferas de la vida de las personas: no se trata solo de una protección física, sino además, psicológica y moral, de manera que le permita al individuo asegurarse su indemnidad como sujeto, protegiéndole de ser

lesionado por el Estado o los particulares. Por tanto, un potencial embarazo por sustitución de vientre exige revisar todas las afectaciones posibles, físicas y psicosociales, de la mujer gestante.

En este orden de ideas, es preciso anotar que el Constituyente de 1991 elevó a la categoría de fundamental el derecho a la protección de la integridad tanto física como moral de las personas, a través del mandato conferido en el artículo 12 superior, el cual señala que “*nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”.

La comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011) afirma:

“No hay una definición exacta de la multiplicidad de acciones que pueden ser consideradas inhumanas o degradantes, porque posiblemente ello podría implicar desprotección en casos no contemplados en un catálogo eventual. Así, de manera genérica y acorde con la doctrina internacional puede entenderse por acto inhumano, todo aquel que deliberadamente cause un severo sufrimiento mental o psicológico a la persona, el cual, dada la situación particular, es injustificable”. El tratamiento o castigo de un individuo puede ser degradante, “si se le humilla severamente o se lo compele a actuar contra sus deseos o su conciencia.

La dificultad en la interpretación de este derecho radica en que no existe un catálogo taxativo sobre lo que puede ser considerado como degradante, cruel o inhumano para una persona, no obstante, se ha interpretado que estos tratos son los que tienen por objeto causar dolor o pena de manera arbitraria, sin tener otra finalidad directa o conexas.

Bajo los conceptos anteriormente descritos, no es posible inferir que la participación de la mujer gestante en la técnica atente, por sí misma, contra su integridad personal. Pese a esto, es preciso reconocer que siempre que disponemos de nuestro cuerpo para un beneficio propio o ajeno, se corren riesgos, y estos serán legítimos en tanto se tenga un conocimiento pleno y se tenga el poder de decidir la exposición a ellos.

Pues bien, los derechos sobre el cuerpo nos permiten su uso de muy variadas formas. Lo que parece ser el denominador común para los detractores de la técnica es que se abuse de ese derecho y, en consecuencia, que la gestación para otro implique daños a la gestante.

Los esquemas religiosos que conciben la paternidad como algo natural, no forzado, y el cuerpo como un templo sagrado en el que nadie puede intervenir, han favorecido en general, una visión negativa de la técnica. Sin embargo, poco o nada advierten sobre el empleo del cuerpo para el desarrollo de actividades riesgosas, como sucede con los obreros de construcciones peligrosas, los deportistas extremos, los donantes vivos de órganos, entre otros; ellos también disponen de sus cuerpos asumiendo los riesgos que esto representa.

Particularmente las críticas se centran en el problema de establecimiento de la filiación. El nuevo integrante humano merece el reconocimiento de todos sus derechos, entre ellos el de tener una filiación. El problema de la filiación consiste en que pareciera no existir certeza sobre como deberá otorgarse, porque ha quedado sujeta a la voluntad de las partes intervinientes, lo que desdibuja los conceptos tradicionales sobre paternidad y maternidad y sus consabidas responsabilidades. Siempre existirá el temor a que el niño quede en medio de disputas entre las partes.

Del nacimiento de un niño genéticamente no identificable con los padres hacia la aparente configuración del delito de trata de personas.

Una de las principales motivaciones de quienes acuden a las técnicas de reproducción asistida es la posibilidad de “tener hijos propios”.

No obstante, tal como lo advierte Bestard (2004):

“el hijo/a “propio” implica una continuidad en la cadena genealógica. Nótese que la genealogía está relacionada con la biología y que la relación de parentesco genealógica es una transposición literal de la

relación biológica. Las otras relaciones son “ficticias”. La relación básica es una relación biológica, las otras son una metáfora de estas (padrinos, hijos adoptados, padrastros)” (p. 30).

Bajo la premisa de que los hijos se deben identificar genética o biológicamente con sus padres (salvo en la adopción), se erige un pensamiento que identifica la técnica empleada por padres comitentes como una forma de trata de personas, situación que se encuentra prohibida en la mayoría de legislaciones, incluyendo la colombiana.

Los seres humanos según nuestro ordenamiento, no pueden ser objeto de ningún negocio jurídico, sustentándose en el artículo 17 de la Constitución Política mediante la cual se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.

En este contexto, el denominado comúnmente contrato de maternidad por simple sustitución, sería nulo por ilicitud de su objeto conforme al artículo 1740 del Código Civil:

“la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración de la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”.

Ahora bien, es necesario revisar si realmente la conducta de quienes acuden a la técnica de tener un hijo con el que no se identifican genéticamente a través de otro, configura de por sí una práctica delictuosa que se encuadre en el tipo penal de trata de personas. Revisando tal situación desde dos ópticas: la primera desde el niño y su entrega a los comitentes y la segunda, desde la participación de la mujer gestante en este tipo de contratos.

La trata de personas es definida por Artículo 3 del protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños que complementa la convención de la

naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional, aprobada en Colombia mediante la Ley 800 de 2003, promulgada mediante decreto 3173 de 2004 y declarada exequible mediante sentencia C-962 de 2003, lo siguiente:

Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;
- b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;
- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;
- d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años

De igual forma la ley 985 de 2005 por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma modificó el código penal colombiano señalando:

ARTÍCULO 3o. TRATA DE PERSONAS. El artículo 188A de la Ley 599 de 2000, adicionado por la Ley 747 de 2002 y modificado por la Ley 890 de 2004, quedará así:

"Artículo 188A. Trata de personas. El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

"Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación".

"El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal".

Sin embargo, siguiendo las conclusiones del seminario internacional sobre trata de seres humanos, la Organización Internacional para las migraciones OIM, el Instituto Internacional de investigaciones y capacitación de la Naciones Unidas para la promoción de la mujer INSTRAW y la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito UNODC, celebrado en México en el 2004, señalaron que:

“el fenómeno de trata debe ser identificado mediante tres elementos: la acción –usualmente la transportación o tráfico-, los medios –engaño, rapto, coerción, y el propósito, siendo este último usualmente la explotación con fines de lucro”.

De León (2003) señala que:

“En una interpretación estrictamente gramatical, la definición del verbo traficar, que en su sentido legal positivo alude al comercio, a la compra y venta, en sentido negativo alude a la existencia de un comercio ilícito. Como toda actividad comercial, encierra un intercambio de contraprestaciones que son diversas en función de que estemos ante la compra de personas en sentido genérico, es decir, la entrega a la misma persona o a un tercero de una cantidad económica o la realización de un contraprestación, con finalidad de dedicar a la persona objeto de intercambio a una determinada actividad y bajo unas determinadas condiciones, que aquellos supuestos en que el objeto de la contraprestación es un simple traslado espacial, a veces completado por la consecución de una actividad laboral, normalmente entre Estados” (p.27)”.

La trata de personas ha sido consagrada en Colombia como delito, con el fin de tutelar la libertad individual de las personas, especialmente su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad, ambos intereses constitucionales de la mayor importancia, garantía y reconocimiento. Sampedro (2003) señala que además se impone la penalización de las conductas atentatorias contra la libertad al no estar legitimados históricamente los riesgos que la menoscaban (p. 780)

De manera que no se puede hablar desde la óptica de los comitentes que la conducta de tener un hijo a través de otro constituya por si solo una trata de personas. Se debe recordar ante todo que el niño es el resultado de un deseo, de una intención clara, consentida, reflexionada e informada

de unas personas con la capacidad para ello, que han asumido desde antes de su concepción el papel de padres. En estos casos, la reproducción no está dada al azar, el niño es deseado y respetado como un fin en sí mismo aunque al mismo tiempo constituya el medio de quienes sienten felicidad en ser sus padres.

De otro lado, la relación que deciden construir padres comitentes con los niños - resultado de la técnica, es una relación en que se promueve el parentesco y “este tipo de relaciones no provienen solamente del pasado, sino que también tienen que ver con el presente y con el futuro. La descendencia no solo implica antepasados, sino también descendientes, en este caso la descendencia se construye de tal manera que está claramente deseada y planeada” (Bestard, 2004, p.75).

Si los comitentes y la mujer gestante han acudido al empleo de la técnica con un consentimiento libre, informado, reflexionado, no se podrá hablar de engaño, coacción, inducción a error o el uso de violencia para lograr el fin propuesto. Por el contrario, este tipo de prácticas deben permitir la toma de decisiones personales en un marco de respeto hacia sí mismo y hacia otros.

Cuando una persona tiene derecho a decidir sobre sí mismo y en esa decisión involucra a otras personas, el único límite permisible es que en la acción de su propósito cause un agravio injustificado a otro. En este sentido, si existe claridad, para las partes, en el beneficio potencial que supone su pacto no deberá ser tal decisión objeto de reproche, por lo menos no de un reproche estatal.

En una decisión realmente autónoma, no puede haber explotación de sí mismo pues esto resultaría contradictorio. La explotación a la que hace referencia el tipo penal de trata de personas consiste en el provecho económico que saca otro contra la voluntad de quien es explotado. Mientras la

relación entre comitentes y gestantes surja de la voluntad libre de las partes, el provecho económico de la gestante difícilmente podría ser descrito como explotación.

Desde la perspectiva que aborda el nacimiento del niño como el elemento problemático en este tipo de acuerdos, hay que tener en cuenta que aquí los padres ponen un ser humano en el mundo, diferente sería si se le programara para nacer con unas características especiales; la auto comprensión de la especie no está en riesgo cuando se emplea una técnica reproductiva sin fines eugenésicos, el ser humano que nace es igualmente libre, como lo sería cualquier otro humano nacido directamente de su madre natural.

Hasta aquí hemos revisado varios conceptos que se ven inmersos en la figura jurídica propuesta, ellos son: la utilidad, la autonomía, la integridad y finalmente, una revisión del objeto en el que se centra la prestación del contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre, por lo que seguidamente nos centraremos en un análisis detallado sobre el tipo de contrato que realmente es.

Capítulo III. De la filiación y la confrontación de los derechos a la reproducción y el interés superior del niño

Tú dices: me gustaría tener un hijo. Di mejor ¿le gustaría a un niño tenerme a mí como padre o madre?
No seas papá o mamá solo por gusto. Menos por llenar vacíos afectivos, por la soledad o la dependencia.
Sé responsable. No traigas criaturas al mundo a sufrir.
No tienes derecho a trazar un destino desdichado para los hijos. Ellos merecen lo mejor. No aumentes el número de hijos con papás y mamás prestados o a distancia. Tu vida es tu vida, pero en las relaciones íntimas está en juego la vida de un inocente
Un niño tiene derecho a un hogar estable y lleno de amor.
Gonzalo Gallo González.

De la institución jurídica de la filiación

Se puede señalar que quizá lo más complejo de regular en los contratos de gestación de vida humana por sustitución de vientre, es el establecimiento de las relaciones jurídico filiales que de ellos se derivan. Los problemas de filiación cuando media esta práctica, se presentan porque no hay certeza de quien va asumir la responsabilidad de crianza del niño y por ende quien va a ser su padre y madre legales - tal situación se presenta porque no la quiere asumir ninguna de las partes involucradas (comitentes subrogantes o gestantes)- o porque hay un conflicto entre varias personas que quieren asumir bajo la misma figura jurídica (padre o madre) tal responsabilidad. Es así como los conflictos jurídico-filiales pueden involucrar a comitentes-subrogantes e hijos-resultado, o gestantes por sustitución de vientre y niños resultado.

