

FILIACIÓN EN LA GESTACIÓN DE VIDA HUMANA POR SUSTITUCIÓN DE VIENTRE

INÉS YOHANNA PINZÓN MARÍN

 **Universidad
del Tolima**
Una nueva historia

2020

Pinzón Marín, Inés Yohanna

Filiación en la gestación de vida humana por sustitución de vientre / Inés Yohanna Pinzón Marín. -- 1ª. Ed. -- Ibagué : Universidad del Tolima, 2020.

134 p.

Contenido: Aceptabilidad moral y jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre -- Cuestiones ético-jurídicas conexas: autonomía, integridad personal y trata de personas -- De la filiación y la confrontación de los derechos a la reproducción y el interés superior del niño.

ISBN: 978-958-5569-90-4

1. Reproducción humana - Derecho 2. Gestación por sustitución 3. Alquiler de vientre I. Título

340

P661f

© Inés Yohanna Pinzón Marín

© Sello Editorial Universidad del Tolima, 2020

Primera edición, 200 ejemplares.

ISBN: 978-958-5569-90-4

ISBN versión digital: 978-958-5569-91-1

Número de páginas: 134 p.

Ibagué-Tolima

Facultad de Ciencias Humanas y Artes

Grupo de investigación en estudios de derecho de la Universidad del Tolima.

iypinzon@ut.edu.co

publicaciones@ut.edu.co

Diseño portada: Javier Enrique Avendaño Suarez

Diagramación e Impresión: Color's Editores S.A.S. Ibagué, Tolima.

Todos los derechos reservados. Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin permiso expreso de la autora.

Gratitud eterna a mis tres mosqueteros, por estar y por sobrellevar el remordimiento de una mujer que supone haberles robado tiempo para cumplir sus metas.

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 a sus discípulos de manera entrañable y los ayudan a convertirse en mejores personas, en mejores seres humanos. De hecho, sin maestros como Guillermo Hoyos la reflexión de estos tiempos no tendría el mismo valor toda vez que demuestra que ser más humano es una enseñanza que vale la pena ser enseñada. A él mi más grande agradecimiento dondequiera que “los no musicales religiosos” descansen.

A Eduardo Rueda, por su enorme generosidad, por ayudarme a ser libre para pensar; sobre todo, por permitirme pensarme como un ser libre. Sin sus consejos, dedicación y devoción académica estas reflexiones no serían posibles.

A mi familia, especialmente a Ómar y Andrés Felipe, por aprobar mis ausencias como esposa y madre en algunos momentos importantes, sacrificando parte de su felicidad con el fin altruista y solidario de verme feliz. A mi pequeño Santiago, quien por su corta edad aún no entiende el despropósito que supone el robo de horas que solo a su juego deberían ser concedidas en lugar de ser destinadas a la escritura para otros que no tienen, como su madre, el mismo privilegio de compartir con él.

A mi madre, mi padre y mis hermanos, porque sin ellos nada tendría el mismo sentido. Su amor, dedicación y paciencia son semillas que quedan para ser sembradas en mis hijos. A Marcela Barragán, con quien aprendí que no son necesarios los lazos de sangre para poder considerar a alguien como hermana.

Finalmente, a Fernando Navarro Cardoso, quien en medio de una muy apretada agenda académica por el continente americano sacó el tiempo suficiente para realizar un prólogo que probablemente supera a la obra. No encuentro las palabras adecuadas y suficientes para agradecerle a él por la infinita generosidad que me dispensó. No creo merecer del académico que reconozco en él tantas palabras ponderativas hacia mi primer esfuerzo académico.

*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, mas no de
vosotros, y aunque vivan con vosotros no os pertenecen.*

*Podéis darles vuestro amor, mas no vuestros pensamientos,
porque ellos tienen sus propios pensamientos.*

*Podéis dar albergue a sus cuerpos mas no a sus almas,
porque sus almas moran en la casa del
mañana, que ni aún 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

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	19
CAPÍTULO I. Aceptabilidad moral y jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre	27
1. Denominaciones a la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre	27
2. Sobre la aceptabilidad moral de la técnica	36
2.1. Perspectiva utilitarista	36
2.2. Perspectiva desde las teorías que promueven la libertad	40
2.3. Perspectiva desde las teorías deontológicas	47
3. Condiciones que comprometen la aceptabilidad ético-jurídica del contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre	51
3.1. Las personas que tienen acceso a la técnica	58
3.2. El proceso de selección y compensación a la gestante por sustitución	61
CAPÍTULO II. Cuestiones ético-jurídicas conexas: autonomía, integridad personal y trata de personas	65
1. La autonomía y su concepto a la luz de la jurisprudencia colombiana	65
2. Autonomía, disposición del propio cuerpo e integridad personal	70
3. Del nacimiento de un niño genéticamente no identificable con los padres hacia la configuración del delito de trata de personas	73

4. Del contenido y forma del contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre	79
5. Del contenido y forma del contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre	96
CAPÍTULO III. De la filiación y la confrontación de los derechos a la reproducción y el interés superior del niño	101
1. Alternativas para determinar la filiación materna en la técnica de gestación por sustitución	101
2. El derecho a la reproducción humana y su especial relación con la mujer	106
3. El principio de prevalencia de los derechos de los niños como limitante de la reproducción humana	114
Reflexiones finales	124
Referencias	129
Providencias	133

PRÓLOGO

Fernando Navarro Cardoso

Me cumple materializar el encargo realizado por la doctora Inés Yohanna Pinzón Marín, el cual solo encuentra explicación en el inmenso afecto que nos une a la autora, a su familia y a mí.

Vaya por delante la conclusión de que estamos ante un trabajo científico serio y valiente. Serio por su desarrollo; valiente por sus reflexiones finales. Y esto es, precisamente, lo que hay que esperar de una investigación que, en este caso, resulta sobresaliente, por un lado, en razón al rigor en el manejo de las fuentes y en la elaboración del trabajo; por otro, gracias al aporte de unas conclusiones que son expresión de una posición razonada y razonable.

Hago mía la caracterización que hace la autora de la gestación por sustitución con la intención de seguir con la expresión que ella misma emplea: una mujer asume el compromiso contractual de llevar a término un embarazo por cuenta de una persona o pareja. Lo anterior la obliga a entregar al niño o a la niña en el momento de su nacimiento o en un plazo prudencial. En este sentido, la mujer gestante puede ser fecundada por inseminación artificial con el semen del comitente o de un tercero anónimo, o bien puede recibir el implante de un embrión ya concebido *in vitro*.

Advierte acertadamente la doctora Pinzón que son múltiples las expresiones que aluden a este modo de gestación y opta por la que, sin duda alguna, puede entenderse como la más respetuosa con la mujer gestante, al punto de que incluso legislaciones prohibicionistas como la española recurren a ella. En efecto, desde el punto de vista lingüístico, como lo advierten los expertos con independencia de la posición que tengan en este controvertido tema, frente a «vientre de alquiler», el nombre de «gestación subrogada» —o su sinónimo, «gestación por sustitución», añadido— “es mucho más digno en cuanto a lo que se percibe”.

A ello hay que añadir que, desde un punto de vista jurídico, como bien lo apunta la autora en su magnífica publicación, no estamos ante un arrendamiento. Por ello, el recurso a la expresión «alquiler», además de cosificar y vulgarizar a la mujer gestante, se aleja mucho de los estándares normativos contractuales.

Destaco sobremanera el exquisito esfuerzo intelectual de la doctora Pinzón por el correcto equilibrio entre el ejercicio de derechos y libertades de quienes desean ser padres y madres, de las mujeres que están dispuestas a contribuir a ello y de los derechos del niño a la luz del principio del superior interés del menor. En esta perspectiva, como ella lo dice, la intención es que se adopten “las decisiones que le permitan [al niño] el disfrute de una vida en condiciones dignas y justas”.

Es este enfoque con el que se salva el derecho y el anhelo de quienes desean ser padres y madres con total independencia de la orientación sexual. Así las cosas, parejas del mismo sexo pueden materializar, de igual modo, ese derecho, ese anhelo. No existe hoy (y quiero subrayar la palabra «hoy») un derecho a ser padre de un hombre correlativamente al derecho de una mujer a ser madre, vinculados ambos de modo exclusivo y excluyente, de modo que solo un hombre junto con una mujer son los titulares de ese derecho. Los criterios

de exégesis de una norma jurídica no solo invitan sino que compelen a una interpretación atenta a la realidad del tiempo en que ha de ser aplicada como concretiza, dicho sea a título de ejemplo, el artículo 3 del Código Civil Español.

No se pierda de vista que se trata del derecho de acceso a la paternidad y maternidad — expresión, si se quiere, del derecho al libre desarrollo de la personalidad, o del derecho a la intimidad personal y familiar—, así como de una materialización del derecho a la igualdad y no discriminación entre homosexuales y heterosexuales, fértiles e infértiles, personas casadas, unidas de hecho y solteras. Se trata también de la libre voluntad de la mujer gestante, de su libertad contractual, todo ello presidido, como no podía ser de otro modo, se reitera, por el superior interés del menor.

Este interés del menor debe ser, además, argumento suficiente para garantizar la filiación registral allí donde incluso la legislación local prohíba esta modalidad de acceso a la paternidad y maternidad. Así está sucediendo en España, a pesar del pronunciamiento en contra de su Tribunal Supremo (STS, Sala de lo Civil, 247/2014, de 6 de febrero) que se apoya en la ya aquí citada normativa nacional. Quiere destacarse que la autoridad registral (Dirección General de los Registros y del Notariado, dependiente del Ministerio de Justicia) está permitiendo el acceso al registro con unos requisitos: “presentar ante las autoridades españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acredite dicha filiación y que se compruebe que la mujer gestante renunció, mediante su libre consentimiento, a su patria potestad, y que quede claro que el menor no había sido objeto de comercio”.

A lo anterior se añaden otra pléyade de efectos que el nacimiento del niño genera: efectos en los ámbitos alimenticio (obligaciones alimenticias y, en su caso, pensión de alimentos), sucesorio (derechos sucesorios) y en materia de seguridad social (tal es el caso de la

pensión por orfandad). Como resultado de ese juego de derechos e intereses y a partir de la advertencia de que el topó «maternidad» es equívoco en tanto “es una construcción social que visualiza a la mujer en un rol y obligaciones específicas”, es plausible que la autora entienda que hay que evitar referirse a la mujer gestante como madre.

En este contexto responsable y asegurador, las garantías para esa mujer que muy razonablemente tanto preocupan deben tener reflejo en el margen que por norma se concede a la autonomía de la voluntad de las partes. Así, el contrato de gestación de vida humana por sustitución debe acotar todo lo necesario, aún a riesgo de constreñir en exceso la libre voluntad de las partes para, de ese modo, por ejemplo, garantizar la vida y salud de la mujer gestante frente a los riesgos propios de un embarazo, o para su sostenimiento económico durante dicho periodo.

En otro orden de cosas, es claro que se puede realizar un ejercicio espurio de la posibilidad de gestación por sustitución sin que sea necesario que se trate de espacios locales desregulados o con pobre regulación. No obstante, en la confrontación si se quiere hegeliana (de búsqueda, si no de la verdad, al menos de lo conveniente y adecuado) entre tesis y antítesis, la inferencia no tiene que ser necesariamente la total prevalencia de una posición, de modo tal que la síntesis puede representar una adecuada ponderación de intereses.

Si no fuese así, entre las posiciones negacionistas y las regulacionistas me sitúo sin ambages del lado de la doctora Pinzón. Ahondando sucintamente en esta cuestión, negar una realidad (que, por cierto, está llena no solo de deseos y aspiraciones) no contribuye al cuidado debido para la realización de derechos y libertades. Tal es así que, en mi opinión, este ejercicio real y material no representa un plus sino un *aliud* en esta discusión. Y establezco el debate en estos términos

porque el recurso a la expresión «negacionistas» se me antoja más adecuado que «prohibicionistas»: la prohibición no hace desaparecer *per se* una realidad material. Con aquella solo se alcanza, si acaso, a negarla formalmente, impidiendo, de ese modo, el acceso a las garantías, a la tutela que la regulación ofrece, lo que no es en absoluto baladí.

Materializado vía contrato, ese abuso de los anhelos de quienes desean ser padres, de las imposiciones y necesidades de “prestar en alquiler” el vientre por motivos de explotación o por razones económicas apremiantes (aquí sí cabe el recurso a esta expresión, pues es obvio que en estos casos se explota y cosifica a la mujer gestante), puede y debe encontrar adecuada respuesta desde el derecho, incluido, claro está, el derecho penal. Más aún, puede que no sea ni necesaria la creación de nuevas figuras penales, lográndose una adecuada respuesta a estas indeseables y reprochables situaciones con tipos penales ya existentes en nuestros textos punitivos.

Lo anterior implica precisar, si acaso, algunos retoques para, por ejemplo, fijar tipos agravados que contengan la cantidad de respuesta penológica que resulte acorde con la gravedad de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro. Sin embargo, prohibir una opción por un inadecuado uso de la misma no debe erigirse, al menos *prima facie*, en respuesta. ¿O es que a alguien, por poner un burdo ejemplo, se le ocurre prohibir el uso de vehículos a motor porque existan muertes, incluso intencionadas, por atropello? El derecho penal castiga conductas lesivas pero no el medio empleado para tales menoscabos.

En síntesis, es a todas luces evidente que la gestación por sustitución forzada merece toda la reprobación, incluso en términos de reproche penal.

En línea con lo expuesto, es indiscutible que se ha identificado un serio problema alrededor de las agencias de intermediación. No obstante, aquí de nuevo hay que ser cuidadosos con el error epistemológico de confundir el qué (la gestación por sustitución del vientre) con cuestiones relativas al cómo (caso de las tareas de consultoría e intermediación entre personas que desean tener hijos y las mujeres gestantes). Del mismo modo que se hace preciso un marco regulatorio público (sin espacios, dada la relevancia del tema, para la denominada «desregulación regulada» tan en boga hoy, lamentablemente, en las legislaciones nacionales e internacionales), la alternativa no tiene que pasar por dejar esta tarea en manos de entidades aún sin ánimo de lucro.

Es factible, incluso preferible, en mi opinión, que se efectúe desde una agencia pública. Como quiera que el consentimiento informado debe desempeñar un papel de primer orden en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de la mujer gestante, la intermediación de lo público añade, además, un plus de garantía. Sin pasar de lo anecdótico, pero tampoco sin dejar de ser paradójico, según la información facilitada por un relevante medio de prensa escrita la única denuncia tramitada hasta ahora en España contra una agencia de intermediación no ha procedido de ninguna asociación contraria a la gestación por sustitución, sino precisamente de una asociación de familias diversas que han recurrido a este modo de gestación como manera de acceder a la paternidad y maternidad.

Para ir concluyendo, más allá del debate acerca de si es en sí misma una técnica de reproducción asistida, lo cierto es que se concretiza en un negocio jurídico, siendo su objeto no la mujer gestante sino su fuerza reproductiva. Como bien lo apunta la doctora Pinzón, sin que tengamos que rasgarnos las vestiduras por ello también es objeto de negocio jurídico la fuerza del trabajo, la fuerza física o la fuerza intelectual de una persona.

En definitiva, con la lectura de esta publicación se asistirá, como lo dije, a un exquisito esfuerzo intelectual en pro de una adecuada ponderación de los intereses en juego. De resultas, encuentran adecuada armonía los derechos de las personas intervinientes, así como los del niño o los de la niña por nacer. Para ello resulta imprescindible un marco normativo y el escrupuloso respeto al conjunto imprescindible de características o cláusulas que debe reunir el contrato de gestación de vida humana por sustitución, las cuales se encuentran perfectamente delimitadas por la autora en su trabajo, pues hasta ahí llega en su afán por la exhaustividad y la salvaguarda de aquel equilibrio.

Mis más efusivas felicitaciones a la doctora Inés Pinzón por esta relevante contribución científica, a la que le auguro una fantástica acogida en los lectores.

Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), Ciudad de México, septiembre de 2019.

Fernando Navarro Cardoso
Profesor titular de derecho penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España

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, lo anterior también ha creado un mundo donde un hombre muerto puede dejar embarazada a una mujer que jamás conoció, o donde 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 de una relación coital. De hecho, existen variadas e inusitadas formas de procrear: la tecnología permite hablar entre otras técnicas de procesos de fertilización *in vitro*, inseminación artificial, donación de óvulos, donación de esperma, alquiler de vientres, entre otras. Estas posibilidades se denominan técnicas de reproducción humana asistida (TDR) 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.

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

En principio, el desarrollo de estos procedimientos obedeció a la necesidad de parejas que querían procrear y a las cuales, bien sea por problemas de salud o por un impedimento físico, no les era posible lograr una concepción de manera natural. De tal forma, su surgimiento fue visto como necesario y justificado pese a que, a la par del aumento del uso de las técnicas, se empezaron a avizorar problemas éticos. En parte ello obedeció a que la procreación asistida se había convertido en un lucrativo negocio, lugar en el que la reproducción no había sido tratada.

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

De otro lado, comenzaron a emerger problemas a nivel jurídico. Estos surgieron 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; también se presentaron en materia de conservación de embriones humanos, alquiler de vientre, entre otras prácticas. Sin duda, uno de los problemas que en el ámbito sociojurídico generaba mayor preocupación era la determinación filial en el contexto de la reproducción humana asistida.

Los avances biotecnológicos en materia de reproducción humana y, especialmente, la producción biotecnológica en la gestación sustituta² colocaron en evidencia

2 La biotecnología se refiere a toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación

no solo la dificultad de una regulación mundial en materia de filiación sino que, además, mostraron cómo los dilemas bioéticos se agudizan. Muestra de ello son las preocupaciones que 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 aspectos.

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 sin requerir asistencia de terceros. Sin embargo, en razón a que dicho derecho no es absoluto a veces esas técnicas son cuestionadas (Luna y Salles, 2008). 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).

o modificación de productos o procesos para usos específicos, tal como lo especifica la *Convención sobre la diversidad biológica* en el artículo 2, *Términos utilizados* (United Nations, 1992). Ahora bien, en el estudio de Amador (2010) se advierte que el proceso de producción biotecnológica en la gestación subrogada se puede dividir en tres etapas que a continuación se mencionan: 1. la producción y el acopio de los gametos, es decir, la etapa de los insumos; 2. la producción del embrión *in vitro*; y 3. la etapa de implantación, gestación y parto. En cada una de las anteriores etapas hay éticas y políticas que operan entre la lógica de la ciencia (el paradigma científico), la ley (el Estado), las leyes del mercado (el capitalismo), la cultura y los imaginarios sobre el parentesco (la sociedad).

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

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. En la actualidad, estas últimas adquieren significaciones y comprensiones 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 los tiempos hodiernos como una situación de deseo o voluntad en la que las personas son consideradas autónomas para decidir si aceptan o no ese rol. Sin embargo, la regulación normativa busca paralelamente la garantía de los derechos de 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. Así mismo, el orden jurídico propende por garantizar el derecho de ser madre o padre y, simultáneamente, el derecho de los niños a recibir, en razón de su mayor vulnerabilidad, una protección especial.

En casos de conflicto, es también la ley la que determina 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 las técnicas de reproducción humana asistida ha traído nuevos desafíos al derecho de familia. Efectivamente, ha 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) aunque a cada hijo o hija solo puede atribuírsele un padre y una madre, las técnicas de reproducción humana asistida que ya forman parte de la cotidianidad se enfrentan a hechos que cuestionan desde sus cimientos estas provisiones que parecían incuestionables.

Dichas técnicas no solo complican la investigación del vínculo paterno o maternofilial sino que muestran como dudosas las atribuciones de maternidad y paternidad que, hasta hace muy poco, parecían indisputables. Tal como lo señala Trabucchi (1981), “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” (p. 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. Esto se debe a que ninguna otra técnica reproductiva pone más en evidencia las dificultades de lograr el establecimiento de una filiación bajo los parámetros legales tradicionales establecidos para señalar quién 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 que acuden a estas técnicas no pueden ser impuestos por rigurosos patrones de determinismo científico o instituciones jurídicas que generalmente favorecen vínculos biológicos.

En el primer capítulo de este libro 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. Para ello se comienza por establecer las múltiples denominaciones que se han realizado sobre aquella dando a conocer los diversos nombres que se le han dado al alquiler de vientre o a la maternidad subrogada. Posteriormente, bajo las perspectivas éticas utilitarias, deontológicas y que promueven la libertad, se analizarán algunos de los argumentos con los cuales se favorece y se contradice el uso de esta técnica.

En el segundo capítulo se abordarán las cuestiones ético-jurídicas conexas: integridad personal, trata de personas y filiación materna. Además, se identificará el concepto y alcance de la autonomía personal a la luz del ordenamiento y de la 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 se presentará la posible confrontación de los derechos de los intervinientes en la técnica reproductiva estudiada, teniendo presente el derecho superior de los niños que nacen como resultado de ella.

Los planteamientos que se esbozan en este libro pueden presentar inquietantes resultados que desafían las concepciones tradicionales sobre la filiación y, en consecuencia, la forma misma de la familia. Merece

destacarse que el respaldo privilegiado de otros tiempos a formas únicas de procreación compatibles con un modelo ético único resulta contradictorio en estos tiempos con los principios de una sociedad liberal que cobra vida a través de Estados sociales de derecho como el colombiano. Quedan grandes interrogantes que, lejos de ser superados, conllevan al surgimiento de muchos más a la espera de seguir siendo investigados.

Los problemas ético-jurídicos que se derivan del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida no son nuevos. Por fortuna, como lo señala Bauman (2005), aquellos se encuentran insertos en la “agenda moral” actual que abunda en temas que los estudiosos de asuntos éticos del pasado apenas tocaron con razón, ya que entonces no se articulaban como parte de la experiencia humana. Basta con mencionar que en el plano de la vida cotidiana los diversos dilemas morales surgen producto de la situación actual en cuanto a las relaciones de pareja, sexualidad y relaciones familiares, notorias por su indeterminación institucional, flexibilidad, mutabilidad y fragilidad.

También deben mencionarse la gran cantidad de “tradiciones”, algunas de las cuales sobreviven en la contemporaneidad contra todo lo esperado. Por su parte, otras han resucitado o se han inventado, se disputan la lealtad de los individuos y reclaman autoridad para guiar la conducta individual, aún 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.

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.
(Fallaci, 1975, p. 2).

1. 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 de la “maternidad subrogada” o la del “alquiler de vientre”. Este se caracteriza porque una mujer adquiere la obligación de llevar a término un embarazo por cuenta de una pareja comitente, a la que se compromete a entregar el niño al momento de su nacimiento o dentro de un término prudencial. La mujer que se presta para ello puede ser fecundada con

el semen del comitente, de un tercero anónimo o puede recibir el implante de un embrión ya concebido *in vitro*.

Esta técnica ha colocado en riesgo el conocido postulado jurídico *mater semper certa* (la maternidad es siempre cierta) heredado de las codificaciones romanas más antiguas, legado con el que la mayoría de legislaciones occidentales se identifican y que hasta hace muy poco parecía indiscutible, pues estaba cimentado sólidamente en la realidad biológica de la gestación y del parto.

Sin embargo, no parece existir aún claridad sobre la denominación jurídica apropiada para este tipo de práctica o técnica. Tampoco hay claridad sobre 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. Esta última oscila entre la permisón total o la restricción, llegando incluso a su tipificación como delito. Souto (2006) ha señalado que

la terminología utilizada para referirse a este tipo de técnica reproductiva presenta numerosas variantes, siendo las más usuales [las siguientes]: “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 “gestación por sustitución” empleada por la *Comisión especial del estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas* (Comisión Palacios), puesto que se trata de un término que es comprensivo de lo que se ha hecho referencia (Souto, 2006, p. 277).

A propósito de las definiciones usuales que se encuentran para esta técnica, Sánchez (2010) advierte 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 llevado a término el embarazo, entregar el recién nacido al comitente o a los comitentes, renunciando aquella a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado (p. 13).

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 práctica en la cual una mujer, previo acuerdo entre partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño o a la 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 (Indian Council of Medical Research [ICMR], 2006, p. 102).

A diferencia de las otras definiciones, esta última precisa que en el proceso la mujer que adelanta la gestación o su cónyuge no están genéticamente involucrados, por lo que, de entrada, deja claridad sobre la figura objeto de estudio.

Ahora bien, de conformidad con estas definiciones se acostumbra a señalar que en la técnica de reproducción humana asistida es posible encontrar diversas variables, las cuales dan origen a una u otra denominación. Dentro de estas se mencionan las siguientes:

1. La pareja comitente subrogante puede aportar el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide), de manera que 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 algunos denominan “*maternidad por sustitución en la gestación*” (Alarcón, 2002, p. 131) o “*subrogación gestacional o maternidad plena*” (Sánchez, 2010, 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 le 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 espermatozoide de un tercero diferente a su cónyuge. Esta modalidad recibe comúnmente los nombres de “*maternidad por simple sustitución*” (Alarcón, 2002, p. 131), “*subrogación tradicional*” o “*maternidad subrogada parcial*” (Sánchez, 2010, p. 17).
4. La mujer gestante puede aportar en el proceso su material genético (óvulo), el cual podrá ser inseminado con espermatozoide del varón de la pareja comitente subrogante. Esto se denomina “*subrogación gestacional*” (Sánchez, 2010, p. 16).
5. El caso en el que la mujer comitente subrogante puede aportar en el proceso su material genético (óvulo), el cual podrá ser inseminado con espermatozoide de un tercero diferente al varón comitente subrogante, se reconoce como “*subrogación gestacional*” (Sánchez, 2010, p. 16).