La filiación, es entendida como el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre, y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado. Encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo, obviamente en la adoptiva que corresponde a una creación legal (Bueno, 1996, p.32). En consecuencia, la filiación ha sido asociada generalmente al parentesco por consanguinidad. No obstante, se reconoce en la actualidad que esta no es la única forma de adquirirla.

Uno de los efectos importantes de la filiación, es ser el elemento indispensable de instituciones jurídicas de gran trascendencia como son: el derecho de alimentos, los órdenes sucesorales, beneficios de pensiones, el establecimiento de la nacionalidad, el ejercicio de la patria potestad, la autoridad de los padres en la crianza y formación del individuo, entre otros; con ella surgen a su vez prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades para contraer matrimonio y para ejercer ciertas funciones públicas.

El régimen de filiación colombiano se ha caracterizado por dos cuestiones; la primera de ellas, obedece a que tiene como presupuesto el inicio de la vida humana en el entendido del artículo 90 de nuestro Código Civil, y la segunda, que el nacimiento es considerado por nuestra normatividad como el resultado de la unión física entre el hombre y la mujer, así nos lo hace ver algunas de las causales de presunción de paternidad. Sin embargo, la aparición de las novedosas técnicas de reproducción asistida, demostró que tales hechos genéticos y biológicos no deben ser siempre determinantes.

En Colombia, se distinguió por mucho tiempo la filiación en dos tipos: la filiación matrimonial- antes denominada legítima- y la filiación extramatrimonial antes denominada ilegítima. Respecto de la primera, es considerada como la conjunción de dos elementos: uno que tiene su origen en la naturaleza y otro que descansa en la ley, la segunda, tiene su origen en la sola naturaleza, motivo por el cual durante muchos años se le identificó con el nombre de natural e ilegítima.

La filiación matrimonial regulada en el artículo 213 del código civil señalaba que: “El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padres a los cónyuges, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad”. No obstante, con la expedición de la ley 1060 de 2006 se extendió esta presunción de paternidad a los hijos nacidos en uniones maritales de hecho.

En este sentido la filiación matrimonial³² parece desaparecer bajo este nombre, en el entendido de que no es solamente aquella que se presenta con relación a los hijos concebidos por parejas unidas en matrimonio, sino además por quienes tienen una relación estable sin vínculo legal preestablecido como sucede en la unión marital de hecho. Los hijos concebidos en el matrimonio o en la unión marital de hecho, no solo gozan de certeza de su filiación materna (en principio), sino también de la presunción legal de paternidad legítima. Así quedó establecido en el código civil artículo 213.

En otras palabras, el matrimonio ya no es considerado el único elemento que caracteriza el vínculo de filiación legítima, porque se ha querido proteger bajo este supuesto a los hijos que provienen de uniones maritales de hecho, conservando una especial protección a la estabilidad de las parejas que tienen hijos, legitimidad que excluye la concepción por parte de quien no sea el marido o compañero permanente.

Ahora bien, conforme a las normas vigentes de la legislación Civil Colombiana, el hijo que nace de padres que al tiempo de la concepción no se encontraban casados entre sí o en unión marital de hecho, es hijo extramatrimonial. También ostentan esta calidad los hijos de madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento. No basta para este tipo de filiación que el nacimiento se produzca por fuera del matrimonio o de la unión marital de hecho, sino que es necesario, además, o el acto mismo del reconocimiento voluntario, o la declaración judicial de hijo extramatrimonial de determinada persona.

³² Cuatro elementos son los que constituyen jurídicamente la filiación matrimonial y deben ser perfectamente probados: maternidad, matrimonio, concepción y paternidad (Arias, 1993, p. 83). La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, es la base de cualquier tipo de filiación, sea matrimonial o extramatrimonial. El nacimiento o parto, es un hecho tangible susceptible de prueba directa, mediante el cual, el descendiente adquiere vida propia e independencia de su madre, exige por lo tanto, separación total del cordón umbilical que lo une al vientre materno, bajo esta concepción la maternidad implica que el hijo haya sido dado a luz por determinada mujer. La concepción, es el elemento en el que debe probarse que el engendramiento se verificó dentro del matrimonio de los padres. Para determinar su momento se acude a la presunción consagrada en el artículo 92 del Código Civil; pero esta presunción es simplemente legal, a través de ella se deduce de un hecho conocido, que es el nacimiento, uno desconocido que es la época de la fecundación.

La filiación extramatrimonial³³, se sustenta en un sistema de presunciones normadas por fuera de las disposiciones del código civil, enumerando situaciones indicativas de paternidad, facultando al juez a establecer esta cuando encuentre demostrada una de las situaciones descritas en la norma y deductivamente puede inferir que aquella pudiera existir, según las reglas de la lógica y la experiencia.

Con el transcurrir del tiempo las presunciones de paternidad establecidas por la ley, han ido quedando rezagadas por el avance científico y biotecnológico, pues se ha tornado más amplia la posibilidad de predicar filiación, sin necesidad de recurrir a las presunciones en las que la demostración del encuentro sexual de la pareja era su sustento. Otro avance que se convirtió determinante para establecer paternidad y maternidad en Colombia, lo constituyó la incorporación de las pruebas de ADN, que permiten una inclusión de paternidad del orden de 99.9% y que fuera utilizada ya en países de alto desarrollo científico para el establecimiento de vínculos filiales.

Gracias al avance científico y tecnológico, es posible llegar no solo a la exclusión de la paternidad, - como sucedía en la práctica de pruebas antropoheredobiológicas - sino a la atribución de ella, arrojando resultados con un índice de probabilidad igual al 99.9%, prueba a través de la cual, se

³³ De conformidad con lo establecido en la Ley 75 de 1968: Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente:

1. En el caso de rapto o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.
2. En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.
3. Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad.
4. En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción. Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad. En el caso de este ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si prueba, en los términos indicados en el inciso anterior, que en la misma época, la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquel por actos positivos acogió al hijo como suyo.
5. Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere, por sus características, ciertamente indicativo de paternidad, siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior.
6. Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo".

adquiere una alta credibilidad y seguridad de resultado en el establecimiento de relaciones filiales.

Respecto a este tema, la sentencia C-04 de 1998 de la Corte Constitucional señaló:

"...A la altura de estos tiempos, existen, en Colombia, métodos científicos que permiten probar, casi con el 100% de posibilidades de acierto, la filiación. Así lo afirma el eminente genetista doctor Emilio Yunis Turbay, en concepto de septiembre 17 de 1997, emitido a solicitud del magistrado sustanciador:

"Las pruebas científicas disponibles en el mundo, y en aplicación en Colombia, permiten descartar en un 100% a los falsos acusados de paternidad y establecerla, cualesquiera sean los fundamentos que rodean a la pareja, con una probabilidad de 99.999999...

"La inclusión o afirmación de la paternidad se expresa en términos probalísticos porque se fundamenta en la frecuencia de cada uno de los marcadores genéticos que se analizan, en la población específica del país, región, departamento o municipio, de acuerdo con la heterogeneidad de la misma. La aplicación de la fórmula matemática al número de marcadores que se requieran para llegar a la probabilidad señalada, que es la única que se acepta a nivel internacional, aumenta la cola de nueves. Sólo en el caso -si llega a ocurrir, ya que hasta ahora se considera innecesario- de estudiar la totalidad de la mitad genética proveniente del padre, en el hijo -se considera que en el genoma humano hay entre 50.000 y 100.000 genes activos-, se podría hablar del 100%.

"Existe otra forma de plantear la inclusión o afirmación de la paternidad como es la de hacerlo con cifras poblacionales, es decir, señalar la probabilidad de encontrar una persona idéntica para los marcadores genéticos estudiados siempre con relación al contenido étnico de la población. Se puede hablar entonces, por ejemplo, de la probabilidad de encontrar alguien idéntico entre 180 millones de individuos de raza negra, o entre 200 millones de caucasoides, o entre 190 millones de mestizos.

Mediante la ley 721 de 2001, se impuso como obligatoria y oficiosa la prueba de ADN en los procesos de filiación para establecer la paternidad y la maternidad, desplazando los demás medios probatorios que han pasado a jugar un papel secundario y subsidiario, no obstante, en sentencia C-122 de 2008, la Corte Constitucional señaló que:

“La prueba científica que obra dentro de un proceso de impugnación de la paternidad constituye, sin duda alguna, un elemento fundamental para la decisión que le corresponde tomar al juez. Sin embargo, dado que la prueba de ADN no aporta un resultado irrefutable, el juez puede apreciar dicha prueba científica con otras pruebas que integran el acervo probatorio, con el fin de poder llegar a la decisión que le parezca la más ajustada a la normatividad y al expediente visto en su conjunto. Cabe resaltar que en la norma acusada no se exige que el juez se atenga únicamente a lo probado de manera científica. La remisión a la Ley 721 de 2001

ha de entenderse al texto de la misma, interpretado en los términos fijados por la Corte Constitucional en las sentencias respectivas, en especial en la sentencia C-476 de 2005”

Según la exposición de motivos de la ley 721 de 2001, esta tenía como metas adecuar las normas jurídicas a los avances de la ciencia, y establecer en la norma legal lo que “*las altas cortes*” habían señalado con anterioridad: que los exámenes genéticos eran obligatorios para determinar la paternidad. Por otro lado, su valor era también práctico, por lo que se trazó como objetivo la descongestión de la administración de justicia, aprovechando el avance de la ciencia que señalaba que en la actualidad la prueba de ADN era la prueba reina para establecer la paternidad. Con ello se establecía un procedimiento preferente y sumario para que los niños, quienes son en su mayoría los interesados en las resultas de los procesos de determinación de paternidad, pudieran tener “con certeza absoluta el verdadero padre”.

Finalmente, con la expedición de la ley 1060 de 2006 por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad en Colombia, se dio un avance en la reivindicación de derechos a los niños, guardando consonancia con el modelo de familia adoptado constitucionalmente, en el que los hijos sin importar que provengan de una relación unida por vínculo matrimonial o de una relación estable sin vínculo legal o de una relación pasajera, tienen iguales derechos y deberes, privilegiando de este modo una autentica determinación de maternidad y paternidad y no una distinción de hijos.

La filiación materna en Colombia.

Ahora bien, la filiación respecto de la madre, ha sido constatada siempre por un hecho cierto e indiscutible, cual es el parto, este ha sido tratado por nuestra legislación como un hecho jurídico; su comprobación, basta en el desarrollo de una ecuación simple, que se traduce en demostrar que una mujer dio luz a un ser humano y que ese ser humano es su hijo, lo que se reduce a un problema

de identidad. El sustento de esta demostración, es el acta de nacimiento del estado civil, pues en ella consta la fecha del parto y el nombre de la mujer que dio a luz.

La ley, regula los eventos en que puede adulterarse o alterarse la realidad de la maternidad, en cuyos casos es viable impugnarla, bajo los supuestos presentados en el título denominado de la maternidad disputada, artículos 335 y siguientes del Código Civil.