A continuación, en la *Tabla 1* se presentan 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 – 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.	SÍ	SÍ	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	SÍ
4 Material genético aportado por mujer gestante y por varón de la pareja comitente subrogante.	Subrogación parcial.	SÍ	NO	SÍ
5 Material genético de la mujer comitente subrogante y tercero no comitente subrogante.	Subrogación parcial.	NO	SÍ	NO

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

En la primera, segunda y quinta variables planteadas se suele establecer que se trata de lo que en la doctrina se considera como un simple contrato de *alquiler de vientre*. Esto obedece a que la mujer gestante no es quien aporta el material genético del nasciturus, lo que Alarcón (2002) ha denominado "*maternidad por simple sustitución*" (p. 130). Igualmente, en el caso de que la apropiación del material genético provenga de terceros ajenos a la pareja comitente se está 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, las censuras se atenúan pero no desaparecen debido a que la gestante no se involucra genéticamente con el niño que nacerá³. Así, por ejemplo, el hecho de que los padres comitentes no aporten material genético de ambos, o por lo menos el de uno de ellos (este es el caso de la segunda variable planteada), genera dudas en cuanto a la condición filial del niño que nacerá, quien no se identificará con ninguna de las personas que intervienen en la técnica como comitentes o subrogantes.

En la tercera y cuarta variables planteadas que avalan la "*maternidad por simple sustitución*" y en las cuales la

3 La identificación genética de padres e hijos se encuentra inmersa en los problemas actuales del genocentrismo, dentro lo que se denomina 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, otorgándoseles gran importancia y atribuyéndoseles 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, ante la imposibilidad de 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 las legislaciones, incluyendo la colombiana.

mujer gestante aporta su propio material genético se suelen hacer varias objeciones. Una de ellas radica en el hecho de que se considere el niño como objeto de un contrato en razón 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*. Esto surge porque 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 la actualidad 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, en consecuencia, la maternidad tendría que determinarse como un hecho exclusivo de la genética⁴ sin que se pueda revisar la realidad social e histórica de aquella.

En las variables señaladas anteriormente solo se ha considerado a la mujer que gesta, pero de ninguna manera se consideran las relaciones familiares o conyugales de esta. Es claro que la gestación de vida humana por sustitución de vientre alude a la mujer gestante solo dentro del contexto de procesos biotecnológicos previos, los cuales permiten el nacimiento de un niño que será entregado a la pareja comitente. De hecho, dentro de las variables descritas no se contempla el uso de material genético de la pareja de la mujer gestante puesto que ello generaría otro tipo de situación diferente al de una técnica de reproducción humana asistida.

4 Las pruebas dentro del proceso de impugnación de la maternidad en Colombia se encaminan a demostrar la falsedad documental y personal, siempre con base en el hecho cierto del parto, del niño y la 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.

Las variables que generalmente se emplean solo hacen referencia al papel que desempeña la mujer que acepta adelantar el parto y la que encarga, de manera que poco se revisa la figura masculina en este 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 son una pareja del mismo sexo.

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 que de su empleo se derivan. Así, denominarla *maternidad subrogada* o *maternidad sustituta* resulta problemático, pues se presta para que surjan 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, pues se tiene claro que solo lo será quien tuvo la voluntad de que la gestación se llevara a cabo estando involucrada. Apelar al tropo *maternidad* resulta equívoco porque esta es una construcción social que visualiza a la mujer en un rol con obligaciones específicas.

Como lo señalan Van Zyl y Van Niekerk (2000), “la mujer es libre en la autodeterminación de su cuerpo” (p. 404). De hecho, muchas de las objeciones que se realizan a los embarazos por contrato se basan en una imagen de maternidad ideal que apela a la naturaleza de la mujer y a su función biológica reproductiva. De esta manera, se ignora que algunas mujeres pueden disfrutar estar embarazadas, pero no gozar de la misma manera la crianza del niño o viceversa. Además, lo anterior 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 y 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. Las razones por las que esto sucede son dos: 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 cosa.

En concordancia con lo anterior, el ordenamiento jurídico colombiano 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” (Código Civil Colombiano, 1887, art. 1973). En este sentido, 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 uso⁵.

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

⁵ Constituyen cosas corporales los bienes muebles e inmuebles. Mientras que los primeros son aquellos que pueden transportarse de un lugar a otro, los segundos son las fincas, los bienes raíces o las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro (verbigracia tierras y minas) y las que adhieren permanentemente a ellas como los edificios y los árboles. Por su parte, 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; 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. Un ejemplo de este es el del prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos.

humana que se pretende, pues esto excluye la gestación de manera gratuita.

Por las razones expuestas, en el presente 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 se habla de gestación de vida humana por sustitución de vientre se ofrece mayor claridad no solo sobre el tipo de técnica que se emplea, sino que se permite mayor concreción sobre el negocio jurídico del que se derivarán importantes obligaciones para las partes que en él intervienen, eliminando los conceptos de “maternidad” y “alquiler” que resultan tan problemáticos tanto en su uso como en sus consecuencias.

2. Sobre la aceptabilidad moral de la técnica.

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

Lo ideal es que todas las personas tuvieran iguales condiciones de vida y que, 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. A propósito de ello, De 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 se tienen en relación con otros (ya sea que vengan determinadas por la propia naturaleza, 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 se hace referencia al mercado en el entendido de la posibilidad de un intercambio de bienes y servicios. En el caso particular, 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. En este sentido, siempre existe la posibilidad de que quien pueda satisfacer la necesidad lo haga sin que medie un pago sino promovido por un fin altruista. Por ejemplo, esto sucede en el caso de los familiares que aceptan la fertilización *in vitro* de embriones en su cuerpo para que sus hijas, hermanas, cuñadas, etc. vean cumplidos sus deseos de ser madres. Sin embargo, se reconoce que el altruismo puede disminuir la oferta de un servicio, de lo cual da ejemplo la escasa donación de órganos, tejidos y fluidos existente.

A este respecto, 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). De paso, el profesor

estadounidense se pregunta por las normas que se tendrían que acoger para proteger a las personas de la intromisión de dicho mercado.

Aunque, en principio, parece problemático el uso del cuerpo 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 lo consientan legítimamente, el acuerdo reflejará la estrategia que mejor satisfaga las preferencias de los agentes involucrados.

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 anhelado; las mujeres gestantes recibirán un pago en caso de que medie un interés lucrativo, o bien su satisfacción personal si lo han hecho por razones altruistas; además, 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, una perspectiva utilitaria desde la satisfacción de preferencias individuales es problemática. La razón de esto es que, si lo que se busca de la técnica es la satisfacción de un interés personal (este es el caso de comitentes y gestante) que pueda llegar a ser considerado como 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 de la técnica, estas 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 cómo terminará la acción y a quiénes traerá realmente bienestar o provecho.

De esta paradoja da cuenta el caso del niño Adam Nash, un bebé medicamento manipulado genéticamente siendo un embrión para servir de donante a su hermana Molly, quien presentaba anemia de Fanconi. Este caso ha sido justificado desde el utilitarismo por los científicos involucrados en el empleo del Diagnóstico Genético Preimplantatorio (DGP).⁶

Todo lo que pueda hacerse desde el punto de vista técnico 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, 2010, 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 adopción⁷. Si bien la preferencia puede ser valorada

6 De acuerdo con Fernando Abellán (2006), este se constituye en uno de los avances más espectaculares de los últimos tiempos para 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 o bien su transferencia al útero materno, o bien su descarte para una finalidad procreativa y evitar el nacimiento de niños con enfermedades hereditarias graves. Esta técnica se presenta hoy en día como un instrumento para combatir la transmisión de patologías hereditarias y a su alrededor empieza a abrirse un abanico extraordinario de opciones y posibilidades para los seres humanos. Lo anterior permite alimentar en algunos fantasías como la del bebé perfecto, la mejora de la raza, la optimización del cuerpo, etc.

7 Luego de su nacimiento los padres dieron a Adam en adopción justificando que la única razón por la que lo habían traído al mundo era salvar a su hija.

en el caso particular como moralmente inaceptable y, en consecuencia, éticamente injusta, dentro de un principio de maximización de la utilidad a largo plazo los científicos del caso Nash podrían sostener que el respeto a la libertad individual en el empleo del DGP conducirá a mayor felicidad humana.

De otro lado, 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. Según esta intuición sin concepto, es lícito que la gente lo piense pero no lo es que se afirme que así será⁸. La felicidad del niño dependerá en todo caso del respeto y de la protección a su autonomía.

2.2. 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). A propósito de lo anterior, Rawls (1995) establece que dentro de los principios de la justicia “cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás” (p. 67)⁹.

8 Kant (1781) advierte que, si no son pensadas a través de un concepto, las intuiciones sensibles no ofrecen conocimiento alguno: equivaldrían a un torrente inconexo de sensaciones. Por su parte, si no se remiten a una intuición sensible los conceptos nos ofrecerían un conocimiento vacío de contenidos. “Las intuiciones, sin conceptos, son ciegas; los conceptos, sin intuiciones, son vacíos” (p. 51).

9 “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 lo señala Nozick (citado por Castellanos, 2012): “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” (p. 42).

Cuando los derechos se orientan hacia la libertad estos se convierten en intrínsecamente ilimitados (Zagrabelsky, 1995). 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, Zagrabelsky (1995) señala que los únicos límites a los derechos son también, 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. Por ello, 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 determinación imita injustamente las libertades de otros.

Ahora bien, desde una óptica liberal como la de Rawls no basta con exigir la garantía moral y constitucional de las libertades sino el acatamiento al principio de la diferencia o el criterio *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).

De conformidad con el principio de compensación expresado por Rawls (1995), “las desigualdades inmerecidas requieren de una compensación; y dado que las desigualdades de nacimiento y de dotes naturales son inmerecidas, 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, posibilitándoles ser padres.

De esta manera, el principio de la compensación les permite a quienes tienen una dote natural que otros

no poseen poder ayudar a estos últimos a superar sus limitaciones. Por lo mismo, una sociedad que le impida a una mujer ofrecer su capacidad reproductiva para que otros sean padres resulta incompatible con las expectativas mismas de la justicia. A este respecto se destaca lo expresado por Bullard (2006), quien 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 solo puede ser económicamente ineficiente sino, incluso, humanamente injusto (p. 20).

Una vez se ha optado por la libertad no se la puede temer (Gaviria, 2002). De hecho, en el libro *El miedo a la libertad* el psicoanalista Erich Fromm (citado por Gaviria, 2002) subraya que un signo del hombre moderno a partir de La Reforma es su profundo temor a ejercer su propia libertad y a que los demás ejerzan la suya, 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.

En esta perspectiva, 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 sus hijos propios o de ofrecer la posibilidad de que otros que no puedan tenerlos los tengan a través suyo.

Ahora bien, bajo un principio como el de la compensación se abren espacios para la promoción de formas de explotación. Este 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 les permita tener mejor suerte. Ejemplo de lo anterior lo representa un país como India, donde el número de gestantes por subrogación “se ha convertido en el insumo principal para esta nueva industria” (Amador, 2010, p. 200).

Bajo este argumento se indica que el consentimiento de las gestantes no es libre pese a ser voluntario y quedar registrado. Esto obedece a que las causas que les pueden llevar a la toma de la decisión de participar en esta práctica son diversas e incluyen, en la mayoría de supuestos, una necesidad económica apremiante de la cual parecen aprovecharse los comitentes y las agencias dedicadas a la realización de la técnica. Lo anterior parece reprochable moralmente. De otro lado, los motivos que conducen a la realización de esta técnica y sus consecuentes obligaciones jurídicas como intervinientes pueden ser de la más diversa índole y resulta complejo decir que obedecen a un interés eminentemente 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 y la realización individual 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 que acontece con quien participa disponiendo de su cuerpo en favor y provecho de otro.

Debe existir claridad en que el contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre es un negocio jurídico que se deriva del uso de una técnica reproductiva asistida y cuyo propósito no es la compra

de un niño. Debe señalarse que en el empleo adecuado de la técnica no existe un propósito de explotación del niño-hijo. Tampoco lo hay por parte 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 contrato correcto de gestación de vida humana por sustitución de vientre no se puede dejar evidenciado ningún tipo de dolo ni propósito diferente al de una voluntad reproductiva responsable.

Así mismo, debe existir claridad de que, en cualquiera de los escenarios planteados para la gestación por sustitución, el objeto del negocio jurídico

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 (Alarcón, 2002, p. 131).

Ahora bien, lo que sí se debe entrar a considerar con mayor cuidado es si el vientre puede hacer parte como objeto negocial en cualquier tipo de contrato. Sobre esto, el útero en calidad de componente del cuerpo humano 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.

Siguiendo lo expresado por el profesor Alarcón (2002), es cuestionable la negación que se le hace a este tipo de prácticas. ¿O es que acaso el ordenamiento no conoce negocios jurídicos cuyo objeto lo constituye no el ser humano o una parte de su cuerpo sino su fuerza física, intelectual o de trabajo? Incluso la legislación regula negocios jurídicos cuyo objeto son las partes o los componentes anatómicos del cuerpo humano. ¿O qué es entonces la llamada donación de órganos y la de gametos? Si estos no fuesen negocios jurídicos no podría explicarse la transferencia de un sujeto a otro de esas

partes, de esos componentes anatómicos o gametos. Ahora bien, que sean 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.

Más allá de la comparación entre los órganos humanos, de su revisión para determinar si entre ellos existe un valor diferencial que los jerarquice en orden de importancia y si pueden estar sujetos a tráfico negocial, corresponde determinar si la capacidad reproductiva de una mujer puede ser objeto de una transacción comercial. En esta línea de sentido habría que preguntarse “qué clase de bien es: ¿podemos considerar nuestros 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, 2011, 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, tal como lo tienen los demás órganos humanos. Dicho uso especial está asociado con su función biológica de gestación, la cual sí se constituye en objeto de negocio jurídico.

Todos los órganos tienen una o diversas funciones y muchas veces se recibe remuneración o recompensa por su uso adecuado. Todos los trabajos que se dispensan a diario requieren la utilización de estos. De hecho, el cuerpo humano se compone por alrededor de veintiún (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) con funciones muy diversas. No obstante, ninguno tiene la importancia que posee el útero, pues es el encargado de gestar la vida, por lo que

se entiende la alta complejidad que tiene su utilización para el servicio de otros.

Es importante señalar que muchos de los órganos humanos están al servicio permanente de otras personas, de quienes incluso se admiten órdenes, de aquellos que se reconocen como jefes y de quienes se recibe compensación económica permanente. En todo caso, si el cuerpo es nuestro con todo lo que a 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 la gestación. De esta manera, finalmente lo que se realiza es un comportamiento al prestar un servicio para otro. De acuerdo con Gómez (2010), la licitud de este se identificará teniendo en cuenta 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, trátase del orden político o del público-económico; por su parte, la moralidad indica que la conducta contractual no contraría las buenas costumbres.

En cuanto a la legalidad, conviene destacar que en Colombia 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.

Por su parte, al analizar el caso de las trabajadoras sexuales y sus derechos laborales, la Corte Constitucional de Colombia 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, al menos en el ordenamiento colombiano, es un valor constitucional, por lo que sustenta la dignidad del ser humano. Bien valdría recordar que en la *Encíclica Laborem Exercens* de 1981 Juan Pablo II deja ver que el trabajo no solo es un bien útil o para disfrutar, sino que es un bien digno, es decir, que corresponde a la dignidad del hombre, es un bien que expresa esta dignidad y la aumenta.

A este respecto, no puede un objeto contractual desarrollar la dignidad y al mismo tiempo carecer de moral o ser contrario a las buenas costumbres. Cohen (1984) 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 solo 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).

2.3. Perspectiva desde las teorías deontológicas.

Luna y Salles (2008) señalan que últimamente puede comprobarse cierto abuso en el empleo de la distinción kantiana entre medios y fines. En el caso del alquiler de vientre es frecuente escuchar que las mujeres son tratadas como puros medios. Sin embargo, no se menciona que estas prestan voluntariamente su capacidad reproductiva y dan su consentimiento, un hecho fundamental en la ética kantiana. Así, el argumento de los meros medios no parece adecuado en esta situación. *De facto*, para Kant (1980) toda persona tiene un valor incondicional y 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 la aceptabilidad de la gestación

por sustitución de vientre desde un punto de vista kantiano 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" (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, de sus deseos e ideales.

En ese mismo sentido, Engelhardt (1995) señala que

son las personas en sentido estricto, esto es, agentes morales, autorreflexivos 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)¹⁰.

10 En efecto, Heyd y Engeldhard (1992) comparten una perspectiva moral que denominan *personal-affective approach*. Según este punto de vista, la razón última por la que experimentamos obligaciones morales es el vínculo que

De acuerdo con este planteamiento, el valor ético de quien va a nacer *ex ante* es establecido por padres comitentes, gestantes o médicos intervinientes. Mejía (2010) señala lo siguiente:

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 si cuando grande hará parte del negocio familiar, es decir, está preservada su autonomía y calidad de miembro del reino de los fines (p. 109).

Por tanto, mientras se proteja su autonomía, buscar un hijo por razones como las anotadas no resulta incompatible con lo manifestado en el imperativo categórico de Kant (1980): “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” (p. 24). En este sentido, el ser humano no es una cosa ni es algo que pueda usarse como simple medio, sino que debe ser considerado siempre como un fin en sí. Entre tanto, se puede existir independientemente de los fines de cualquier otro, pues la existencia tiene valor absoluto porque ella sola por sí misma da ese valor.

La humanidad es un fin en sí 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, de manera que la dignidad del niño no está aquí en juego. En cualquier caso, se acepta que la persona es insustituible, única, inmodificable, pero, fundamentalmente, es un fin en sí mismo.

establecen con los sujetos hacia quienes predicán tales deberes.

Sean procreados de manera natural o con asistencia científica, los hijos pueden provenir de una intención específica de las personas que los desean, quienes reconocen al niño como un medio de satisfacción de expectativas propias; sin embargo, al mismo tiempo este es 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.

Dado que no existe la degradación de un bien supremo en la práctica de la gestación por sustitución, los hijos como bienes supremos no se degradan por la forma como son concebidos ni por los aspectos familiares en los que son recibidos. Abusando de la categoría de medio, es frecuente que se suponga 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 del respeto con el otro al desconocersele a ellas su autonomía.

La autonomía es al mismo tiempo autocomprensión 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, si es permitido que la persona decida sobre el momento en que considera que debe acabar su existencia, no se entiende por qué se tenga que limitar que ella pueda decidir reproducirse, bien sea para que se realice en un rol materno o para que coadyuve con este propósito a otros.

3. 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 le permiten a una persona ser padre a través de otros. Entre las razones 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 se debe advertir es que las figuras mediante las cuales se accede al mercado (generalmente, esto se logra a través de 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 la autonomía de la persona; ahora bien, las obligaciones que crean tienen peso porque la persona se las impone a sí misma, porque carga con ellas libremente. En cuanto instrumento para el beneficio mutuo, los contratos acogen el ideal de la reciprocidad y la obligación de cumplirlos procede del deber de pagar a otros por los beneficios que aportan.

Sin embargo, los beneficios que reportan cierto tipo de contratos pueden no ser medidos de manera adecuada o clara en relación con quien los reporta, de manera que difícilmente se puede establecer el pago justo o proporcional por ciertos servicios. Cuando se adquiere la obligación contractual de adelantar un embarazo para otros esta no resulta fácilmente compensable con dinero y, en ocasiones, fijar tazas a los trabajos o a las funciones que se desempeñan no resulta tarea sencilla. Sin embargo, ello no significa privarse 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. Esto no se genera en razón a que esta no exista, sino porque los valores propuestos son tan absolutamente distintos que difícilmente existe claridad sobre 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, 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 las funciones corporales pueda ser puesta en el mercado a disposición de otro parece generar dudas. Aquellas se aligeran o intensifican en la medida en que sean servicios con o sin retribución económica. De esta manera, por ejemplo, no se cuestiona la donación de órganos dado que, al parecer, la gratuidad en el acceso a ellos la hace menos cuestionada. Lo que resulta contradictorio es que se mire bajo la misma lupa la venta de esperma, la que poco se cuestiona pese a ser una venta. Es por ello que la objeción no se centra en el valor económico del servicio o bien a ser vendido o cedido sino en el reconocimiento de otros factores. Para estudiar esta última objeción se revisará la legalidad de tales prácticas a la luz de la ley y jurisprudencia actual.

En Colombia, la Ley 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 lo siguiente 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. (Congreso de Colombia, 2004, Ley 919).

En el fallo del 8 de abril de 2010, siendo consejero ponente el doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, el Consejo de Estado de Colombia decidió 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 Código Contencioso Administrativo (CCA), contra algunos artículos del Decreto 2493 del 4 de agosto de 2004, expedido por el Gobierno Nacional. En sus consideraciones manifestó importantes argumentos sobre la prohibición legal de este tipo de prácticas.

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 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. 1° 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”*.

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 (2004).

La postura asumida por el Consejo de Estado no difiere en mucho de los argumentos esgrimidos por Titmuss (1970) contra la comercialización de la sangre en Estados Unidos. De hecho, este investigador británico señaló que la comercialización de dicho líquido llevaba a que gran parte de la sangre de los bancos proviniera 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”(p. 136), asegura Titmuss (1970), por lo que era probable que al declive del espíritu altruista en una esfera de la actividad humana lo acompañaran cambios similares en actitudes, motivos y relaciones dentro de otras esferas. Así, la comercialización de la sangre y de las donaciones reprimió la expresión del altruismo y mermó el sentimiento comunitario.

Fallos como el referido son el reflejo de un Estado que, de un lado, reconoce las libertades y los derechos individuales; por otro, limita lo anterior en procura de un bienestar general. De esta forma, 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 no comercial, el cual no debe estar en las afueras del mercado de las que depende la vida misma, resulta

inequitativo 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, una posible donación de útero¹¹ presenta una situación completamente distinta habida cuenta de que frente a ella la vida no está en riesgo. Algunos podrán alegar que ni siquiera la salud, porque esta 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 sí constituye una enfermedad. Sobre este asunto Bestard (2004) señala que “las personas infértiles lo son en la medida en que no pueden conseguir lo que el resto de la población puede” (p. 34).

Dado que el útero es innecesario para vivir, puede pensarse que resulta más fácil conseguir donantes de dicho órgano. 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

11 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 y cuya condición 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 con los médicos, la principal señal del éxito del trasplante fue que Sert empezó a menstruar, pese a que 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 dado que los médicos observaron que el feto no tenía latido (Revista Semana, 2013).

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 embarazo la mujer que adelanta la gestación desarrolle sentimientos especiales hacia el bebé. Esto obedece a que el trabajo reproductivo no es solo un proceso biológico del que resulta como producción final un niño, sino que además 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 además se responsabiliza de intentar concebir un niño que llevará consigo y al cual dará a luz, formando de paso cierta relación con otro ser humano.

Si bien los contratos no pueden reglamentar los sentimientos, de ellos sí emanan algunas obligaciones de contenido humano y social. Como sucede en el matrimonio, donde se establecen unas obligaciones recíprocas (verbigracia que los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente), estas son pactadas y se basan en sentimientos e intenciones. Del mismo modo, la maternidad y la paternidad pueden establecerse desde las intenciones, las cuales deben ser claras 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 esperma 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 en mención 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, 1988).

Casos como el anterior evidencian que el problema de este tipo de contratos no radica en su existencia *per se* sino en su alta posibilidad de incumplimiento. De lo anterior se pueden desprender consecuencias especialmente relacionadas con el establecimiento del vínculo filial del niño o de la niña.

3.1. Las personas que tienen acceso a la técnica.

Otra de las objeciones a los embarazos-contratos está asociada con el establecimiento de las personas que pueden tener acceso a la técnica. De allí que parezca problemático el hecho de que sea accesible para todos, es decir, que cualquier persona pueda recurrir

a la gestación por sustitución de vientre en calidad de comitente o sustituta. De hecho, el no establecimiento de condiciones como la edad, el género, la capacidad reproductiva, económica o 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, las abuelas que tienen los hijos de sus nietas o hijas, hermanas teniendo hijos de sus hermanas, situaciones en las que no quedan claras las relaciones filiales establecidas por el orden social, pues de acuerdo con el parentesco serían mamás-tías, abuelas-mamás, etc.

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

Las sociedades se organizan a través del parentesco y no tener parientes equivale muchas veces a vivir en medio de la exclusión social, sin esperanzas de una vida normal en sociedad, sin posibilidad de casarse ni de recibir cuidados cuando se es niño o anciano. El parentesco son esos vínculos de alianza destinada al establecimiento de relaciones de solidaridad entre un grupo, mediante el intercambio de individuos; a su vez, aquel regula las relaciones y actitudes de los miembros de cada grupo. El parentesco son reglas que clarifican, por ejemplo, con quién me puedo casar, de manera que atendiendo al territorio y a la gente que vive en

él hay reglas como la exogamia¹², la endogamia¹³ y las cognaticias¹⁴. Así, respetando unas u otras reglas se puede contraer matrimonio, prohibir el incesto, entre otras prácticas.

En muchos pueblos aún de cultura jurídica avanzada se ha identificado la idea general de parentesco con el concepto específico de consanguinidad. Esta conclusión se basa en el hecho universalmente aceptado de que la *gens* y las tribus, primeras formas de sociedades humanas, se componen en todas partes de individuos que se tienen por parientes. No obstante, en ello existe error manifiesto por cuanto hay parientes que no son consanguíneos como, por ejemplo, los afines y los ligados mediante adopción (Suárez, 1998, p. 29).

El parentesco tiene también como fin establecer una relación de familia que existe entre dos personas que, para la ley, pueden ser de consanguinidad si están unidas por la sangre (Código Civil de Colombia, 1887, art. 35); de afinidad, si el vínculo existe entre una de las personas que se han conocido carnalmente y los consanguíneos de la otra persona (Código Civil de Colombia, 1887, art. 47); y el civil, que resulta de la adopción (Código Civil de Colombia, 1887, arts. 50, 269).

12 Regla que impone el matrimonio entre individuos de distinta tribu y familia. Es la obligación de vincularse con una mujer por fuera del clan al que se pertenece. Este tipo de vínculo puede tener tres funciones diferentes: la primera es de simple procreación; la segunda implica una razón económica, pues aquí la mujer tiene un valor económico en el intercambio; la tercera es aquella simbólica o cultural, en la cual se firman pactos de no agresión entre tribus, de manera que se intercambian regalos o se hacen fiestas.