Las pruebas dentro del proceso de impugnación de la maternidad, se dirigían en torno a demostrar la falsedad documental y la personal, siempre con base en el hecho cierto del parto, niño e inscripción en el registro de nacimiento, es decir, sobre realidades físicas.

Posteriormente, con la expedición de la ley 721 de 2001, en la que se da prevalencia al dato genético, y en la que el juez debe de oficio ordenar la práctica de los exámenes de ADN, mediante el empleo de marcadores genéticos en todos los procesos que tiendan al “establecimiento” de la maternidad o la paternidad, el legislador optó por dar prevalencia a una realidad genética. No tuvo en cuenta, el embarazo ni el parto como factores indispensables para establecer el status de madre, sino que en consonancia con el avance científico estableció que el factor genético era determinante para demostrar el vínculo materno filial.

Con la expedición de esta normatividad, no existe claridad si la filiación materna corresponde a un dato genético o a uno biológico, pues el Código Civil acoge como posibilidad que madre es quien ha dado alumbramiento a un ser que es su hijo, mientras que con la aplicación de la ley 721 de 2001, es posible determinar la filiación materna bajo supuestos de identificación genética; de esto surge una disgregación entre el elemento genético y el gestacional.

En ningún caso resulta más problemático otorgar maternidad que en los eventos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida, ello es así, porque existe una disociación entre el elemento genético, biológico y la voluntad procreacional, de modo que no es extraño señalar que

pueden existir varias madres para el mismo hijo, pudiendo eliminarse el viejo dicho de “que madre no hay sino una”.

La determinación de la filiación en el contexto de las técnicas de reproducción humana asistida no ha sido un tema ajeno a los jueces de la República de Colombia, quienes se han visto obligados a dirimir conflictos en ausencia de leyes que regulen de manera clara el tema, debiendo en varias oportunidades adecuar los presupuestos facticos anormales a normatividad vigente con sistemas tradicionales de filiación, no obstante, la voluntad expresada en el consentimiento escrito de los intervinientes en las técnicas, ha sido igualmente un elemento importante para determinar la filiación en estos casos.

En un análisis de tres sentencias de reproducción asistida y filiación en Colombia Bernal (2013) advierte como en Colombia se han recogido argumentos que favorecen la visión de la filiación en el contexto de las técnicas de reproducción humana asistida, bajo supuestos de reconocimiento del consentimiento y en todo caso, en el marco del respeto a la promoción y protección de los derechos del niño. El primer caso que esta autora plantea, es el presentado en la Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Familia. 2 de agosto de 1994. En ella se presenta el caso de una fecundación in vitro post mortem, en la que un hombre dejó su semen para ser utilizado aún después de su fallecimiento con el fin de fecundar a su pareja, quien posteriormente reclamó la filiación extramatrimonial de sus hijos resultado del empleo de la técnica reproductiva. En este caso el Tribunal privilegió el consentimiento otorgado por el hombre fallecido y determinó la filiación entre este y sus hijos, nacidos después de su muerte.

El segundo caso, contemplado en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2013. Referencia: 11001- 3110-002-2006-0537-01. M. P. Arturo Solarte Rodríguez. La Corte determinó que frente a un niño concebido dentro del matrimonio, y que nació como consecuencia de un proceso de inseminación artificial heteróloga no consentida por el marido, no podía establecerse la existencia de filiación paterna entre este y el niño, toda vez que para la Corte el consentimiento expreso del marido en los casos de inseminación artificial

heteróloga, es fundamento de la filiación, sin que por ello se entienda un menoscabo a los derechos del niño.

El tercer caso, es el reseñado en la Sentencia T- 968 de 2009 de 18 de diciembre de 2009 Corte Constitucional-Sala Segunda de Revisión. Expediente T-2220700. M. P María Victoria Calle Correa. En el que una mujer colombiana accedió a realizarse un tratamiento de fertilización in vitro con sus propios óvulos y los espermatozoides de un extranjero comitente, quien la contrató de forma verbal para que entregara el fruto que resultase de la fecundación a él y a su pareja. No obstante, hubo incumplimiento del contrato por parte de la mujer gestante y esta decidió quedarse con los niños que nacieron como consecuencia de la técnica, registrándolos civilmente como suyos y del extranjero comitente, lo que a la postre generó una serie de actuaciones judiciales en las que finalmente se privilegiaron los derechos de los niños, reconociendo a la gestante como su madre biológica y estableciendo al padre comitente sus derechos como tal. Para el momento de la última actuación judicial el padre comitente tenía la custodia de los niños y vivía con ellos en el extranjero, por lo que la Corte procedió a señalar que era necesaria la cercanía de los niños con su madre biológica fijando un régimen de visitas especial sufragado por el padre comitente, mientras se determinara de manera definitiva los procesos de custodia, cuidado personal y pérdida de la patria potestad que se adelantaban por la autoridad competente.

Alternativas para determinar la Filiación materna resultado de la técnica de gestación por sustitución.

Para poder definir la filiación materna dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico colombiano, se puede optar por varios caminos, entre ellos los siguientes:

a). Podrá señalar que para establecer la filiación solo pueda tenerse en cuenta el dato biológico, entendido este, como la conjunción del hecho natural y jurídico del parto, sin importar el dato genético, y seguir señalando que madre es quien ha dado luz a su hijo. De esta manera, no se daría apertura a los contratos de gestación de vida humana por sustitución de vientre

b). Otra opción es que la legislación, brinde al dato genético validez absoluta, como lo señala la ley 721 de 2001, y entonces, se admita que madre es quien genéticamente se identifica con su hijo, y la prueba que determine el índice de probabilidad del 99.9%, se convierta en el sustento de la determinación filial. Lo que dejaría el camino abierto a que se presente la figura contractual propuesta solo en el evento en que la comitente hubiese aportado su ovulo, esta opción se asocia a la Teoría de la contribución genética (Jiménez, 2010, p. 354).

c). La otra alternativa que se erige, es la de que una vez nacido el niño, este se registre teniendo como madre a la gestante y como padre al padre comitente, debiendo renunciar a la patria potestad posteriormente la gestante, de modo que la madre comitente adopte el hijo de su marido. Situación que podría ser sencilla ante parejas heterosexuales pero de difícil aplicación en parejas del mismo sexo.

d). También podrá optar por señalar que no necesariamente una persona deba tener una sola madre, y brindar la posibilidad de tener tres madres a la vez, la biológica, la genética y la legal o que en lugar de tener un solo padre se puedan tener dos, prescindiendo según el caso de alguna de las figuras paternas (madre o padre), como en el caso de parejas del mismo sexo que acuden a la técnica. Aunque esto generaría más conflictos jurídicos de difícil resolución.

e). Que se reconozca la filiación basada en la voluntad procreativa, esta opción acoge la teoría de la intención, que considera que “sin el interés de la pareja contratante, la criatura no hubiese sido creada; por ello se concluyó que la madre legal es aquella que tuvo la intención y el propósito de procrear y de criar a la criatura” (Jiménez, 2010, p. 354).

f). Que se establezca una normatividad que contemple de manera específica la filiación resultado de la asistencia científica, dotándola de características y normatividad especial. Dicha

normatividad puede acoger luego de una revisión comparada y analizadas las características de la sociedad colombiana, si corresponde hacer una homologación de los contratos de gestación por sustitución en vía administrativa y/o judicial, o el establecimiento de un trámite mixto tal como se encuentra previsto para la adopción; esto en cumplimiento de que solo es posible el establecimiento de un vínculo filial a través del cumplimiento de hechos a los que la ley les ha atribuido tal posibilidad o a las providencias judiciales que así lo determinen.

En la actualidad, es al juez a quien se le ha dejado afrontando el dilema del establecimiento de los vínculos filiales, finalmente, es él, quien decide que norma aplicar y que motivos razonables, encuentra dentro del proceso para determinar la filiación de una persona; así podría seguir por mucho tiempo, sopesando que normativa resulta más favorable a cada caso en particular, y protegiendo los intereses del niño, en donde se le posibilite su desarrollo en el contexto más adecuado.

Así por ejemplo, se podría proponer que quienes deseen efectuar este tipo de contratos, los realicen a través de clínicas expertas en el asunto, de modo que después de una exhaustiva revisión por parte de equipos interdisciplinarios de asesoramiento legal y médico, y con vigilancia del Estado (que podría provenir del ICBF), se acopien estos contratos en unidad especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil, de manera que no se vulnere el orden jurídico que se establece por la filiación, en lo que corresponde al estado civil de las personas³⁴.

De esta manera, se evita la excesiva intervención del juez, quien solo deberá conocer de los casos de incumplimiento contractual. Estas clínicas o agencias de gestación sustituta, podrían asumir

³⁴ De conformidad con el Decreto 1260 de 1970, el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley. Igualmente el estado civil de las personas deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos.

las obligaciones de seguir el procedimiento apropiado en el marco del contrato de gestación. Así que la pareja comitente, que dio su consentimiento escrito para la implantación del embrión a otra mujer con el fin de su gestación, pueden ser registrados como padres del niño, sólo cuando obtengan el consentimiento de la mujer gestante. Después de registrado un niño como hijo de la pareja comitente, estos no podrán impugnar su paternidad ni maternidad sobre el mismo.

En resumen, al registrar el nacimiento del niño a solicitud de los comitentes que dieron el consentimiento a la implantación del embrión a otra mujer con el fin de su gestación, junto con el documento que prueba el hecho del nacimiento del niño expedido por la institución o agencia médica, que confirmará al mismo tiempo el hecho de recibir el consentimiento de la mujer gestante que dio a luz el niño, procederá a la inscripción de los comitentes como padres.

Esto implicará además la creación de una regulación específica para estos centros o agencias de gestación sustituta, en donde se deje claridad de los requerimientos que se exigirán a las gestantes, las indicaciones y contraindicaciones a la gestación sustituta, y asimismo la cantidad de pruebas necesarias a las que tendrá que someterse la gestante y los comitentes.

El reconocimiento de esta manera y su posterior inscripción en el registro civil, no debe ser visto como la renuncia anticipada de la patria potestad por parte de la gestante sobre el niño, ni como la adopción anticipada del mismo por parte de los padres comitentes, ambas situaciones restringidas por el ordenamiento colombiano. Sin embargo, se debe reconocer que para la ley colombiana, una persona que se considera padre de una criatura que está por nacer, puede reconocerle aun antes de su nacimiento; el reconocimiento voluntario de hijo de mujer que se encuentra en embarazo se puede hacer por escritura pública, testamento o ante juez según lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 75 de 1968.

Ahora bien, tal como sucede con el acto de reconocimiento voluntario de hijo extramatrimonial, que se establece como “un acto jurídico indelegable, formal, irrevocable, puro y simple, que tiene efectos *erga omnes*, de modo que su eficacia y validez será tanta como se cumplan los requisitos

prescritos en la ley para un acto de estas características” (Medina, 2011, p. 453)³⁵. Se podría exigir para el reconocimiento de los hijos nacidos por asistencia científica, las mismas condiciones.

El status de hijo nacido por gestación de vida humana por sustitución de vientre, podría obedecer a una nueva forma de filiación amparada por el artículo 42 de la Constitución Política cuando establece en su inciso sexto “*Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.* Una filiación que quizá en su futuro desarrollo normativo y doctrinal podría tener como nombre la **filiación Técnico-científica**, y su desarrollo surgiría del mismo precepto constitucional del que se derivan la filiación matrimonial, la extramatrimonial y la adoptiva. Clasificación que no implica diferencias de trato. Una concepción con responsabilidad debe ser la pionera, sin importar la forma de concepción misma que sea elegida.

Hasta el momento se desconoce si es posible adelantar por fuera del cuerpo femenino en útero de laboratorio vida humana, una cosa es que la concepción se pueda dar en el laboratorio y con ayuda científica, y otra bien diferente la gestación, de ahí que el nombre que se ha decidido dar a esta figura sea el de *gestación de vida humana por sustitución de vientre*, haciendo clara la idea de que es la capacidad biológica de gestación el objeto a negociar y no el niño resultado. Por otra parte, que la filiación -como institución jurídica de orden público- del niño quede sujeta a un contrato, sigue constituyendo una fuerte crítica al contrato de gestación.

El derecho a la reproducción humana y su especial relación con la mujer.

La reproducción humana, no ha sido un tema sencillo de abordar desde la perspectiva legal, quizá la dificultad de su definición en la esfera normativa obedezca a que su utilización va atada a la realización de una esfera de la condición humana: la de la maternidad o paternidad según el rol

³⁵ Medina Pabón Juan Enrique, 2011. Derecho Civil Derecho de familia. Bogotá- Colombia. Universidad del Rosario.

en que el sujeto reproductivo se encuentre. Igualmente, su indefinición legal pueda ser el resultado de no saber con certeza si es posible que sea considerada como un derecho, una libertad o si solo es un deber humano o un deseo de realización personal.

De otro lado, la reproducción humana de estos tiempos no es una cuestión en la que medie de manera exclusiva el encuentro sexual, del mismo modo, que no se sigue respondiendo al deber ministerial de multiplicación o preservación de la especie humana; por el contrario, cada vez un número más creciente de personas consideran que la procreación solo puede ser el resultado de una decisión libre, consiente y voluntaria en uso de su libertad reproductiva, en la que aparecen además medios como las técnicas de reproducción humana asistida.

Finalmente las políticas de salud sexual y reproductiva en un país como Colombia permiten analizar que la manera en que se pueda garantizar la reproducción humana es un problema que traspasa las fronteras del derecho, para demostrar que se reduce a un problema económico que el Estado en su sistema de prioridades sanitarias no puede garantizar abiertamente a todos sus ciudadanos.

En principio la reproducción humana, ha sido explorada como una decisión personal frente a un hecho natural proveniente del deseo, cuya protección normativa se realiza bajo el supuesto de un derecho, aunque finalmente se le promueva en estos tiempos como una libertad humana. No obstante, de los hechos naturales que la promovían, poco o nada queda. No pocas son las controversias que suscita el hecho de hablar de reproducción humana - término acuñado en mayor medida por la literatura científica- y la procreación humana, -termino con el que se identifica de mejor manera algunas corrientes del pensamiento religioso-.

Y es que reproducción y procreación no constituyen términos de igual significación, alcance y contenido, mientras el primero se suele emplear en el lenguaje de los seres vivos y es definido por

el diccionario de la lengua española como: -engendrar y producir otros seres desde sus mismos caracteres biológicos-; la procreación, por su lado, encierra un significado más amplio y profundo, con el que se ha separado de un simple concepto de supervivencia de la especie, tal como señala Ratzinger (1988): “con ella se alude al creador, a quien todo hombre debe en última instancia su existencia. En la actualidad parece ser el término reproducción no procreación, el más adecuado para describir de forma concluyente la transmisión de la vida humana”.

Pues bien, la procreación humana como hecho natural, fue abordada desde el Génesis como algo divino, como el cumplimiento del deber de preservar la especie humana, pocas veces se avizoró en la reproducción un hecho dañino, aunque varias legislaciones mundiales promovieron consecuencias peyorativas para los hijos que provenían de una reproducción no amparada por los preceptos normativos. Odiosas distinciones acompañan aún en estos tiempos la división entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, estos últimos denominados antes como hijos de dañado o punible ayuntamiento.

El acto procreativo no solo era el reflejo del deseo carnal de quienes en él intervenían, sino que en el mayor de los casos era un acto consentido y premeditado, cuyos fines se establecían entre hombres y mujeres sin problema. Del mismo modo, la reproducción se evidenció como un hecho controlable de manera individual ante la aparición de los métodos anticonceptivos, de esta forma, no era un hecho que acaecía libre y azarosamente natural, sino que las personas podían decidir de manera libre y voluntaria los hijos que quería tener e incluso decidir no tenerlos después de su concepción a través del uso legal del aborto.

La población mundial podía igualmente ser contralada en sus índices de natalidad por los gobiernos del Estado, de ahí que la vida para tantos, en algunos Estados planteaba la necesidad de una restricción sobre el número de hijos que se podía tener, por primera vez la reproducción humana debía ser controlada, no como una intromisión a la libertad individual de las personas, sino como una especie de bien común demográfico, en ese espacio, se evidenció que la

reproducción no era propiamente un asunto de carácter personal e individual, sino que las decisiones procreativas afectan o favorecen un concepto colectivo de sociedad, Estado o humanidad.

De otro lado, la reproducción dejó de ser natural, como proveniente del deseo carnal, para dar tránsito a nuevas formas de reproducción donde el acto sexual dejó de ser el elemento determinante y necesario, de suerte que ante la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida, se respondió al anhelo de quienes querían ser padres y de modo natural no podían serlo.

La reproducción asistida científicamente, respondió al mismo deseo de la reproducción natural: “tener hijos”, un deseo atado a la condición humana, que no necesariamente respondía a la preservación o multiplicación de la especie, sino más bien al desarrollo de un proyecto de vida de quien optaba por la maternidad y la paternidad para su realización personal.

Pero revisada desde la óptica de los padres o madres o desde los sujetos reproductivos, se ignora con frecuencia el resultado de la reproducción humana: los hijos. Desde la óptica de estos últimos las objeciones a un sin control del uso natural o científico de la reproducción, solo viene dada por el respeto a un precepto universal: el de dignidad humana, en el que converge en pro de los niños un derecho fundamental: “el del amor”.

En este sentido, cualquier forma de reproducción humana, solo debe ser pensada y materializada respetando la dignidad humana de quien es su resultado: los hijos y la propia de los sujetos reproductivos.

La reproducción humana en la disyuntiva de derecho o libertad.

Lo primero que hay que advertir es la falta de claridad entorno a la idea y concepto de la reproducción como derecho y su correspondencia en el orden jurídico interno de los Estados. De

manera que la reproducción humana, puede ser tratada indistintamente como un derecho individualmente reconocido, como un derecho derivado de otro derecho reconocido, como derecho individual de los no establecidos de manera directa “nuevo derecho”, o finalmente como una libertad.

Para su tratamiento como derecho individual reconocido, se requiere que se encuentre establecido taxativamente de tal manera, lo que no sucede en el ordenamiento jurídico colombiano. De otro lado, para ser considerado como un derecho derivado de otro derecho reconocido, se requiere reconocer de cual derecho deriva, pudiendo establecer su conexión más mediata con el derecho a la libertad general, el derecho a la salud, o el derecho al libre desarrollo de la personalidad o la autonomía.

Finalmente para que pueda ser considerado como un derecho individual de los no establecidos de manera directa “nuevo derecho” o “derecho no escrito”, se requiere conocer su ámbito de protección, lo que Díaz (2009) señala como aquellos derechos que se derivan de la norma suprema constitucional, se trata de derechos implícitos en la Norma fundamental.

Bajo esta última óptica, se advierte que el derecho a la reproducción en Colombia, parte constitucionalmente del art. 42 cuando advierte en su noveno párrafo que: “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos...”

Ahora bien, dar significación y alcance a la reproducción como un derecho humano fundamental es problemático, situación que se acentúa cuando median las técnicas de reproducción humana asistida, tal como señala Berlinguer (2002) “muchos dudan que el lenguaje de los derechos sea el más adecuado para tratar problemas como la reproducción y el nacimiento, en los cuales la dimensión predominante es la relación entre varios sujetos, que es parcial o particularmente

afectiva, cuya expresión autónoma podría ser distorsionada por la ley o la intervención del Estado” (p.22).

Siguiendo lo expresado por Berlinguer, hablar de un derecho a la reproducción humana se torna complejo, porque no existe la certeza de que y a quien se le puede exigir su cumplimiento. Si bien en Colombia se ha reconocido el derecho a fundar una familia como derecho constitucional, no existe claridad si el hecho de procrear pueda ser contemplado como un derecho del cual se pueda exigir el cumplimiento y garantía por parte del Estado -tal como sucede con el común de derechos-. De igual manera, es difícil establecer las obligaciones que le corresponden al Estado en la provisión de los medios para hacerle efectivo.

El reconocimiento de la reproducción como derecho conlleva a poder exigir a otros su cumplimiento, lo que no siempre es sencillo. Al establecer este derecho como derivado de la salud³⁶, lo máximo que puede hacer un Estado es facilitar a los ciudadanos, las garantías necesarias para procurarles su bienestar, políticas de prevención, tratamiento y posible curación a las enfermedades, pero no podrá garantizarles que tengan salud reproductiva, porque ello no depende de manera exclusiva de su intervención. Muchos de los problemas de fertilidad que impiden la procreación están asociados a factores genéticos que no siempre pueden superarse, lo que hace difícil su exigencia frente a otros, incluyendo al Estado.

En consecuencia, conviene revisar la reproducción humana desde una óptica en que se promueva como una libertad procreativa y no como un derecho. De tratarse de una libertad procreativa, debemos revisar que la libertad supone un poder de autodeterminación de la persona para hacer o no hacer una cosa, así por ejemplo, en uso de una libertad procreativa las personas pueden considerar que su decisión de no tener hijos merezca igual respeto que la de tenerlos, lo que reconoce la Corte Constitucional Colombiana cuando señala que “No corresponde al Estado ni a

³⁶ En Colombia las sentencias de la Corte Constitucional que abordan la reproducción humana asistida como un derecho dependiente del derecho a la salud han sido entre otras las siguientes: T-572 de 2002, T-512 de 2003, T-636 de 2007, T-946 de 2007, T-572 de 2007, T-605 de 2007, T-760 de 2008, T870 de 2008, T-890 de 2009, T-424 de 2009.

la sociedad, sino a las propias personas decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos y modelos de realización personal³⁷ .

De hecho resulta fácil revisar una libertad desde su aspecto negativo, es decir, que resulta más sencillo cuando reconocemos que las personas pueden negarse a hacer uso de su libertad, porque “si bien existe una incertidumbre sobre el derecho a engendrar, hay en cambio un extenso consenso sobre el derecho a no ser privados arbitrariamente de tal facultad” (Berlinguer, 2002).

Que las personas tengan hijos tampoco genera en un uso positivo de su libertad procreativa problema alguno, lo cuestionable radica en que los medios por los cuales esa libertad pueda ser ejercida no siempre están a disposición de la misma forma para todos. Cuando la procreación acude al llamado natural no representa mayor problema, la situación compleja se presenta en la medida en que quien desea ser madre o padre, no cuenta con el recurso natural que se lo permita, lo que se agudiza cuando además no cuenta con el poder económico para serlo a través de la asistencia científica.