13 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 o la pureza de sangre frente a otras razas; y la endogamia de parentesco mediante linaje, que se da en diferentes tribus de Senegal para solucionar conflictos entre tío y sobrino. Ejemplos clásicos de la endogamia son las castas en India.

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

Cuando no existe claridad en la relación entre parientes las personas se pueden ver abocadas 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, lejos de superar elementos problemáticos ello los puede agudizar. Esto se debe a que la identidad del niño-hijo queda más expuesta a los devenires del mismo núcleo familiar al que pertenecen comitentes y gestantes.

3.2. La selección y compensación de la gestante por sustitución.

Las clínicas dedicadas a realizar la técnica que permite la gestación por sustitución exigen, generalmente, el cumplimiento de ciertos requisitos. Entre otros, se destacan los siguientes: la mujer gestante debe haber tenido un embarazo previo exitoso del cual su hijo se encuentre vivo y con ella; haber tenido hijos de ambos sexos y, preferiblemente, ser casada; haberse realizado exámenes médicos y psicosociales; asumir las condiciones de ciertos hábitos alimenticios y de vida saludables; tener cuidados especiales en el embarazo, etc.

En el proceso previo al consentimiento declarado la gestante debe ser informada de los procedimientos a los que se someterá y de las consecuencias de los mismos. Pese a que en la mayoría de los casos la información 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 (citado por Noguera, 2011), Director del Centro de fertilidad de Medellín, explica que escogen madres subrogadas saludables física y mentalmente, libres de enfermedades hereditarias, con mínimo dos hijos y un método de anticoncepción quirúrgico. Por su

parte, los padres de crianza 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 reproductivo.

Son muchas las mujeres que manifiestan sus deseos de ser gestantes por sustitución, pero no todas son admitidas. Según lo dicho por Adriana Ríos (citada por Noguera, 2011), 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 (párr. 8).

En cuanto al embrión, Ríos (citado por Noguera, 2011) plantea 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” (párr. 9). Debe enfatizarse en que a los futuros padres y a la madre delegada se les realiza 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 por contrato tengan mayor oportunidad de ejecución. Igualmente, como en cualquier ley de mercado, los interesados buscarán las condiciones y los 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 facilite un abaratamiento del servicio.

La Organización Panamericana de la Salud (OPS) (citada por Arteta, 2011) 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 (p. 94).

En contraposición con lo expuesto por la OPS, 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 gestante de sus hijos se aqueje por innumerables problemas, que sea una mujer con desnutrición, con poca educación o en condiciones de miseria. Quien desea involucrarse en el embarazo de su hijo va a querer un ambiente apropiado para él y reconocerá en quien lo gesta a la persona ideal para tal propósito.

Si la objeción es que las mujeres gestantes en su mayoría son pobres y que esta situación puede conllevar a una explotación de su capacidad reproductiva (así 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 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. En esta perspectiva, la explotación no se le puede indilgar a la técnica sino a los factores que determinan que una mujer en condición económica vulnerable tome una decisión como esta.

Ahora bien, debe enfatizarse en que 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 los ciudadanos tomen una u otra decisión, no es restringiéndoles su derecho a la libertad de decisión, sino ante todo creando las condiciones para que, en ese contexto, las personas no se vean perjudicadas o lo resulten lo menos posible.

Generalmente, en este tipo de contratos quien se encuentra en la parte o posición más débil es la mujer gestante, situación que no es 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 que puede ser económico (al recibir el pago convenido) o que puede consistir en la posibilidad de quedarse con el niño. Ella 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) señala 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 (p. 12).

CAPÍTULO II.

CUESTIONES ÉTICO-JURÍDICAS CONEXAS: AUTONOMÍA, INTEGRIDAD PERSONAL Y TRATA DE PERSONAS

1. La autonomía y su concepto a la luz de la jurisprudencia colombiana.

De conformidad con lo expuesto por Beuchaump y Childress (1994), “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, el individuo autónomo obra libremente de conformidad con un plan de acción que él mismo ha elegido y la acción autónoma deberá cumplir tres condiciones: a) que el agente moral obre intencionadamente, b) que proceda con comprensión y c) que actúe sin influencias externas que determinen o controlen su acción. Debe advertirse 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 (Beuchaump y Childress, 1994).

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).

En concordancia con la filósofa española, la autonomía es entendida como una dimensión de la libertad y la tiene 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 la autonomía podrá encontrarse restringida, sin que por ello se les desconozca a los sujetos igual dignidad y libertad.

Considerando así el asunto, la autonomía¹⁵ 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

15 La jurisprudencia y la doctrina le reconocen a la autonomía el carácter de principio. Véase al respecto las sentencias de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil) del 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.

consentimiento informado de la mujer gestante para recibir la intervención médica correspondiente.

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

Según la Corte Constitucional de Colombia, 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 solo 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 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 civil y por la jurisprudencia constitucional 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 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.

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”*. Como ya se dijo, en nuestro contexto este debe ser interpretado a la luz de la Constitución Política (Sentencia C-186, Corte Constitucional de Colombia, 2011).

De esta forma, la autonomía se erige en el ordenamiento colombiano 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. En este sentido,

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 arrebatarle 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 esta forma, 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 informado¹⁶ que la gestante da para la intervención médica de la técnica. De hecho, la Sentencia T-401 de 1994 con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz ha señalado lo siguiente:

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 (Sentencia T-401, Corte Constitucional de Colombia, 1994).

Finalmente, incluso si la autonomía y la dignidad no tuvieran el rango constitucional tan elevado que ocupan,

16 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 la sentencia del Consejo de Estado de enero 24 de 2002.

el inevitable pluralismo ético de las sociedades modernas que la Carta reconoce y estimula obliga, por elementales razones de prudencia, a obtener el consentimiento de la persona para todo tratamiento (Constitución Política de Colombia [Const.], 1991, art. 7).

2. Autonomía, disposición del propio cuerpo e integridad personal.

Algunas de las acciones que cada persona realiza 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, que rompe el equilibrio de derechos.

Así como las personas valoran ciertos bienes y servicios de manera especial, el cuerpo y sus funciones son valoradas por lo que representan, no solo para quienes las poseen individualmente sino porque representan 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 lo 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).

Sin embargo, cuando la posible intromisión no afecta a la persona en su integridad difícilmente se puede alegar una violación a su propio derecho. Más que por una cuestión de consentimiento o utilidad, esto se da porque la concesión de una función del cuerpo no necesariamente perjudica a quien la otorga; en cambio, puede traerle provecho. Así, la fuerza biológica de

gestación no se pierde por tener un hijo, aunque se reconocen los riesgos que implican la gestación y el parto. Pese a lo anterior, esta situación que resulta parecida a otras (verbigracia atravesar una calle, correr, viajar, recibir una inyección, ...) supone riesgos.

Frente a situaciones de riesgo, la protección de la integridad personal resulta fundamental. De hecho, esta 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 se le permita al individuo asegurarse su indemnidad como sujeto, protegiéndose de ser lesionado por el Estado o los particulares. Por tanto, un potencial embarazo por sustitución de vientre exige revisar todas las afectaciones posibles (tanto las físicas como las 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. Este señala que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (Const., 1991, art. 12).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001) afirma que

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 (p. 3).

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 es imposible 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 se dispone del cuerpo de ella para un beneficio propio o ajeno se corren riesgos. Estos serán legítimos en tanto se tenga un conocimiento pleno y el poder de decidir la exposición a él.

Debe añadirse que los derechos sobre el cuerpo les permiten a las mujeres su uso de muy variadas formas. Lo que parece ser el común denominador 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 o 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 las que desarrollan 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 del 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 esta consiste en que pareciera no existir certeza sobre cómo deberá otorgarse, porque ha quedado sujeta a la voluntad de las partes intervinientes, lo que desdibuja los conceptos tradicionales sobre paternidad y maternidad con sus consabidas responsabilidades. Siempre existirá el temor de que el niño quede en medio de disputas entre las partes.

3. 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 “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. De ahí se infiere que el ordenamiento colombiano, específicamente el artículo 17 de la Constitución Política, expresa que no pueden ser objeto de ningún negocio jurídico y se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.

En este contexto, el comúnmente denominado 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 (Código Civil de Colombia, 1887, art. 1740).

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. En este contexto conviene revisarse dicha situación desde dos ópticas: la primera, desde el niño y su entrega a los comitentes; la segunda, desde la participación de la mujer gestante en este tipo de contratos.

La trata de personas es definida en el artículo 3 del protocolo sobre la trata para prevenir, reprimir y sancionarla, especialmente cuando se alude a mujeres y niños, lo que se articula con la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, aprobada en Colombia mediante la Ley 800 de 2003, promulgada mediante el Decreto 3173 de 2004 y declarada exequible mediante la sentencia C-962 de 2003:

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. (Naciones Unidas, 2010, p. 1).

De igual forma, la Ley 985 de 2005, por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas, normas para la atención y protección de las víctimas, modificó el Código Penal de Colombia señalando lo siguiente:

Artículo 3°. 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” (Código Penal de Colombia, 2000, art. 3º).

Sin embargo, siguiendo las conclusiones del seminario internacional sobre trata de seres humanos celebrado en México en el 2004, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación de las Naciones Unidas para la Promoción de la Mujer (INSTRAW), y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por su sigla en inglés) 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” (2004, p. 9).

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 un delito con el fin de tutelar la libertad individual de las personas, especialmente su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad. Ambos son intereses

constitucionales de la mayor importancia, garantía y reconocimiento habida cuenta de que el bien jurídico a tutelar no es solo la autonomía. En esta perspectiva, la protección a la libertad y la integridad personal permiten hablar de un tipo penal complejo y pluriofensivo.

En esta línea de sentido, desde la óptica de los comitentes no se puede hablar de que la conducta de tener un hijo a través de otro constituya por sí sola 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 habida cuenta de que 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, en la relación que deciden construir los padres comitentes con los niños que son resultado de la técnica se promueve el cuidado por el parentesco. Lo anterior conduce a considerar que

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).

Silos comitentes y la mujer gestante han acudido al empleo de la técnica con un consentimiento libre, informado y reflexionado, no se podrá hablar de engaño, coacción, inducción a error o uso de la 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 un aprovechamiento abusivo.

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 autocomprensión de la especie no está en riesgo cuando se emplea una técnica reproductiva sin fines eugenésicos, pues el ser humano que nace es igualmente libre, como lo sería cualquier otro humano nacido directamente de su madre natural.

Hasta aquí se han revisado varios conceptos que se ven inmersos en la figura jurídica propuesta. Ellos son la utilidad, la autonomía y la integridad; finalmente, se ha realizado una revisión del objeto en el que se centra la prestación del contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre. Seguidamente, se centrará la atención en un análisis sobre el tipo de contrato que realmente es.

4. 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, el cual se asume como el instrumento por medio del cual se declara una voluntad capaz, consciente 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 esto debe señalarse que, efectivamente, el acuerdo de gestación para otro constituye un contrato en el sentido jurídico y merece unas consideraciones especiales. De esta manera se establece el contrato como una fuente de la cual emanan o surgen obligaciones, las cuales generalmente son recíprocas entre las partes que en él intervienen.

El contrato se erige como una de las piezas fundamentales de la sociedad colombiana. En efecto, la vida de cada uno de nosotros ofrece innumerables ejemplos de esta institución social estructurada (Ternera, 2009). Además, este es una institución social creada por normas, no es una cosa que exista en el mundo de forma independiente a una comunidad de hombres y, por consiguiente,

si desapareciera la especie humana los contratos (a diferencia de las piedras, las montañas, las plantas, etc.) desaparecerían también (Mantilla, 2007).

En consecuencia, la figura del contrato como institución social permea la mayoría de situaciones en las que vive el ser humano. Su inclusión en la vida de las personas es tan visible que casos como el del casamiento (pese a que este es producto de una decisión absolutamente íntima y personal) se convierten en una manifestación voluntaria que se hace oponible a los demás al firmar un contrato solemne, a través del cual se adquieren una gran cantidad de obligaciones y derechos. Trabajar en la actualidad es posible solo en el marco de un contrato en el que se contraen obligaciones tanto para empleadores como para trabajadores.

El intercambio de servicios y prestaciones no se concibe en la actualidad por fuera de un marco contractual. Dado que cada vez son más las cosas y los servicios que pueden ser contratados, se comprende 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.

De otro lado, Bullard (2009) 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 este se limita a determinar que los contratos sean exigibles. Quienes deciden sobre el destino de las partes involucradas son las propias partes, aquellas 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).

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 deseosa de tener hijos y, de otra parte, una mujer que acepta adelantar un embarazo a cuenta y riesgo de la pareja comitente. Esta mujer 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 esta manera, 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. Verbigracia, ello es así en aquellos países en los que esta práctica es aceptada. El contenido del acuerdo implica cláusulas que establecen con sumo detalle las obligaciones de las partes.

En virtud de la autonomía es posible la creación de nuevos tipos contractuales como el que se pretende al establecer contratos de gestación de vida humana por sustitución de vientre. Debido a que se está frente a una figura contractual atípica, es preciso señalar cómo son acogidas estas nuevas figuras dentro del ordenamiento jurídico colombiano. En sentencia del 22 de octubre de 2001, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia 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 este 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, las comunes para todas las obligaciones y contratos, así las originadas en los usos y prácticas sociales; y, finalmente, mediante un proceso de autointegración, las 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(Corte Suprema de Justicia, Sentencia C-186 de 2001).

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

Como primer elemento de validez del contrato, *la capacidad* hace referencia a la aptitud de la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones o, como lo advierte Suárez (2008), “consiste en la aptitud de toda persona para poder obligarse por sí misma sin el ministerio o autorización de otra” (p. 287).

Revisada desde las partes intervinientes, en este tipo contractual la capacidad deberá establecerse como 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 quiénes pueden acceder a ella, tal como sucede en figuras de tradición normativa 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 la Infancia y la Adolescencia colombiano, se establecen 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, a la niña o al 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 expupilo 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 (Congreso de Colombia, 2006, art. 68).

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 de Colombia¹⁷ señaló lo siguiente:

Para la Corte es claro que la exigencia de que quien aspire a adoptar un hijo garantice idoneidad física responde a un fin constitucionalmente legítimo, esto es, asegurar las mejores condiciones para el cuidado y la atención de las necesidades del menor que se integra a una familia, acorde con sus derechos fundamentales y garantías constitucionales. Sin embargo, 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 de Colombia 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

17 Igualmente, en Sentencia C-814 de 2001 la Corte Constitucional de Colombia con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra había establecido, con relación a la idoneidad física, mental y moral de los adoptantes, lo siguiente: “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.

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 los expertos, junto con los demás factores de idoneidad exigidos por la ley, y siempre en función del interés superior del menor, a la luz de las necesidades de amor, cuidado y protección del niño, de la niña o del adolescente que será adoptado (Sentencia C-804, Corte Constitucional de Colombia, 2009).

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 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 cuenten con 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 hijos sanos, tener una buena salud psíquica, entre otros aspectos.

Como segundo elemento esencial del contrato se encuentra *el consentimiento* que, desde el punto de vista jurídico, es la aquiescencia dada de manera voluntaria y libre. Para ser voluntaria ha de ser consciente y ha de ser respecto de la acción u omisión en concreto, no a otra (Peña y Txetxu, 2001). Igualmente, el consentimiento hace referencia a “la confluencia de voluntades sobre un determinado objeto jurídico” (Suárez, 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, y el consentimiento se forma a partir de que las personas expresen su voluntad conjunta sobre un mismo objeto jurídico. Para que ese consentimiento sea válido debe estar exento de vicios como el error, la fuerza y el dolo.

El consentimiento para la celebración de este tipo de contratos debe 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 siempre debe constar por escrito por las dos partes. Esta regla es aplicable de la misma manera al consentimiento informado que debe dar la mujer gestante para la realización de la técnica reproductiva adecuada, en aras de 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. 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 debe ser dado frente a aquello en lo que sea posible declararlo. De esta manera, 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.

Este elemento contractual se puede hacer paralelo con la figura de la adopción. De hecho, en el artículo 66 del Código de la Infancia y la Adolescencia colombiano se advierte que

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 podrán revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento (Congreso de Colombia, 2006, art. 66).

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 emplearán 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 requiere examinarse durante el tiempo que dure el proceso de gestación, parto y entrega del niño a los comitentes.

Una vez los tratamientos se encuentren efectivamente realizados y se deduzca el embarazo, el consentimiento que se da para iniciar los tratamientos que conlleven a la fecundación o concepción del niño no podrá ser revocado, salvo por circunstancias de fuerza mayor que impidan posteriormente seguir adelante con el embarazo. En este caso pueden aplicarse los presupuestos de interrupción de embarazo establecidos en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-355 de 2006, en la que se declaró ajustado a la Constitución el artículo 122 del Código Penal de Colombia (2000) en el entendido de que no se incurre en el delito de aborto si, con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produce en las siguientes circunstancias: a) cuando la continuación del embarazo constituye un 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, 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 se han establecido sobre el consentimiento para dar en adopción un niño, 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: un mes después del día del parto. Una vez el consentimiento de entrega del niño sea otorgado este proceso se asume como irrevocable. De esta manera se asegura la toma de una decisión estable y seria¹⁸.

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 ella sea tenida en cuenta como protagonista en igual condición que los comitentes. Es decir que las partes no puedan gozar de ventajas una por encima de la otra, sino que sean auténticamente partes iguales.

De esta manera, el modelo que se propone consiste en que el consentimiento solo se pueda otorgar en compañía y previa evaluación de expertos multidisciplinares (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 han señalado

que la noción clave en una ética médica moralmente ideal es la de empoderamiento de los pacientes [en nuestro caso, de las gestantes] y no la de respeto a la autonomía. Consideran que la noción de

18 Sobre la manera como se otorga el consentimiento en la adopción, en la Sentencia T-510 de 2013 del magistrado ponente Manuel Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional de Colombia 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” (Sentencia T-510, Corte Constitucional de Colombia, 2013).

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 (Luna y Salles, 2008, p. 151).

De conformidad con las características previamente expresadas, el consentimiento debe ser calificado y acompañado por quienes están autorizados por ley para otorgarlo, juzgándose 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 (bien sea naturalmente o con asistencia científica, como en este caso) no se pueden desconocer las relaciones filiales que de tal decisión surgen, ya no como deseo de los padres sino ante todo como protección al niño. Dado 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.

El tercer elemento lo constituye *la causa lícita*, que hace referencia a la causa final, es el fin próximo que determina la voluntad de obrar, es decir, el fin hacia el cual se tiende. La causa responde al por qué contrataron las partes, a cuáles son las motivaciones que indujeron a los contratantes a celebrar el contrato. De allí que el establecimiento de si ella es lícita o no corresponde de manera exclusiva al juez, quien deberá determinar su licitud dentro del marco normativo y verificar que no contradiga la moral y las buenas costumbres.

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición para la realización de contratos de gestación por sustitución, de manera que su práctica no solo es permitida por omisión legislativa, sino que ha llegado a encontrar asidero en el artículo 42 constitucional. Este establece que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes” (Const., 1991, art. 42).

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 cual es preciso establecer qué constituye para el intérprete constitucional una causa que atenta contra la moralidad y las buenas costumbres.

La Corte Constitucional de Colombia 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 solo puede ser entendido toda vez que

(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 (Sentencia T-629, Corte Constitucional de Colombia, 2010).

Con relación a la definición del término *buenas costumbres*, la misma Corte señaló 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” (Sentencia T-629, Corte Constitucional de Colombia, 2010). 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. Con aquellas costumbres se pretende evitar negociaciones impuestas y vejatorias, de manera que se erigen como un límite al ejercicio de la autonomía contractual. Esta 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.

En la Sentencia T- 629 de 2010 la Corte Constitucional de Colombia realizó un análisis juicioso sobre el respeto laboral de las trabajadoras sexuales. En este 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 a las buenas costumbres. En esta sentencia la Corte advirtió 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 impuesto 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 (Sentencia T-629, Corte Constitucional de Colombia, 2010).

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

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, el ordenamiento encaja en un modelo prohibicionista. Sin embargo, no puede existir en un Estado que se proclama pluralista la imposición de una concepción moral específica, pues 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.

Por último, se debe reconocer que este tipo contractual promueve importantes intereses constitucionales tales como la solidaridad, la autonomía, el pluralismo, la tolerancia y la realización individual como elementos dignificantes 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 de su derecho a ser libre, del mismo modo que acontece con quien participa en tal propósito disponiendo de su fuerza biológica de gestación.

El último elemento esencial del contrato corresponde al del *objeto lícito*. Este ha sido ampliamente discutido en este documento y resulta necesario relevarlo toda vez que el tipo de contrato propuesto no se trata de un negocio jurídico cuyo propósito sea la compra de un niño, ni la explotación de las mujeres gestantes. En un correcto contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre no se puede dejar evidenciado ningún tipo de dolo ni propósito diferente al de una voluntad reproductiva responsable.

En resumen, el objeto del contrato de gestación propuesto lo constituye una obligación de hacer, en este caso poner al servicio de otros una función biológica propia: la de la gestación. De esta manera finalmente lo que se realiza es un comportamiento, al prestar un servicio para otro.

A continuación se presenta en una tabla la correspondencia entre los elementos esenciales del contrato de gestación propuesto en relación con las partes que en este intervienen.

Tabla 2. Elementos esenciales del contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre

Comitentes subrogantes	Capacidad	Consentimiento	Causa lícita	Objeto lícito
<p>Mujer gestante</p>	<p>Capacidad legal o de ejercicio.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Mayor de edad. • Cumplimiento de los requisitos establecidos para la adopción. • Mayor de 25 años. • Garantizar idoneidad física, mental y moral. 	<ul style="list-style-type: none"> • Declarado por escrito – solemnidad. • Libre. • Apto. • Informado conveniente y profesionalmente asesorado. • Previo. • Lenguaje claro. • Exento de error, fuerza y dolo. <p>Irrevocable en cualquier momento del proceso.</p>	<p>La motivación del contrato es la adquisición de la prestación de un servicio que conlleva a un resultado, a saber: tener un hijo.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Actuación no prohibida por la ley. • Actuación no contraria a la moral y a las buenas costumbres. <p>Promoción de importantes intereses constitucionales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Solidaridad. • Respeto de la autonomía. • Pluralismo. • Dignidad humana. 	<p>Adquisición de la prestación de un servicio de fuerza biológica para gestar un hijo.</p>
	<p>Capacidad legal o de ejercicio.</p> <p>Mayor de edad. Se pueden establecer requisitos adicionales como:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Haber tenido hijos previamente. • Gozar de buena salud mental y física. 	<p>Empoderado.</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 fin altruista de apoyo en la realización de un proyecto de vida de otras personas que desean ser padres.</p>	<p>Una obligación de hacer: poner al servicio de los comitentes subrogantes su fuerza biológica de gestación.</p>

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

El problema de crear una categoría contractual para esta técnica reproductiva es complejo. La razón es que 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. Lo anterior se constituye en 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 término deseado, algo que se predica como deseable en cualquier tipo de contrato. No obstante, debe reconocerse que ello no siempre ocurre, de suerte que las partes en el curso del mismo pueden decidir modificarlo de común acuerdo. Dicha situación solo podrá depender de las limitaciones que los contratantes se hayan autoimpuesto. Visto de esta manera, los inconvenientes del contrato ni siquiera radican en su final incumplimiento, pues ante este la vía a seguir sería la judicial; La dificultad se presenta 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 de los contratos hace que estos se conviertan en los comúnmente denominados contratos de adhesión. En ellos no hay lugar a la discusión de las partes sino que, simplemente, una de ellas (para el presente 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 es de diseñar un instrumento contractual en

que las condiciones esenciales de validez sean claras, dejando solo la posibilidad de modificación de las cláusulas 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 la posibilidad de un contrato con las siguientes características:

- a) Dos partes: de un lado, comitentes (estos pueden estar representados por parejas heterosexuales, homosexuales, casadas o con unión estable, o personas solteras) 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 con ser mayor de edad, sino que se podrán exigir ciertas condiciones biológicas, sociales y psicológicas que permitan inferir el cumplimiento por parte de los intervinientes.
- c) El objeto lo constituye la prestación de un servicio que consiste en 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 solo puede definir la adquisición y transferencia de derechos y obligaciones civiles. Así las cosas, la entrega del niño a los padres comitentes por parte de la gestante no es el objeto del contrato, pero sin duda es la consecuencia más importante que se deriva de este.
- e) El establecimiento del requisito de solemnidad consistente en que —en cuanto a la forma— el contrato deberá ser escrito obedece a la importancia de la figura contractual propuesta, habida cuenta de que 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 implantación 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 solo perderá el derecho a la compensación económica; 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 posparto, 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 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 idóneo para ello.
- 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 no interrupción del embarazo sin la prescripción médica correspondiente; y 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.
- o) El no rechazo por parte de los comitentes del niño que nace.
- 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 la filiación genética.

CAPÍTULO III.

DE LA FILIACIÓN Y LA CONFRONTACIÓN DE LOS DERECHOS A LA REPRODUCCIÓN Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1. Alternativas para determinar la filiación materna como resultado de la técnica de gestación por sustitución.

De conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico colombiano, para poder definir la filiación materna dentro de las técnicas de reproducción humana asistida se puede optar por varios caminos que a continuación se mencionan.

- a) El primero consiste en 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. Esto posibilita 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. Así se admite que madre es quien genéticamente se identifica con su hijo y la prueba que determine el índice de probabilidad del 99.9% se convierte en el sustento

de la determinación filial. Lo anterior dejaría el camino abierto para que se presente la figura contractual propuesta solo en el evento de que la comitente hubiese aportado su óvulo, opción que se asocia con la *Teoría de la contribución genética* (Amador, 2010).