De suerte que en un país como Colombia, la maternidad o paternidad para quien no cuenta con recursos económicos suficientes, solo puede ir en dos vías: la primera, por una posibilidad natural de procreación y en ausencia de esta, en segundo lugar, por la adopción – la que desafortunadamente no reconoce familias pobres como aptas para la paternidad o maternidad-.

Dicho de otro modo, las técnicas reproductivas solo son posibles para quienes cuentan con la capacidad económica de sufragarlas, pues en un orden prioritario de cobertura de los servicios de salud, el Estado no se encuentra en la capacidad económica de brindar estos tratamientos médicos, que le resultan sumamente costosos y con los cuales no se conjuran auténticos riesgos para la vida

³⁷ Cfr. Sentencia T-516 de 1998. M.P: Antonio Barrera Carbonell.

de quien los padece, sin vulnerar por ello un derecho a la salud. No obstante, en la actualidad se hace una gran inversión en políticas de planificación familiar preventiva y curiosamente se incorporan al POS medicamentos como el Viagra para superar la disfunción eréctil de los hombres, cuyo uno de sus propósitos pueda reflejarse en que estos se procreen más fácilmente³⁸.

En resumen, no existe en el ordenamiento jurídico colombiano una disposición normativa que señale de manera inequívoca un derecho a la reproducción. En el avance jurisprudencial³⁹, la reproducción es advertida como un derecho a la salud, es decir, que la Corte protege el derecho a la salud, cuando la persona padece de alguna enfermedad o patología, que al ser tratada, le puede permitir a la mujer, de manera natural, quedar en estado de gestación, es decir, recuperar la condición física para procrear. En estos casos, la protección no está dirigida a autorizar tratamientos de infertilidad propiamente dichos, sino a superar o corregir anomalías físicas u orgánicas que permiten garantizar la integridad física, la salud y la vida en condiciones dignas⁴⁰

Bajo esta óptica, se reconoce que no puede ser considerada como enfermedad el hecho de no tener hijos, pero se acepta que existen formas de combatir las causas que originan que hombres y mujeres no puedan de manera natural tener hijos. La salud reproductiva no consiste entonces de manera exclusiva en que se puedan tener hijos, pero sí en reconocer que muchos de los problemas que devienen en esterilidad o infertilidad provienen de la falta de una adecuada educación y provisión de técnicas de concepción, que tienen mayor peso en quienes son más vulnerables socio económicamente.

Es así como Luna (2009) advierte que la promoción de una doble moral tiene efectos nefastos en la salud reproductiva en general y en la reproducción asistida en particular. Tal es el caso de la

³⁸ El suministro del medicamento Viagra que realiza el Plan Obligatorio en Salud se hace bajo el supuesto de proteger la vida digna, lo que puede ser consultado en la sentencia T-926 de 1999, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

³⁹ Pueden ser consultadas sobre este tema las sentencias: T-437/93, T-493/93, T-341/94 T-926/99, T-1104/00, T-143-05, T-946/07, T-605/07, T-870/08, T-732/09, T-890/09, T-424/09, T-857/09, T-226/10, T- 311/10, T-644/10, T-249/10, T-935/10, T 550/10, T-899/12.

⁴⁰ Cfr. Sentencia T 525 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

infertilidad secundaria⁴¹. Esta última como la causa final de abortos ilegales en malas condiciones de salubridad, altas tasas de embarazos no deseados en población juvenil, lo que se traduce en una falta de adecuada educación reproductiva.

De otro lado, en un Estado como el colombiano, se desconocen las técnicas de reproducción humana asistida como medios legítimos para hacer efectivo el derecho humano de la reproducción y permitir fundar la familia en los términos constitucionales previstos, aduciendo generalmente los altos costos económicos de las mismas, que no pueden ser sufragados para todos por parte del Estado, en su sistema de prioridades sanitarias, aunque en sentencia T-009 de 2014 M.P. Nilson Pinilla, se señaló que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud, pero *“cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad...”*.

En esta misma sentencia, la Corte advierte que merece respeto que las personas quieran proyectarse genéticamente a través de los hijos, pero que la destinación de recursos tan necesitados para la atención de problemas realmente severos de salud, hacia progresismos

⁴¹ La Corte Constitucional en Sentencia T-946 de 2007 señaló: [...] la infertilidad es una enfermedad que afecta el sistema reproductivo y que interfiere con la capacidad, temporal o permanente, de una pareja heterosexual para alcanzar un embarazo, a pesar de mantener una vida sexual activa por más de un año y sin control anticonceptivo voluntario. || Según la denominación anglosajona, se conocen dos tipos de esta enfermedad: la infertilidad originaria o primaria y la infertilidad secundaria. La primera de ellas se presenta cuando la persona genéticamente tiene problemas en su aparato reproductor que le impiden cumplir con la función natural de procreación humana, o sencillamente cuando, a pesar de los múltiples intentos sexuales, la pareja no ha logrado nunca un embarazo. Al respecto, la jurisprudencia constitucional en forma reiterada ha sostenido que “el derecho a la maternidad no incluye la obligación de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado. En este sentido, se entiende que la improcedibilidad de la tutela para otorgar este tipo de tratamientos se predica de la llamada infertilidad originaria”[40]. || Por su parte, la infertilidad secundaria hace referencia –generalmente– a aquellos pacientes que tienen antecedentes de uno o varios embarazos y luego de un tiempo les resulta imposible concebir. En las mujeres las principales causas de este tipo de infertilidad son los problemas ováricos, ovulación deficiente, obstrucción no genética de las trompas de Falopio, alteraciones hormonales o enfermedades infecciosas que son transmitidas sexualmente; en el hombre, anomalías repentinas en la producción hormonal. Así, la infertilidad secundaria es causada por otro tipo de afecciones físicas o enfermedad autónoma que limitan la capacidad de una persona para engendrar y solo en esos casos merecen una protección excepcional por vía de tutela” (negrillas y cursivas originales).

costosos que permitan el nacimiento de más niños en satisfacción de la consanguinidad, contrasta con la existencia de tantos niños ya nacidos, que requieren de madres, padres, familia y amor. En este sentido, la Corte promueve bajo estos argumentos la realización de adopciones en Colombia⁴².

Sin embargo, en los últimos años se ha evidenciado una superación a las posturas que promueven la reproducción como un derecho conexo a la salud, y en sentencias como la T-528 de 2014, la Corte Constitucional advirtió que el derecho a la reproducción humana se deriva de los derechos a la libertad y a la autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar y a la libertad de fundar una familia y en este sentido resolvió:

“EXHORTAR al Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, para que realice la revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización in vitro, e inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas.”

Ahora bien, hay quienes advierten que no se debe hablar de un derecho o libertad de la reproducción, sino de un “derecho de acceso a las tecnologías de reproducción” (Vázquez: 2007) que no sean discriminatorias, pudiendo acceder a ellas todos los ciudadanos que las requieran como parte de la organización de su plan de vida, sin que necesariamente padezcan una enfermedad, de modo que no se observe la reproducción como una extensión del derecho a la salud, sino un medio alternativo de reproducción, lo que Vázquez advierte como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad.

⁴² De acuerdo con las estadísticas presentadas hasta el mes de octubre de 2014, por parte del ICBF, en Colombia para el año 2013 se adoptaron un total de 1.125 niños y el reporte hasta octubre de 2014 daba cuenta de 924 niños adoptados. Los niños dados en adopción desde 1997 hasta el 24 de octubre de 2014 corresponde a un total de 43.237, evidenciándose una disminución considerable en la adopción desde el año 2012. Las listas de espera de familias colombianas para el año 2014 era de solo 306 solicitudes.

Por otra parte, la reproducción suele vincularse en mayor medida como un tema que concierne solo a la mujer, por no decir que ha sido tratado como un derecho exclusivo de ella, pues finalmente, es quien soporta el riguroso trabajo de gestación y parto del hijo y es quien se compromete en mayor medida con la planificación anticonceptiva.

La identidad de la mujer se redujo durante mucho tiempo a la maternidad, desconociendo que como sujeto, su identidad podía ser considerada mucho más allá de un rol meramente reproductivo, o que incluso la mujer pudiera renunciar a la posibilidad de desarrollar tal rol como parte de su proyecto de vida. Knibiehler (2000) señala que “La función biológica pasó a ser el fruto de una decisión: ya no se trataba de una *reproducción pasiva*, sino de una *procreación humana* en la que intervenían la razón y afectividad. Antes las mujeres no tenían derecho a negarse a un nacimiento, ahora ya no tienen derecho a dejar que nazca un hijo no deseado”

La interrupción voluntaria del embarazo constituyó una conquista de la mujer en el pasado siglo. Las mujeres expuestas durante tanto tiempo al control social de su cuerpo una vez fecundado, -generalmente por normas de derecho positivo que veían como delito el aborto-, encontrarían en la legalización del aborto un escenario de reconocimiento de su libertad reproductiva. En tanto la mujer fuera reconocida como un ser humano libre, empoderada de una decisión como la de ser madre o de no serlo, solo a ella podría permitírsele decidir sobre la maternidad. Como dice Knibiehler (2000), se trata de una exigencia moral que legitima el aborto en todos los casos en los que un acontecimiento imprevisto compromete un proyecto de parto.

En la actualidad, las mujeres quieren vivir su maternidad como una celebración, no como una imposición del medio en el que se desenvuelven y del mismo modo, pueden querer no tener hijos como parte de su desarrollo personal, sin sentir por ello el rechazo de una sociedad. En definitiva exigen su reconocimiento como mujeres, simplemente como “mujeres que pueden elegir”.

De otro lado, el acceso a una educación sexual auténticamente formadora de seres humanos, debe permitir que las decisiones de las mujeres sean autónomas y respetuosas, situación que también es reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia C -355 de 2006 cuando señala: “El derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas supone por una parte contar con la información necesaria para adoptar decisiones de esta naturaleza y en esa medida está estrechamente relacionado con el derecho a una educación sexual adecuada y oportuna, adicionalmente *“protege a las personas de la invasión o intrusión no deseada en sus cuerpos y otras restricciones no consensuales a su autonomía física”*”

En nuestro país se considera un avance constitucional que el ejercicio de la maternidad aparezca dentro de los derechos del niño al amor y en los siguientes términos: *“...Los primeros obligados a dar amor al niño son sus padres, de suerte que si hay una falta continua de amor hacia el hijo, no se está cumpliendo, propiamente, la maternidad... Entonces, si un padre o una madre incumplen con su obligación constitucional, no sólo están incurriendo en actitud injusta, sino que no están desempeñando ni la paternidad ni la maternidad, en estricto sentido, porque no ejerce la actitud debida conforme al derecho. La maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor (...)”*⁴³

En sentencia T-503/94⁴⁴, la Corte realiza varias reflexiones sobre lo que implica la maternidad, resulta pertinente recodar la jurisprudencia sentada por esta misma Sala de Revisión:

“La maternidad, como proyección de la solidaridad natural de la persona humana, no comprende, *per se*, un estado biológico a secas, sino una **actitud racional**. De no ser así, se desconocería, *verbi gratia*, la maternidad por adopción, la cual no es una ficción, sino una verdadera actitud afectiva tendiente a asumir a plenitud la noble misión maternal.

⁴³ Corte Constitucional Sentencia T 339/94, M.P. Vladimiro NARANJO.

⁴⁴ Expediente No T - 40427. petición: Leydi Diana Marulanda Acosta procedencia: Juzgado Primero Promiscuo de Familia, Villavicencio. M.P. Vladimiro Naranjo mesa

"Por maternidad, pues, se entiende el **acto de ser madre**, y dicho acto supone una **volición**, es decir, un querer ser, y una manifestación externa de ese querer. Así es que implica una actitud integral en función del bienestar del hijo. Este es el destinatario de la acción materna, la cual comprende tanto el afecto, como el cuidado de la salud, la alimentación, la educación, el vestido, la protección, la nutrición y en general el sostenimiento del hijo mientras éste sea menor de edad, y siempre la asistencia moral y afectiva, puesto que los vínculos filiales no desaparecen con el transcurso del tiempo.

"La actitud de ser madre es un **modo de ser natural** de la mujer, y se expresa en la disposición plena de ésta a la promoción y cuidado personal y personalizante del hijo. Se trata, también, recíprocamente, de un derecho que, por naturaleza, tiene el menor a ser tratado como hijo. En efecto, todo niño tiene derecho a gozar de la protección de una madre, ya que es un hecho notorio que el menor desposeído de la asistencia materna -y también paterna- es víctima de una situación en estricto sentido **anti natural**. Pues así como en los animales se observa que los hijos son asistidos por la madre, con mayor razón en el seno de la comunidad racional debe presentarse dicha relación de cuidado especial. Es así como el jurisconsulto Ulpiano ve en esta relación un asunto propio del *ius naturale*, al escribir:

"La maternidad está reconocida por el orden jurídico internacional como derecho humano, y, por tanto, se protege en todas las situaciones. Pero no es un derecho absoluto, porque se encuentra, como todo derecho, limitado, en este caso, por los derechos del mismo hijo y por el orden social justo. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25, numeral segundo, estipula:

"La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social'.

"Sobre el contenido de este texto es conveniente hacer las siguientes precisiones: en primer término, la maternidad es protegida con el derecho a cuidados especiales en virtud del bienestar del menor y, por extensión, en función de la madre, para que ésta pueda llevar a cabo su misión de solidaridad natural. En segundo lugar, como la maternidad está para la protección del infante, se deduce que éste tiene derecho a una madre que lo asista. Tercero, la madre tiene derecho a la conservación de su *status* -siempre y cuando cumpla con el deber de amor hacia su hijo, **pues la esencia de la filiación es el amor-**, es decir, tiene el derecho a realizar sus funciones, y en atención a dichas funciones, y al amor, a mantener el vínculo jurídico y afectivo con su hijo. Y, finalmente, se protege por igual a la maternidad dentro del matrimonio, como a la que se presenta por fuera de la relación matrimonial, con base en el trato igual debido tanto a las madres como a los niños".

La maternidad ha sido ampliamente reconocida por el desarrollo jurisprudencial de nuestro país, que ha buscado reforzarle no tanto en función de la mujer en desarrollo de su reproducción, sino

en procura de lograr el mejor bienestar para el nuevo integrante de la especie humana. La maternidad no se protege entonces en razón de la mujer como sujeto aislado vulnerable, sino ante todo por garantizar al hijo la mejor vida que pueda tener.

El Principio de prevalencia de los derechos de los niños como limitante de la reproducción humana

En el último siglo el niño pasó de ser considerado como propiedad de los padres a jugar un papel cada vez más activo en la sociedad, siendo actualmente considerado como pieza fundamental de la misma y, elevado a la categoría de sujeto de derecho, sin importar las circunstancias de su nacimiento. Este avance, se ve reflejado en la especial protección que recibe de sus derechos, no solo en la legislación nacional, sino en instrumentos jurídicos de cobertura mundial.

Se justifica el reconocimiento a favor de los niños, de una serie de derechos fundamentales distintos y adicionales a los consagrados para las personas en general. Su especial estado de desarrollo e indefensión, hacen que se les brinde una protección especialísima, sobre todo cuando sus derechos se puedan ver conculcados en situaciones específicas.

La Constitución Política colombiana, elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del estado, la sociedad y la familia. En su artículo 44 consagró sus derechos de la siguiente manera:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de

la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Este precepto Constitucional desarrolla los principios adoptados en la Convención de los Derechos del niño por la Asamblea General de las naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y que fuera aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 12 de 1991. En efecto, esa Convención dispone en las partes pertinentes de su preámbulo:

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

El reconocimiento de los derechos de los niños y las niñas de esta forma, permitieron concentrarse en ellos como seres integrales. Si en una época las necesidades de los niños se consideraron negociables, ahora se han convertido en derechos fundamentales; los niños y las niñas dejaron de ser receptores pasivos de beneficios, para convertirse en seres autónomos y sujetos de derechos.

Ha sido tal la consideración especial que se le tiene al niño, que nuestro Constituyente Nacional consideró necesario establecer que “los derechos de los niños debían prevalecer sobre los derechos de los demás”. Con este enunciado, se dejó establecido que cualquier persona puede exigir el cumplimiento de sus derechos.

Un amplio desarrollo jurisprudencial se ha realizado en nuestro país, en torno a los derechos de los niños, dos principios han sido ampliamente discutidos y ponderados en las situaciones de vulneración o dificultad para los más pequeños en edad. Ellos son: el principio de la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, y el principio del interés superior del niño.

Respecto al Principio de la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás⁴⁵, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones. Por ejemplo, mediante la sentencia⁴⁶ N° C-041 de 1994 señaló lo siguiente:

“Establecida una necesidad específica de protección y asistencia del niño subsumible en un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, los conflictos que genere frente a otros derechos y que no pudieren resolverse de otro modo que apelando a la jerarquización de los intereses, serán decididos según lo ordena el mismo Constituyente dándole prelación a los derechos del primero (CP.art.44). La especial calidad del niño como **sujeto privilegiado** de la sociedad se proyecta en esta particular regla de prioridad que modula los ámbitos de los restantes derechos, a partir de la exigencia y condición de que los suyos sean satisfechos o respetados en primer lugar. La ordenación que se establece a partir de esta regla no conduce indefectiblemente a reducir y erosionar los espacios asignados a los diferentes derechos. Cada miembro de la sociedad, como titular de derechos, debe conjurar en el ejercicio de su propia libertad, tanto sus propias exigencias y necesidades como las de la sociedad que singulariza al niño como sujeto merecedor de protección...”

Respecto al principio del Interés superior del niño, la Corte Constitucional, también ha realizado un exhaustivo tratamiento de su contenido y alcance⁴⁷ diferenciándolo del principio de la prevalencia de los derechos de los niños, por la ratio que los inspira. Mientras el interés superior del niño debe inspirar las decisiones judiciales en las que dos o más de sus propios derechos resultan encontrados, correspondiendo al juez señalar en el caso concreto que derecho debe proteger, en aras de la justicia y de las mejores garantías para el desarrollo del menor. Por su parte, la prevalencia de los derechos de los niños frente a los derechos de los demás, establece

⁴⁵ Respecto a este principio pueden ser consultadas entre otras las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: Sentencia T-402 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-005 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón.

Sentencia C-019 del 25 de enero de 1993. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

Sentencia C-459 del 12 de Octubre de 1995. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-442 del 30 de septiembre de 1994. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁴⁶En: Corte Constitucional. Sala Plena: sentencia del 3 de febrero de 1994. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, en el proceso de constitucionalidad contra los artículos 43 (parcial), 44, 45,46,47,68 (parcial) del Decreto 2737 de 1989 <<por el cual se expide el Código del Menor>>.

⁴⁷ Pueden ser consultadas entre otras las siguientes sentencias:

Sentencia N° C-005 del 14 de Enero de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón.

Sentencia N° C-019 del 25 de enero de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón.

Sentencia N° C-459 del 12 de Octubre de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia N° T- 477 del 23 de Octubre de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

que los intereses del niño deben ser siempre atendidos en primer orden cuando se encuentren en contraposición con los derechos de los adultos.

Una de las sentencias que mejor explica el principio del Interés Superior del niño, es la sentencia⁴⁸ N° T-408 de 1995 que señala lo siguiente:

<<El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su *status* debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende a la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión – como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección al menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica, fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3) y, en Colombia, en el Código del Menor (decreto 2737 de 1989). Conforme a estos principios, la constitución Política elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45).

La más especial doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) Real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia del 14 de septiembre de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Pues bien, tal como sucede con cualquier situación en la que se genera duda o incertidumbre para el niño y que como consecuencia de esta se conlleve a la vulneración de sus derechos, debe entenderse que en los eventos complejos que presentan las técnicas reproductivas asistidas y especialmente la de gestación por sustitución de vientre, no es fácil determinar la afectación de sus derechos, ni siquiera se puede establecer criterios que permitan de manera confiable inferir que a los niños – hijos resultado de estas técnicas-, les sea posible conculcar un derecho al elegir de manera anticipada su filiación, o al hecho de que sus padres hubiesen escogido una u otra manera para concebirlos y parirlos.

Las situaciones problemáticas en las que se deba ponderar el interés superior del niño, solo podrán sobrevenir cuando los adultos intervinientes ya no les quieran como hijos o cuando todos esos adultos le quieran al mismo tiempo como hijo y estén dispuestos a las extensas batallas judiciales y afectivas que supone un problema de tal magnitud.

Cuando son los comitentes y la gestante los convoque el mismo ideal de convertir al niño que nace en su hijo, la paradoja se resuelve en la revisión del interés superior del niño. De suerte que, el juez sopesara ya no los simples aspectos biológicos, genéticos o legales, sino que entrará a revisar aspectos económicos, culturales, sociales, es decir, que valorará de manera distinta las posibilidades de desarrollo que le brinden quienes le demandan como hijo, pudiendo en todo caso, señalar quien es el padre o madre de conformidad con lo que más convenga para el desarrollo del niño. En consecuencia, los intereses de los padres o de quienes desean serlo, no son el factor determinante para establecer la paternidad o la maternidad, estos inevitablemente serán determinados en razón del hijo y no de los padres.

De otro lado, cuando en los devenires del proceso reproductivo ni comitentes ni gestante quieren asumir el rol de la maternidad, deviene un problema que en razón de los derechos del niño, es más complejo. No es lo mismo cuando todos quieren tener al niño como hijo a cuando se le quiere desconocer, el reconocimiento del hijo como sujeto humano, se ve conculcado al no quererle asegurar una familia.

El reproche más fuerte a este tipo de situaciones puede provenir del hecho de considerar que un niño no puede quedar desprovisto de una familia, cuando en su concepción y nacimiento han intervenido tantas voluntades. De manera que si bien de forma natural puede suceder que se traiga a un huérfano de padre al mundo, esta misma situación no puede provenir de un acto colectivo de un equipo médico vigilado por el Estado, que tiene el deber de velar por el respeto de los derechos del niño a nacer en una familia. En este caso, debe necesariamente ceder el interés individual a procrear frente al derecho superior del niño⁴⁹.

No obstante, buscar y hallar “*padres a palos*” no debe ser la alternativa a considerar en estos casos, porque de dicha manera no se protegen los intereses del niño, pues todo niño tiene como derecho primario fundamental el amor, y solo debe estar con quienes pueden de manera auténtica brindarle tal posibilidad. Si un hijo no es amado, no debe entonces hacer parte de una familia que no puede acogerle para su protección y desarrollo. Esto no quiere decir, que dichos intervinientes puedan retractarse de sus decisiones de forma que afecten la vida de otros, actuación que el ordenamiento jurídico puede entrar a reprochar como delictuosa.

Se reconocen los derechos del niño como prevalecientes frente a los de los demás, principalmente se debe considerar que los derechos de los niños están jerárquicamente distinguidos y ellos no pueden ceder a los de los adultos, por lo que frente a las técnicas de reproducción humana asistida este principio debe ser de absoluta aplicación. Los derechos a proteger en los casos de confrontación de la tecnología reproductiva con los derechos de los niños son los siguientes:

El derecho a tener una filiación: El niño que nace como resultado de una técnica de reproductiva asistida debe gozar de una filiación, sea cual sea el tipo familiar que vaya a integrar, de

⁴⁹ Sobre esta posición pueden ser consultadas las obras de la Profesora Argentina Graciela Medina. Autora de “Uniones de hecho homosexuales”, “Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio”

conformidad con lo establecido constitucionalmente. En todo caso los conflictos que se susciten con relación al establecimiento de relaciones filiales, deberán consultar finalmente el interés superior del niño, que permita establecer el espacio en que el niño pueda desarrollarse física, espiritual y emocionalmente en un ambiente adecuado.

El Derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos: desconocer este derecho implica la vulneración de derechos humanos fundamentales. Además de poder causar en el niño un serio impacto psicológico, puede también causar grandes perjuicios a lo largo de la vida del individuo cuando requiera de atención médica en la que es muy importante contar con el registro de las enfermedades y otros antecedentes médicos de sus familiares "biológicos"

El Derecho del niño a pertenecer a una familia integrada: Es una de las condiciones más importantes, para que el individuo logre su pleno desarrollo social. La separación de un niño de sus padres sólo se justifica en casos de necesidad extrema o cuando la convivencia causara un perjuicio al niño, pero si ello no ocurre, no se debe privar al niño del ejercicio de este, quizá uno de sus más importantes derechos. El niño no solo tiene derecho a conocer unos padres, sino a vivir con ellos, debiendo el Estado y la sociedad procurar los medios de estabilidad y bienestar para que sea de esta manera.

La Convención también reconoce el derecho de los niños a nacer y a vivir en el seno de una familia, así mismo, reconoce expresamente que la protección al niño debe acordarse tanto antes como después del nacimiento, como ya lo señalara la Declaración de los derechos del niño⁵⁰

Finalmente, la Convención asegura prioridad al interés del niño. Así lo dispone el artículo 3, párrafo 1, conforme al cual:

⁵⁰En el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se lee: "Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los derechos del niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

El límite a la libertad reproductiva debe ser siempre el interés Superior del niño. El derecho a la reproducción, como derecho a la autodeterminación física, permite al sujeto acceder tanto a la reproducción natural, como valerse de las nuevas tecnologías reproductivas. Pero ello no implica que el derecho a la reproducción sea absoluto, en consecuencia, este sólo existe supeditado a la garantía de la satisfacción y cumplimiento de los derechos del niño por nacer.

No debería facilitarse el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, si el nuevo ser ha de venir al mundo en condiciones notoriamente insuficientes para el conveniente desarrollo de su personalidad, todo niño merece tener una familia y nadie puede preestablecer la condición de no tenerla aún desde antes de nacer.

Tal como señala Sarmiento (2010):

“La compleja situación global sobre la infancia conlleva la necesidad de una mayor atención en las consideraciones tradicionales que hemos hecho de los asuntos bioéticos relativos a la dignidad humana y a la vida. La infancia es una dimensión fundamental de la vida humana y es, por definición, la esperanza exclusiva que podemos tener en el futuro. No puede haber bioética, en sentido estricto, sin consideración sobre uno de los grupos humanos más vulnerables, en los que está cifrada la vida de seres humanos con derechos cuya protección debe ocupar el primero de los lugares en la práctica legislativa y social. En efecto, la necesidad de integración de la infancia a los análisis bioéticos verdaderamente multidisciplinarios no solo es un deber moral sino, además, un imperativo moral colectivo, que conjuga múltiples elementos bioéticos, en especial aquellos relacionados con el futuro de las nuevas generaciones(p. 19).

La Bioética abocada en estos tiempos a superar el campo estricto de la práctica clínica y de la investigación técnico científica, debe ampliar su horizonte hacia la comprensión de los problemas que afectan la vida en su realidad viviente, teniendo como desafío interesarse aprender de las

ciencias sociales, para poder postular una ética no solo de la salud pública, orientada a la comunidad y al bienestar; sino de una ética atenta a las amenazas globales de la salud pública y de los más vulnerables. Los espacios de diálogo que permitan la deliberación en la que converjan los más diferentes intereses sociales no solo resulta necesario sino que se postula como un imperativo.

En el reconocimiento de los derechos humanos de los intervinientes en las técnicas reproductivas, se fundamenta un espacio de diálogo y crecimiento mutuo. Las mujeres no pueden ser ignoradas en el proceso de discusión, del mismo modo, que los niños que nacen como resultado de estas prácticas deberán en muy poco tiempo ser consultados sobre su visión en el proceso reproductivo. Un principio de responsabilidad común para las futuras generaciones, debe ser interpretado por mujeres gestantes y padres comitentes, como limite a un sistema de tolerancia radical, en el que no necesariamente todo valga, así como tampoco en la creencia de una moral común, pero si, en la certeza de las respuestas y acciones erradas en el uso de las técnicas reproductivas.

Conclusiones

Uno de los problemas que evidenció el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida es que su aparición se dio en un marco jurídico demasiado estrecho. Las normas que regulan su utilización siguen siendo limitadas, pese a existir mayor discusión en torno a su uso y las consecuencias que de su empleo se derivan. Son escasos los ordenamientos jurídicos que las regulan, algunos países las permiten, otros las prohíben y otros países toleran su práctica por omisión legislativa.

Lo cierto es que con legislación o sin ella, las técnicas son un factor común en estos tiempos de excesiva planificación familiar. Las personas acuden a ellas por múltiples razones. No obstante, los dilemas ético- jurídicos que se derivan de su uso, son comunes para todos, especialmente los dilemas que surgen por el establecimiento de la filiación de los niños-resultado.

Dentro de las técnicas reproductivas más cuestionadas, persiste una visión poco benévola hacia la sustitución de vientres para la gestación, caracterizada dicha percepción por el seísmo de los conceptos de paternidad y maternidad promovidos durante siglos. Conceptos que reciben en estos tiempos un duro embate, cuestionando desde sus cimientos su arraigo a la genética y la biología, advirtiendo que no son los únicos elementos a ser considerados para la atribución de padres y madres de un ser humano.

De otro lado, la posible desaparición del parentesco o por lo menos de la forma en que jurídicamente ha sido concebido, es otro de los grandes cuestionamientos a ser resueltos por legislaciones que en el mundo han promovido su registro y control, eliminando su importancia en una sociedad en que da igual la pertenencia familiar por consanguinidad. En el pasado parecen quedar los lazos sanguíneos para determinar los vínculos familiares, de este modo, se comienza a asumir que somos más que el producto de nuestros genes.

Pese a esto, resulta contradictorio que de un lado, se cuestione la técnica de gestación por sustitución de vientre, al considerar que con su uso se deja a los niños-resultado en las vicisitudes judiciales de filiación, cuando lo que se evidencia con este tipo de técnicas, es que finalmente se fortalece de manera más auténtica el establecimiento de un lazo familiar. Quienes acuden a su uso desean tener un “hijo”, es decir, que su necesidad se plantea en pro de un ambiente que ligue a padres e hijos de una manera u otra, en otras palabras, no importa el método que se emplee, sino ante todo el desarrollo de un vínculo de padres e hijos.

De suerte que los conceptos de maternidad o paternidad no desaparecen sino que buscan ser reforzados a través de otros medios que antes eran poco conocidos. Si realmente los conceptos de parentesco, filiación, paternidad o maternidad estuvieran perdiendo vigencia, no preocuparían el empleo de técnicas como la gestación por sustitución de vientre, que lejos de abandonarlos busca reforzarlos.

La reproducción humana que en principio estaba establecida sobre las leyes de la naturaleza, en que se promovía como un deber y derecho de las mujeres, supera ese discurso, para erigirse en una libertad de la que todas las personas pueden hacer uso. Contemplando en dicha libertad la posibilidad de acceder a la reproducción a través de métodos, técnicas, “artificialidad”, algo creado por el hombre para superar las limitaciones que de manera natural impedían a quienes querían ser padres o madres, serlo.

En este sentido, la reproducción es enfocada desde varias perspectivas de protección legal: la primera, que la promueve como un derecho fundamental, la segunda, que la advierte como la derivación de un derecho fundamental previamente establecido, entre los que se invoca el derecho a la salud o el derecho al libre desarrollo de la personalidad, finalmente, se señala como una libertad, en la que los sujetos pueden emplear los métodos o técnicas que consideren ajustarse a sus necesidades para tener hijos.

Desde una u otra perspectiva, la reproducción humana debe permitir a las personas en igualdad de condiciones definir en su proyecto de vida, el número de hijos que va tener y la forma en como los concebirá, sin que en tales condiciones pueda interferir el estado, salvo para restablecer el orden de relaciones familiares, cuando se halle que con algunas decisiones individuales se pueda ocasionar daño a los niños resultado de las técnicas reproductivas, debiendo en todo caso revisar desde los principios de la prevalencia de los derechos de los niños y del interés superior, las decisiones que les permita el disfrute de una vida en condiciones dignas y justas.

Al proponer la creación de una figura jurídica que respalde el uso de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre, se pretende no dejar librada a la suerte los derechos y obligaciones de las partes que en ella intervienen. Como conclusión frente a este punto, tendremos que decir que con el uso del contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre, se refleja que la determinación de la paternidad y la maternidad, no queda reducido a la mera procreación y que el valor que en la actualidad se le da al dato biológico no puede ser absoluto.

El derecho está llamado a dar mayor importancia a otro tipo de consideraciones, diferentes al aspecto biológico, en la que se reflejen otros valores y principios como: la voluntad procreacional, el interés superior del niño y la solidaridad.

Pese a las grandes dificultades reseñadas en este trabajo, el contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre, constituye un acto social y jurídico de responsabilidad claramente delimitable en el tiempo y en el espacio. Cuando las parejas comitentes deciden vincularse a esta actuación como partes, es porque sin duda quieren ser padres y tal decisión ha sido reflexionada, consciente, voluntaria y libre, en igual sentido para la mujer que gesta en su vientre el niño. Sumado a todo esto, es necesario reconocer que en el proceso existe la intervención de un equipo médico que deberá asumir responsablemente las actuaciones de las que hace parte y de las que es testigo.

Se podría afirmar que cuando las parejas recurren a esta práctica, refuerzan la idea de una voluntad procreacional auténtica, lo que no siempre sucede con el acto procreacional natural, que aun cuando sea libre y voluntario, resulta en ocasiones más azaroso, de ello da cuenta el gran número de embarazos no deseados.

Las personas pueden decidir emplear estas técnicas dejando de lado la utilización de figuras como la adopción, pues pueden juzgar como deseable tener un embarazo a través de otros, para lograr una especial conexión con el niño que gesta y que nace como suyo, participando de cada una de las etapas del embarazo. En definitiva, la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre puede ser una aliada de la idea de familia en los términos tradicionales de padres e hijos, contando además con la posibilidad de ser una práctica internalizada por quienes a ella se someten.

De otro lado, si se acepta la fuerza biológica de gestación como servicio que puede ponerse a disposición de otros, se tendrá que advertir que tal como sucede con cualquier otra prestación de servicios, cualquier persona puede acceder a ella, debiendo entonces establecerse las limitaciones

al uso de la figura de manera clara y taxativa. En este sentido, no se podría apelar a la idea de que parejas fértiles y sanas que optan como parte de su plan de vida, tener sus hijos a través de otros no puedan hacerlo, pues como prestación de servicio, resulta de difícil aplicación cerrar tal posibilidad a quienes legítimamente optan por el uso de esta técnica.

Las limitaciones indicadas para la figura de adopción por la cual se otorga a padres hijos y a hijos padres, pueden ser de igual aplicación para los contratos de gestación de vida humana por sustitución de vientre, no solo porque constituye una experiencia con tradición normativa, sino que además no conviene seguir estableciendo en los ordenamientos jurídicos internos – tal como sucede en Colombia- normas que hagan distinciones sobre hijos, como si nacer bajo el matrimonio, fuera de él, por adopción o por asistencia científica hiciera hijos y padres diferentes, cuando la responsabilidad es la misma en cualquiera de los casos, del mismo modo en que se espera que el amor a dar sea el mismo.

Por último, debe reconocerse que las situaciones a las que se ven expuestos los niños resultado de la técnica, no son diferentes a las que puedan vivir los niños que son concebidos de manera natural o adoptiva. Las vicisitudes para la declaración de filiación o para impugnación de la misma poco difieren en uno u otro caso. En resumen, una concepción con responsabilidad debe ser la pionera, sin importar la forma de concepción que sea elegida.

Referencias bibliográficas

- Alarcón, F. (2002). La maternidad por sustitución en el libro Familia, Tecnología y Derecho. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Amador, M. (2010). Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. CSN°6 pp.193-217. Cali, Colombia. Universidad Jawaharlal Nheru India.
- Arias M. (1993). Legislaciones de menores y actuaciones notariales. Serie Las leyes de Colombia. Derecho de Familia. Ediciones Ecoe. Bogotá, Colombia.
- Bauman, Z. (2005). Ética posmoderna. Grupo editorial Siglo XXI. México.
- Berlinguer, G. (2000). Bioética cotidiana. Siglo XXI Editores. Florencia, Italia.
- Bestard, J. (2004). Tras la Biología: la moralidad del parentesco y las nuevas tecnologías de reproducción. Ediciones de la universidad de Barcelona. Barcelona, España.
- Beauchamp y Childress. (1994). Principios de ética biomédica. Masson, Barcelona, España. Oxford University Press. Inc. De Nueva York. Versión española de la 4 edición de la obra original en lengua inglesa Principles of biomedical Ethics.
- Borrel, A. (1954). La persona humana. Derechos sobre el propio cuerpo vivo y muerto; derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres. Bosch Barcelona. Barcelona, España.
- Bueno, F. (1996). La investigación de la filiación y las Pruebas biológicas. Segunda edición. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia.

- Bullard, A. (2009). Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Palestra editores. Lima, Perú.

- Camacho, J. (2009). Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores. <http://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>.

- Cardaci, Dora, & Sánchez Bringas, Ángeles. (2009). "Hasta que lo alcancemos..." Producción académica sobre reproducción asistida en publicaciones mexicanas. Alteridades, 19(38), 21-40. Recuperado en 09 de febrero de 2015, de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-70172009000200003&lng=es&tlng=es.

- Casado, M. (1997). Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho. Revista de sociología, num.53 pp 37-44. Universidad Autónoma de Barcelona. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/2445/23751>.

- Castellanos, D. (2012). ¿Qué es la justicia? Una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

- Carnelutti, F. (1998). Como nace el derecho. Monografías jurídicas Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso 10.970 (Perú). Informe 5/96 aprobado el 1º de marzo de 1996. Citado por: Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Volumen I. Bogotá, Colombia.

- Cohen, B. (1984). Surrogate mothers: whose baby is it? En American Journal of law&medicine. Boston University School of Law. Vol3, N.10. Boston, USA.

- Cortina, A. (1995). *Ética sin moral*. Ediciones Tecnos. Madrid, España.
- Gaviria, C. (2002). *Sentencias herejías constitucionales*. Fondo de la Cultura Económica. Bogotá, Colombia.
- De León, F. J. (2003). *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Tirant monografías. Madrid, España.
- Díaz, F.J. (2009). *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos*. Tirant Lo Blanch. Ciudad de México, México D.F.
- Diniz, D. (2006). *Tecnologías reproductivas no debate legislativo*. Revista Multiciencia Interdisciplinar dos centros e núcleos de Unicamp. Nº6. Brasil.
- Diniz, D., & Guilhem, D. (2009). *Bioética Feminista: o Resgate Político do Conceito de Vulnerabilidade*. Revista Bioética, 7(2). Recuperado febrero 9, 2015, de http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/310/449.
- Duplá, M.T. (2013) *Fundamenta iuris. Terminología, principios e interpretatio*. Editorial Universidad de Almeria. España.
- Engelhardt, H. T. (1995). *Los fundamentos de la bioética*. Paidós. Barcelona, España.
- Farnos, A. E, (2010). *Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*. Revista para el análisis del derecho. Barcelona, España.
- Gómez C. (2010). *Teoría del Contrato*. Universidad de Medellín. Medellín, Colombia.
- Gonzales Valenzuela, J. (2007) *Dilemas de Bioética*. Fondo de la Cultura Económica. Ciudad de México, México D.F.

- Guezmez, A. (2005) “Las tecnologías de reproducción asistida. Una aproximación desde la ética y las fugas feministas”, en *SeriAs para el debate*, 4: 24-51, Lima, Perú.
- Habermas, J. (2002). *El futuro de la naturaleza humana*. Paidós Ibérica. Madrid, España.
- Heyd, D. (1992). *Genethics: moral issues in the creation of people*. University California Berkeley Press. California, Estados Unidos. Pizarro Wilson, C. (2012) *El derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de derecho de los contratos*. Universidad del Rosario y Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- Kant, I. (1981). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Espasa Calpe. Madrid, España.
- Kniebiehler, Y. (2001). *Historia de las madres y la maternidad en occidente*. Claves Dominios. Buenos Aires, Argentina.
- Letelier, V. (1967). *Génesis del derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, Chile.
- Lora, P. (2006) *¿Qué hay de malo en tener hijos?*. AFDUAM. 10. Madrid, España.
- Luna, F. Salles, A. (2008). *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*. Fondo de cultura económica. Buenos Aires, Argentina.
- Luna F. (2008). *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, Costa Rica.
- Mantilla, F. (2009). *Sobre la formación del contrato*. En *los Contratos en el derecho privado*. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia.
- Marsico, G. (2003). *Bioética: Voces de mujeres*. Editorial Nercea. Madrid, España.

- Mejía Rivera, O. (2009). En el jardín de Mendel bioética, genética humana y sociedad. Universidad de Antioquia. Medellín Antioquia.
- Pardo, A. (2001). Bioética y tecnología de la fecundación humana. AA.vv. Bioética en las ciencias de la salud. Asociación Alcalá. Alcalá la Real, España.
- Peña, L. & Txetxu, A. (2001). El principio de autonomía y los límites del consentimiento. En Actas del III congreso de la sociedad española de filosofía analítica. Madrid, España.
- Rawls, J. (1995). Teoría de la justicia. Fondo de la Cultura Económica. Ciudad de México D.F. México.
- Rodríguez, C. & Martínez, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. Rev. derecho (Valdivia) [online]. vol.25, n.2, pp. 59-81.
- Salles, A. (2008). Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos. Fondo de la Cultura Económica. México.
- Sánchez Aristi, R. (2010). La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos. Humanista humanidades médicas. (49). 13-38. Madrid, España.
- Sandel, M. (2011). La justicia ¿Hacemos lo que debemos?. Debate. Madrid, España.
- Sandel, M. (2012). Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado. Penguin Random House. Madrid, España.
- Sarmiento, P. (2010). Bioética e infancia: Compromiso ético con el futuro. Persona y Bioética. Universidad de la Sabana. Vol. 14 N° 1. pp. 10-29. Bogotá, Colombia.
- Souto Galvan, B. (2005). Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho. Foro. Nueva época. (1). 275-292. Universidad de Alicante. Alicante,

España.

- Suarez Franco, R. (2008). Introducción al derecho civil. Temis. Bogotá, Colombia.
- Ternera Barrios, F. (2009). Los Contratos en el derecho privado. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia.
- Tinoco, A. (2001). Fundamentos del sistema judicial penal en el common law. Universidad de Sevilla. Sevilla, España.
- Titmuss, R. (1970). La Relación de regalo: de la sangre humana a la Política Social Reproducido por el New Press, reeditado con nuevos capítulos en 1997, John Ashton & Ann Oakley, LSE Books.
- Trabucchi, A. (1981). Istituzioni di diritto civile, Padua. Madrid, España.
- Van Zyl. L & Van Niekerk (2000). Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood. Journal of medical ethics. 26(5). 404-409.
- Vázquez R. (2007). Dilemas de Bioética. Fondo de Cultura Económica. México DF.
- Warnock, M. Fabricando bebes. ¿Existe un derecho a tener hijos? Gedisa editorial. Madrid, España.
- Zagrebelsky, G. (1995). El derecho dúctil. Ley derecho y justicia. Trotta. Madrid, España.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-503 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-408 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-516 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de 8 de abril de 2010. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2009.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil. Sentencia 22 de octubre de 2001.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-804 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 2004. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-629 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-968 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-04 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-122 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-009 de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-528 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-041 de 1994. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Colombia. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Familia. 2 de agosto de 1994.
- Colombia. Sentencia T- 968 de 2009 de 18 de diciembre de 2009 Corte Constitucional-Sala Segunda de Revisión. Expediente T-2220700. M. P María Victoria Calle Correa.
- Colombia. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2013. Referencia: 11001- 3110-002-2006-0537-01. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.
- Código de Infancia y adolescencia de Colombia. (2006). Ibáñez. Bogotá, Colombia.
- Código Civil de Colombia. (1887). Leyer. Bogotá, Colombia.
- Código Penal de Colombia (2000). Leyer, Bogotá, Colombia.
- Estados Unidos. Corte Suprema de Nueva Jersey, 3 de febrero de 1988, Atlantic Reporter, 2. Serie, N.J. 1988, p. 1227.
- Ley 985 de 2005. Por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de víctimas.
- Ley 721 de 2001. Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968.
- Ley 1060 de 2006. Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad.
- Ley 12 de 1991. Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre derechos del niño.