- c) La otra alternativa que se erige indica que, una vez nacido el niño, este se registre teniendo como madre a la gestante y como padre a la figura paterna comitente. En este marco la gestante debe renunciar a la patria potestad posteriormente, de modo que la madre comitente adopte el hijo de su marido. Esta situación podría ser sencilla ante parejas heterosexuales pero de difícil aplicación en parejas del mismo sexo.
- d) Una persona no necesariamente debe tener una sola madre, pues puede tener tres madres a la vez: la biológica, la genética y la legal; o en lugar de tener un solo padre pueden tenerse dos, prescindiendo —según sea 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. Quiere advertirse que esto puede generar **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, la cual 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” (Amador, 2010, p. 354).
- f) Que se establezca una normatividad que contemple de manera específica la filiación como resultado de la asistencia científica, dotándola de características y normatividad especial. Luego de una revisión comparada y analizadas las características de la sociedad colombiana, dicha normatividad puede determinar si corresponde hacer una homologación de los contratos de gestación por sustitución

mediante la vía administrativa o judicial; o si opta por el establecimiento de un trámite mixto, tal como se encuentra previsto para la adopción. Lo anterior teniendo presente 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, pues finalmente es él quien decide qué norma aplicar y qué motivos razonables encuentra dentro del proceso para determinar la filiación de una persona. Así podría seguir sucediendo por mucho tiempo, sopesando qué normativa le resulta más favorable a cada caso en particular, protegiendo los intereses del niño y compatibilizando sus propios derechos en el contexto que permita su mejor desarrollo.

Es posible proponer que quienes deseen efectuar este tipo de contratos los realicen a través de clínicas expertas en el asunto. Se pretende que después de una exhaustiva revisión por parte de equipos interdisciplinarios de asesoramiento legal y médico —y con la debida vigilancia del Estado que podría provenir del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o ICBF— se acopien estos contratos en la unidad especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil. La intención es que no se vulnere el orden jurídico que se establece por la filiación en lo que corresponde al estado civil de las personas¹⁹.

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

19 De conformidad con la 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, imprescriptible y su asignación corresponde a la ley. Igualmente, el estado civil de las personas deriva de los hechos, los actos y las providencias que lo determinan, así como de la calificación legal de ellos.

de gestación sustituta podrían asumir las obligaciones de seguir el procedimiento apropiado en el marco del contrato de gestación. Así, la pareja comitente que dio su consentimiento escrito para la implantación del embrión a otra mujer con el fin de su gestación puede ser registrada como padre del niño, solo cuando obtenga el consentimiento de la mujer gestante. Después de registrado un niño como hijo de la pareja comitente esta no podrá impugnar su paternidad ni maternidad sobre el mismo.

En resumen, para proceder a la inscripción de los comitentes como padres se requiere registrar el nacimiento del niño a solicitud de los comitentes que dieron el consentimiento para la implantación del embrión a otra mujer con el fin de su gestación. También es menester adjuntar el documento que prueba el nacimiento del niño expedido por la institución o agencia médica y que, dicho sea de paso, confirmará el hecho de recibir el consentimiento de la mujer gestante que dio a luz el niño.

Esto implicará además la creación de una regulación específica para centros o agencias de gestación sustituta. Esta normatividad debe dar claridad de los requerimientos que se exigirán a las gestantes, las indicaciones y contraindicaciones a la gestación sustituta, así como la cantidad de pruebas necesarias a las que tendrán que someterse tanto la gestante como 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, pues ambas situaciones son 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

a esta 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, como sucede con el acto de reconocimiento voluntario de hijo extramatrimonial, se trata de “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). Lo mismo se podría exigir para el reconocimiento de los hijos nacidos por asistencia científica, quienes cuentan con las mismas condiciones.

El estatus de hijo nacido por gestación sustituta podría obedecer a una nueva forma de filiación amparada por el artículo 42 de la Constitución Política. En este, específicamente en el inciso sexto, se establece que “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” (Const., 1991, art. 42). Se trata de una filiación que quizá en su futuro desarrollo normativo y doctrinal podría tener como nombre *la Filiación técnico-científica*. Su desarrollo surgiría del mismo precepto constitucional del que se derivan las filiaciones matrimonial, extramatrimonial y adoptiva, clasificación que no implica diferencias de trato. De ahí que 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 vida humana por fuera del cuerpo femenino en úteros de laboratorio. Un hecho es que la concepción se pueda dar en el laboratorio y con ayuda científica; otro bien diferente es la gestación, de donde surge la decisión de otorgar a esta figura el nombre de *gestación de vida*

humana por sustitución de vientre. En este escenario, debe aclararse que es la capacidad biológica de gestación el objeto a negociar, mas no el niño resultado. Por otra parte, que la filiación —institución jurídica de orden público— del niño quede sujeta a un contrato sigue constituyendo una fuerte crítica al contrato de gestación.

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

Lo primero que hay que advertir es la falta de claridad en torno a la idea y al concepto de la reproducción como derecho y su correspondencia en el orden interno de los Estados. Aquí conviene detenerse un momento a fin de recordar que la reproducción humana puede ser tratada indistintamente como un derecho individual reconocido, como un derecho derivado de otro derecho reconocido, como derecho individual de los no establecidos de manera directa como un 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 reconocido se precisa reconocer de cuál derecho deriva, pudiendo establecer su conexión más mediata con los derechos a la libertad general, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía.

Finalmente, para que pueda ser considerado como un derecho individual de los no establecidos de manera directa en el *Nuevo derecho* o en el *Derecho no escrito* se requiere conocer su ámbito de protección. Díaz (2009) reconoce lo anterior como aquellos derechos que se derivan de la norma suprema constitucional y que están implícitos en la norma fundamental.

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. Como lo 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 (2002), hablar de un derecho a la reproducción humana se torna complejo porque no existe la certeza de qué y a quién se le puede exigir su cumplimiento. Si bien en Colombia se ha reconocido constitucionalmente el derecho a fundar una familia, no existe claridad sobre si el hecho de procrear puede ser contemplado como un derecho del cual se pueda exigir el cumplimiento y la garantía por parte del Estado, tal como sucede con el común de los derechos. De igual manera, es difícil establecer las obligaciones que le corresponden al Estado en la provisión de los medios para hacerlo efectivo.

De otro lado, el reconocimiento de los derechos reproductivos, tal como se expresa en el estudio sobre los derechos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (Presidencia de la República, 2011), protege la facultad de decidir libremente, sin ningún tipo de coacción o de discriminación cuándo, cómo, con quién y con qué frecuencia se desea procrear. Por su parte, el derecho al acceso a los servicios de salud reproductiva implica que las mujeres cuenten con los recursos necesarios para garantizar que las decisiones que tomen sobre la posibilidad de procrear o reproducirse sean verdaderamente libres y se puedan materializar.

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 salud, lo máximo que puede hacer un Estado es facilitar a los ciudadanos las garantías necesarias para procurarles bienestar, políticas de prevención, tratamiento y posible curación de las enfermedades. No obstante, 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 esta se promueva como una libertad procreativa y no como un derecho. Al tratarse como una libertad procreativa se debe 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. Esto lo reconoce la Corte Constitucional de Colombia cuando señala que “No corresponde al Estado ni a la sociedad sino a las propias personas decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos y modelos de realización personal” (Sentencia T-516, Corte Constitucional de Colombia, 1998).

Teniendo en cuenta que resulta fácil revisar una libertad desde su aspecto negativo, es más sencillo cuando se reconoce que las personas pueden negarse a hacer uso de su libertad. Esto obedece a que, “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, p. 25).

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; sin embargo, la situación compleja se presenta en la medida en que quien desea ser madre o padre no cuente con el recurso natural que se lo permita. Esto se agudiza cuando además no se cuenta con el poder económico para serlo a través de la asistencia científica.

Tal vez aquí quepa señalar que, en un país como Colombia, para quien no cuenta con recursos económicos suficientes la maternidad o paternidad solo puede ir en dos vías. La primera es la de la posibilidad natural de procreación. En ausencia de ella, en segundo lugar, está la vía de la adopción que, desafortunadamente, no reconoce a las familias pobres como aptas para la paternidad o la maternidad.

Dicho de otro modo, las técnicas reproductivas solo son posibles en un país como Colombia para quienes cuentan con la capacidad económica de sufragarlas. 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 de quien lo 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 Plan Obligatorio de Salud (POS) medicamentos como el viagra para superar la disfunción eréctil de los hombres, permitiendo que estos puedan procrearse más fácilmente²⁰.

20 El suministro del viagra que realiza el POS se hace bajo el supuesto de proteger la vida digna, lo que puede ser consultado en la Sentencia T-926 de 1999, cuyo magistrado ponente es Carlos Gaviria Díaz.

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 jurisprudencial²¹ 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 o 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 dignas (Sentencia T-525, Corte Constitucional de Colombia, 2011).

De esta forma, se desconocen las técnicas de reproducción humana asistida como medios legítimos para hacer efectivo como derecho humano la reproducción y permitir fundar la familia en los términos constitucionales previstos. Generalmente, en este contexto se aducen los altos costos económicos de las mismas, los cuales no pueden ser sufragados por el Estado en su sistema de prioridades sanitarias.

Ahora bien, hay quienes advierten que no se debe hablar de un derecho o de una libertad de la reproducción sino de un “derecho de acceso a las tecnologías de reproducción” (Vázquez, 2007, p. 42) que no sean discriminatorias. La pretensión es que puedan 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. Se trata de que no se observe la reproducción como una extensión del derecho a la salud sino como un medio alternativo de reproducción, lo que Vázquez (2007) advierte como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad.

21 A este respecto pueden ser consultadas 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 y T-899/12.

De otro lado, 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. Finalmente, es ella 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, desconociéndose 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 (2001) 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 la 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 (p. 72).

En la actualidad, las mujeres quieren vivir su maternidad como una celebración, pero no como una imposición del medio en el que se desenvuelven. 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 en el marco de una formación integral debe permitir que las decisiones de las mujeres sean autónomas y respetuosas, situación que también es reconocida por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-355 de 2006. En ella se señala que

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* (Sentencia C-355, Corte Constitucional de Colombia, 2006).

En Colombia se considera un avance constitucional que en el ejercicio de la maternidad aparezca dentro de los derechos del niño el del amor:

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 estatus tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor (Sentencia T-339, Corte Constitucional de Colombia, 1994).

Ahora bien, en la sentencia T-503/94 la Corte realiza varias reflexiones sobre lo que implica la maternidad. Resulta pertinente recordar 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.

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 este 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 esta a la promoción y al 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 **antinatural**. 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 jurista 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 esta pueda llevar a cabo su misión de solidaridad natural. En segundo lugar, como la maternidad está para la protección del infante, se deduce que este 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 (Sentencia T-503, Corte Constitucional de Colombia, 1994).

La maternidad ha sido ampliamente reconocida por el desarrollo jurisprudencial de Colombia, 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. Vale destacar que la maternidad no se protege para la mujer como sujeto aislado vulnerable sino, ante todo, para garantizarle a un hijo la mejor vida que pueda tener.

3. 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. De hecho, actualmente es considerado una 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.

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

La Constitución Política de Colombia 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 (Const., 1991, art. 44).

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, el preámbulo de la *Convención de los derechos del niño* dispone lo siguiente:

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 (Naciones Unidas, 1989).

De esta forma, el reconocimiento de los derechos de los niños y las niñas se hizo en el marco de la reivindicación de ellos y ellas 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(as) pasivos(as) de beneficios para convertirse en seres autónomos y sujetos de derechos.

Ha sido tal la consideración especial que se le tiene al niño que el Constituyente Nacional consideró necesario establecer que “los derechos de los niños debían prevalecer sobre los derechos de los demás” (Const., 1991, art. 44). Con este enunciado se dejó establecido que cualquier persona puede exigir el cumplimiento de sus derechos.

Un amplio desarrollo jurisprudencial se ha realizado en Colombia en torno a los derechos de los niños. En este escenario, dos principios han sido ampliamente discutidos y ponderados en las situaciones de vulneración o dificultad para los más pequeños en edad. Ellos son 1) el principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás y 2) el principio del interés superior del niño.

Respecto al principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás²², la Corte

²² Respecto a este principio pueden ser consultadas, entre otras, las siguientes

Constitucional de Colombia se ha pronunciado en diversas ocasiones. Por ejemplo, mediante la Sentencia n.º 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 (Const., 1991, 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 (Sentencia C-041, Corte Constitucional de Colombia, 1994).

Respecto al principio del interés superior del niño, la Corte Constitucional de Colombia también ha realizado un exhaustivo tratamiento de su contenido y alcance,²³ diferenciándolo del principio de la prevalencia de los

sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: sentencia T-402 de 1992 (magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), sentencia C-005 de 1993 (magistrado ponente Ciro Angarita Barón), sentencia C-019 del 25 de enero de 1993 (magistrado ponente Ciro Angarita Barón), sentencia C-459 del 12 de octubre de 1995 (magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz) y sentencia T-442 del 30 de septiembre de 1994 (magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell).

23 A este respecto pueden ser consultadas, entre otras, las siguientes sentencias: sentencia C-005 del 14 de enero de 1993 (magistrado ponente Ciro Angarita Barón), sentencia C-019 del 25 de enero de 1993 (Ciro Angarita Barón), sentencia C-459 del 12 de octubre de 1995, (magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz) y sentencia T- 477 del 23 de octubre de 1995 (magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero).

derechos de los niños por la ratio que los inspira. En lo que respecta al interés superior del niño, este 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 qué 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 de los demás establece que los intereses del niño deben ser siempre atendidos en primer orden cuando se encuentren en contraposición con los de los adultos.

Una de las sentencias que mejor explica el principio del interés superior del niño es la sentencia T-408 de 1995. Esta 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 solo 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* (Naciones Unidas, 1989, art. 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 (Sentencia T-408, Corte Constitucional de Colombia, 1995).

Como sucede con cualquier situación en la que se genera duda o incertidumbre para el niño y que — como consecuencia de esta— causa la vulneración de sus derechos, en los eventos complejos que presentan las técnicas reproductivas asistidas (especialmente la de gestación por sustitución de vientre) no es fácil determinar la afectación de sus derechos. Ni siquiera se pueden 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, más allá 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 valoren como hijos o cuando 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 a los comitentes y a la gestante los convoque el mismo ideal de convertir al niño que nace en su hijo, la paradoja se resuelve mediante la revisión del interés superior del niño, de suerte que el juez sopesará ya no los simples aspectos biológicos, genéticos o legales, sino que entrará a revisar aspectos económicos, culturales, sociales. Esto significa que valorará de manera distinta las posibilidades de desarrollo que le brinden quienes le demandan como hijo, pudiendo en todo caso señalar quién 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, pues 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, de manera que 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. 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, el cual 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 niño²⁴.

No obstante, buscar y hallar “padres a palos” no debe ser la alternativa a considerar en estos casos. Es claro que de dicha manera no se protegen los intereses del niño, pues este 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 y se debe considerar que estos están jerárquicamente distinguidos, por lo que no pueden ceder a los de los adultos. En razón a ello, 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 reproducción asistida debe gozar de una filiación, sea cual sea el tipo familiar que vaya a integrar; en todo caso, dicha filiación deberá sustentarse en el interés superior del

24 Sobre esta posición pueden ser consultadas las obras de la profesora argentina Graciela Medina, autora de *Uniones de hecho homosexuales* (Medina, 2001) y *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio* (Medina, 2001).

niño que le permita 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 generar grandes perjuicios a lo largo de la vida del individuo cuando requiera de atención médica. Como se sabe, en este caso 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 solo se justifica en casos de necesidad extrema o cuando la convivencia cause un perjuicio al niño; pero si ello no ocurre no se debe privar al niño del ejercicio de este derecho, quizá uno de los más importantes.

El niño no solo tiene derecho a conocer unos padres sino a vivir con ellos. Por esta razón el Estado y la sociedad deben procurar los medios de estabilidad y bienestar para que sea de esta manera.

La *Convención de los derechos del niño* (Naciones Unidas, 1989) también reconoce el derecho de los niños a nacer y a vivir en el seno de una familia. Así mismo, expresa que la protección del niño debe acordarse tanto antes como después del nacimiento, como ya lo señalara la *Declaración de los derechos del niño*.

Finalmente, debe decirse que aquella convención le asigna prioridad al interés del niño. Así lo dispone el artículo 3, párrafo 1, el cual expresa a este respecto lo siguiente: "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" (Naciones Unidas, 1989, art. 3).

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 le permite al sujeto acceder tanto a la reproducción natural como a las nuevas tecnologías reproductivas. Pero ello no implica que el derecho a la reproducción sea absoluto. En consecuencia, este solo existe supeditado a la garantía de la satisfacción y cumplimiento de los derechos del niño por nacer.

En cambio, debe reconocerse que 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. Como se ha mencionado, todo niño merece tener una familia y nadie puede preestablecer la condición de no tenerla aún desde antes de nacer.

En palabras de 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 multidisciplinares 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).

Reflexiones finales

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 y, de hecho, mientras algunos países las permiten, otros las prohíben y otros más 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 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. En los tiempos hodiernos tales categorías reciben duros embates que han llevado a cuestionar, desde sus cimientos, su arraigo a la genética y la biología. Debe advertirse que estos no son los únicos elementos a ser considerados para la atribución de padres y madres de un ser humano.

De otro lado, la desaparición del parentesco —o por lo menos de la forma en que jurídicamente ha sido concebido este— 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 modo que se comienza a asumir que somos más que el producto de nuestros genes.

Pese a esto, resulta contradictorio que se cuestione la técnica de gestación por sustitución de vientre al considerarse 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 entre padres e hijos.

Merece destacarse 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 preocuparía el empleo de técnicas como la gestación por sustitución de vientre. Al fin de cuentas, esta, lejos de abandonarlos, busca reforzarlos.

El discurso de la reproducción humana que en principio estaba establecido sobre las leyes de la naturaleza, en que se promovía aquella (la reproducción) como un deber y derecho de las mujeres, se encuentra superado. Esto abre escenarios para erigir una libertad de la que todas las personas pueden hacer uso para acceder a la reproducción a través de métodos o técnicas, de una “artificialidad” que, en suma, ha sido creada por el hombre para superar las limitaciones que —de manera natural— le impedían ser padres o madres a quienes querían serlo.

En este sentido, la reproducción es enfocada desde varias perspectivas de protección legal: la primera la promueve como un derecho fundamental; la segunda advierte la reproducción 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 permitirles a las personas en igualdad de condiciones definir su proyecto de vida, el número de hijos que va tener y la forma como los concebirá. En tales condiciones no puede 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. En todo caso, desde los principios de la prevalencia de los derechos de los niños y del interés superior, se deben revisar las decisiones que les permitan a estos 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 las obligaciones de las partes que en ella intervienen. Como conclusión frente a este punto, 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 reducida 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 darle mayor importancia a otro tipo de consideraciones diferentes al aspecto biológico, razones que 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. Además, tal decisión ha sido reflexionada, es 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 puede 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.

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 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, como parte de su plan de vida, optan por tener sus hijos a través de otros, no puedan hacerlo. 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 medio de la cual se les 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 porque además no conviene seguir estableciendo en los ordenamientos jurídicos internos —tal como sucede en Colombia— normas que hagan distinciones sobre hijos. Es como si

se aceptara que nacer bajo el matrimonio, por 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, se espera que el amor a dar sea el mismo en cualquiera de las circunstancias.

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 elegida.

REFERENCIAS

- Abellán, F. (2006). Aspectos bioéticos y legales del diagnóstico genético preimplantatorio (DPG). *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, (3), 14-26.
- Alarcón, F. (2002). La maternidad por sustitución. En F. Alarcón, *Familia, Tecnología y Derecho* (pp. 131-134). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Amador, M. (2010). Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. *CS*, (6), 193-217.
- Arteta, C. (2011). Maternidad subrogada. *Revista Ciencias biomédicas*, 2(1), 91-97.
- Bauman, Z. (2005). *Ética posmoderna*. México, Distrito Federal: Siglo XXI editores.
- Berlinguer, G. (2002). *Bioética cotidiana*. Florencia, Italia: Siglo XXI Editores.
- Bestard, J. (2004). *Tras la biología: la moralidad del parentesco y las nuevas tecnologías de reproducción*. Barcelona, España: Ediciones de la Universidad de Barcelona.
- Beuchamp, T. y Childress, J. (1994). *Principios de ética biomédica*. Barcelona, España: Masson.
- Borrell, A. (1954). *La persona humana. Derechos sobre el propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*. Barcelona, España: Bosch Barcelona.
- Bullard, A. (2006). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima, Perú: Palestra editores.
- Camacho, J. (2009). *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*. Obtenido de <http://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>.

- Carnelutti, F. (1998). *Cómo nace el derecho. Monografías jurídicas*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Castellanos, D. (2012). *¿Qué es la justicia? Una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cohen, B. (1984). Surrogate mothers: whose baby is it? *American Journal of law & medicine*, 3(10), 243-285.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2001). *Informe 5/96 aprobado el 1º de marzo de 1996*. Bogotá, Colombia.
- Cortina, A. (1995). *Ética sin moral*. Madrid, España: Ediciones Tecnos.
- De León, F. (2003). *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Madrid, España: Tirant monografías.
- De Lora, P. (2006). ¿Qué hay de malo en tener hijos? En A. Morales y J. Miquel (coord.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid [AFDUAM]* (pp. 45-63). Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid.
- Díaz, F. (2009). *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e internet antes la constitución*. Ciudad de México, México D. F.: Tirant Lo Blanch.
- Engelhardt, H. (1995). *Los fundamentos de la bioética*. Barcelona, España: Paidós.
- Fallaci, O. (1976). *Carta a un niño que nunca nació*. Milán, Italia: Noguera.
- Gaviria, C. (2002). *Sentencia. Herejías constitucionales*. Bogotá, Colombia: Fondo de Cultura Económica.
- Habermas, J. (2002). *El futuro de la naturaleza humana*. Madrid, España: Paidós Ibérica.
- Heyd, D. (1992). *Genethics: moral issues in the creation of people*. California, Estados Unidos: University California Berkeley Press.

- Indian Council of Medical Research [ICMR]. (2006). *Guide Line for Biomedical*
- Kant, I. (1781). *Crítica de la razón pura*. Madrid, España: Tecnos.
- Kant, I. (1980). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, España. Espasa Calpe.
- Knibiehler, Y. (2001). *Historia de las madres y la maternidad en occidente*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Nueva Visión.
- Letelier, V. (1967). *Génesis del derecho*. de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- Luna, F. y Salles, A. (2008). *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Mantilla, F. (2007). *Sobre la formación del contrato. Los contratos en el derecho privado*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Medina, J. (2011). *Derecho civil. Derecho de familia*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Mejía, O. (2010). *En el jardín de Mendel. Bioética, genética humana y sociedad*. Medellín, Colombia: Editorial Universidad de Antioquia.
- Naciones Unidas. (1989). *Convención de los derechos del niño*. United Nations: Treaty Series.
- Naciones Unidas (2010). *Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal*. Obtenido de https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/Human_Trafficking/TIP_Manual_es_module_01.pdf
- Noguera, N. (2011). Alquiler de vientres: nueva forma de maternidad. En *Diario El Tiempo*. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-9237329>
- Pardo, A. (2001). Bioética y tecnología de la fecundación humana. En *Bioética en las ciencias de la salud* (pp. 1-17). Alcalá La Real, España: Asociación Alcalá.

- Peña, L. y 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.
- Presidencia de la República. (2011). *Programa integral contra violencias de género. Los derechos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana 2005-2009*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. Ciudad de México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Revista Semana. (2013). *Milagro médico: será mamá tras un trasplante de útero*. Recuperado de <http://www.semana.com/vida-moderna/articulo/milagro-medico-sera-mama-tras-trasplante-utero/340243-3>
- Sánchez, R. (2010). La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos. *Humanitas. Humanidades médicas*, (49), 13-38.
- Sandel, M. (2011). *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* Madrid, España: Debate.
- Sarmiento, P. (2010). Bioética e infancia: Compromiso ético con el futuro. *Persona y Bioética*, 14 (1), 10-29.
- Souto, B. (2005). Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva Época*, (1), 275-292.
- Suárez, R. (2008). *Introducción al derecho civil*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Suárez, R. (1998). *Derecho de familia*. Tomo I. Bogotá, Colombia.: Editorial Temis.
- Ternera, F. (2009). *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Titmuss, R. (1970). *La relación de regalo: de la sangre humana a la política social*. Buenos Aires, Argentina: New Press Grupo Impresor.
- Trabucchi, A. (1981). *Istituzioni di diritto civile*. Madrid, España: CEDAM.

- Van Zyl, L. y Van Niekerk, A. (2000). Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood. *Journal of medical ethics*, 26(5), 404-409.
- Vázquez R. (2007). *Dilemas de bioética*. México, Distrito Federal: Fondo de Cultura Económica.
- Warnock, M. (2004). *Fabricando bebés. ¿Existe un derecho a tener hijos?* Madrid, España: Gedisa editorial.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derecho y justicia*. Madrid, España: Trotta.

PROVIDENCIAS

- Código Civil de Colombia. (1887). Bogotá, Colombia: Leyer.
- Código Penal de Colombia. (2000). Bogotá, Colombia: Leyer.
- Congreso de Colombia. (2006). *Código de la Infancia y la Adolescencia*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.
- Congreso de Colombia. (22 de diciembre de 2004). *Por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico*. [Ley 919 de 2004]. DO: 45771.
- Corte Suprema de Nueva Jersey. (3 de febrero de 1988). *Atlantic Reporter, 2d serie*.
- Sentencia 2006-00121. (2010). Consejo de Estado de Colombia. Consejero ponente Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.
- Sentencia C-186. (2011). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-355. (2006). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernandez
- Sentencia C-804. (2009). Corte Constitucional de Colombia. Magistrada ponente María Victoria Calle Correa.

- Sentencia T-339. (1994). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T-401. (1994). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-408 (1995). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-503. (1994). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T-510. (2013). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia T-516. (1998). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia T-525. (2011). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Mauricio Gonzalez Cuervo.
- Sentencia T-629. (2010). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez.