

**IMPLICACIONES SOCIO JURIDICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA
EN COLOMBIA**

**Ensayo para optar el titulo de
Abogado**

KINKAID GUSTAVO LINARES GONZALEZ

Asesores :

ANA MARIA DIAZ

Abogado

ALVARO ACOSTA GUERRERO

Sociologo

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

MODULO CIVIL

BARRANQUILLA

1996

PAGINA DE ACEPTACION

Andrés Díaz

Presidente

Jurado

Jurado

Barranquilla, Noviembre 05 de 1.996.-



TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCION	
1. INSEMINACION ARTIFICIAL	2
1.1. ACLARACION DE CONCEPTOS	4
1.2. PUNTO DE PARTIDA Y NORMA FUNDAMENTAL	5
1.3. INSEMINACION ARTIFICIAL EN EL CASO DE LA MUJER SOLTERA	6
1.4. INSEMINACION ARTIFICIAL MEDIANTE EL SEMEN DEL PROPIO MARIDO	7
1.5. INSEMINACION ARTIFICIAL MEDIANTE EL SEMEN DE UN TERCERO	8
1.6. DIFICULTADES QUE TAL VEZ SE PUDIERAN SUPERAR	10
2. CONSIDERACIONES JURIDICAS	19
2.1. CONSTITUCIONALMENTE	19
2.2. CODIGO CIVIL	21
2.3. CODIGO DEL MENOR	22
3. CONSIDERACIONES ETICAS	31
3.1. PROBLEMAS ETICOS	33

INTRODUCCION

Las manifestaciones que adopta la sexualidad están conociendo unos cambios paralelos al desarrollo de la sociedad moderna. Plantearemos la siguiente pregunta problema ¿ como conseguir una legislación precisa que regule las nuevas prácticas médicas en el ámbito de la reproducción asistida y lograr una educación ética completa? Permitira tanto al estudiante, como al profesional en derecho realizar una correcta adecuación típica que le permita ser útil a su entorno social en el momento en que se solicite, tales son los retos que deberemos enfrentar en un corto futuro.

Enfocaré este ensayo indicando que la aplicación de nuevas técnicas de fecundación asistidas no representa que los médicos planteen una vía de reproducción alternativa a la tradicional, al contrario lo que se quiere es que entendamos que la esterilidad es involuntaria para la pareja, es una situación patológica y siempre que nuestro avance científico sea para hacer frente a un problema social que no se encuentra del todo desarrollado en nuestra legislación. Bienvenida sea la ciencia.

1. INSEMINACION ARTIFICIAL

Frecuentemente, el matrimonio y la familia se identifican con tanta evidencia que llega hasta despreciarse a aquellos matrimonios que por cualquier motivo se han quedado sin hijos. Los matrimonios que, a pesar de no tener hijos, llevan una vida armónica, son una muestra de que la fecundidad no se manifiesta exclusivamente en los hijos. De ahí que sea totalmente injusto designar como incompleto a un matrimonio que no tiene hijos, pues aun sin hijos puede el matrimonio ser totalmente intacto y afectivamente enriquecedor, tanto para los cónyuges como para la sociedad. Pero, dado que en la carencia de hijos puede radicar una auténtica amenaza de la felicidad matrimonial, todos los que se ocupan del matrimonio y sobre todo los mismos cónyuges, deben dedicarle a este fenómeno una atención especial¹.

Con esto no parece que la cosa esté demasiado bien

¹Rapport van de Commissie Huwelijk en Gezin van het Nederlands Pastoraal Concilie. Rotterdam 1968.

equiparada. Si se quisiera coleccionar en un espacio todos los libros que se han escrito en los últimos veinte años en relación con el control de natalidad, se necesitaría una sala muy grande. Por el contrario, los libros que se ocupan del fomento de la fecundidad podrían colocarse cómodamente en un pequeño anaquel. Ciertamente es exacto decir que "solamente" alrededor del ocho por ciento de los matrimonios no tienen hijos. Pero, por otra parte, muchas veces los problemas creados por una situación de matrimonio sin hijos son mucho más graves y angustiosos que los que plantea una fecundidad muy grande.

En la praxis médica se hace mucho ciertamente en este sentido: mediante la asistencia en el plano físico y/o psicológico, se puede satisfacer el deseo de muchos casados que quieren tener hijos. Cuando esto no se consigue (lo que ocurre en el tres por ciento de los casos), la adopción puede ser un modo de solucionar el problema. En otros casos, los cónyuges se conforman con ver su realización en la actividad de un servicio a la sociedad.

Para un número muy reducido de matrimonios, la inseminación artificial puede ser una posibilidad de conseguir hijos. Ocupémonos más detenidamente sobre este tema, ya que de él se deducen algunos problemas importantes.

1.1. ACLARACIÓN DE CONCEPTOS

Por inseminación artificial se entiende la intervención médica, mediante la que se introduce el semen en el organismo femenino, no a través de un acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación. El proceder a la inseminación artificial sólo se puede traer a consideración, si por lo menos la mujer es fecunda, pese a que por razones físicas o psíquicas no sea posible un acto conyugal normal. Según la situación del caso, pueden distinguirse tres grupos de posibilidades de aplicación: 1) una mujer soltera que desea tener un hijo, pero no marido; 2) mujer casada y aplicación del semen de su propio marido; y 3) mujer casada y aplicación del semen de un hombre extraño, es decir, de un tercero.

Cuando la inseminación artificial empezó a conocerse y también a practicarse (aunque de forma esporádica) en los años cincuenta, se reaccionó en contra de ella con grandes impulsos emocionales, sobre todo por su aplicación entre los animales. Frecuentemente, el rechazo se debía al recuerdo de ciertas prácticas llevadas a cabo por los nazis. Muchos se horrorizaban de ella, porque la conceptuaban como una tecnificación y con ello una desacralización del misterio del amor y de la vida incipiente. Otros llamaban la atención sobre los problemas

de tipo médico, psicológico, jurídico y ético que traía consigo, especialmente en el caso de aplicación del semen de un tercero. Puesto que no podemos tratar detalladamente todos estos aspectos, hagamos mención sobre todo de los puntos de vista éticos de la cuestión.

1.2. PUNTO DE PARTIDA Y NORMA FUNDAMENTAL

Todo el mundo estará de acuerdo en que el empleo de la inseminación artificial no es ni puede ser nunca un método ideal. Por mucho que se interprete y aplique como una ayuda supletoria, sin embargo siempre se experimentará espontáneamente como algo que de por sí no debería ser. Esto se ha expresado frecuentemente en los puntos de vista de la medicina y de la iglesia.

Muchos consideran la puesta en práctica de la inseminación artificial como lícita únicamente en aquellos casos en los que no exista otro modo de remediar la carencia de hijos, pero este método seguirá siendo una evasiva, mientras no se elimine la causa de dicha carencia. El camino más indicado consistirá en suprimir esa causa.

Se trata, por tanto, de ayudar a la realización de un matrimonio que se siente oprimido por la falta de hijos. En todos los buenos propósitos que se tengan a este respecto,

ha de permanecer, no obstante, la perspectiva de que la inseminación artificial habrá de prestar un servicio a las relaciones interpersonales y habrá de fomentar la felicidad de los cónyuges. Pero no basta con esto. El problema no afecta únicamente al matrimonio. Los intereses y la felicidad vital del hijo han de tenerse muy en cuenta en las consideraciones éticas en torno a este problema.

La norma ética fundamental podría formularse tal vez del siguiente modo; la inseminación artificial, en cuanto último recurso asistencial, sólo sería éticamente lícito cuando con ella no se dañase en modo alguno la dignidad del matrimonio y se prestara un servicio efectivo al bien tanto de los cónyuges como de la prole. Y deja de ser éticamente lícita, cuando constituye una demolición del sentido de la fecundidad matrimonial. Puede preguntarse si así ocurre efectivamente, ya sea por el modo como se lleva a cabo, por la situación global en que se encuentre el matrimonio o bien por las reducidas posibilidades de vida y felicidad para el hijo. ¿Cuál es la situación concreta en las diferentes posibilidades de ejecución?

1.3. INSEMINACION ARTIFICIAL EN EL CASO DE LA MUJER SOLTERA

Casi existe un consenso total y uniforme en la opinión de

que esta forma de inseminación artificial es éticamente ilícita. Y yo pienso que con razón. Cuando una mujer rechaza el matrimonio con un hombre, y sin embargo quiere tener un hijo, se puede uno preguntar si en cuanto mujer tendrá la madurez espiritual y emocional que le ha de ser mucho más necesaria en cuanto a madre. La razón más importante para el rechazo de esta inseminación artificial consiste en que los intereses del hijo se ven demasiado reducidos, porque, aun en el caso de que la madre pueda hacer mucho por él, se le sustrae al niño ya de antemano y conscientemente su derecho a tener un padre y a gozar de la intimidad de una familia. El hecho de que en realidad haya muchos niños que se críen sin padre no es motivo para que a uno se le prive intencionadamente de él. En pocas palabras: de esta manera, el niño se reduce a un mero medio egoísta para la felicidad vital de la madre.

1.4. INSEMINACION ARTIFICIAL MEDIANTE EL SEMEN DEL PROPIO MARIDO

Esta modalidad puede plantearse como posible, cuando en un matrimonio no se pueda realizar el acto conyugal normalmente o cuando, a pesar de que se dé normalmente, no se llegue a la fecundación, lo cual puede ser por defectos en el organismo genital, complejos psíquicos o falta de fecundidad del semen. En la línea de la norma fundamental

anteriormente aludida, se presupone que: 1) no se puede suprimir la causa de la infecundidad, o bien que la terapia dirigida a dicha supresión implicaría por las razones que sean, más dificultades que la inseminación artificial; 2) que se intenta investigar sobre todo si ambos cónyuges están en situación de asimilar este fenómeno desde el punto de vista psicológico (por lo cual sería justo ciertamente emplear la inseminación artificial como medio para salvar a un matrimonio que marcha bien). No se contribuiría a la felicidad del matrimonio, si pudiera temerse que este método traería graves conflictos internos a uno de los cónyuges. Pero, en caso de que esté garantizada la felicidad del matrimonio y además se vea fomentada de esta forma y al mismo tiempo se respetasen los intereses de la prole, una inseminación artificial de este tipo se puede justificar éticamente.

1.5. INSEMINACION ARTIFICIAL MEDIANTE EL SEMEN DE UN TERCERO

Aquí ya cambian las cosas en relación con el caso de inseminación artificial mediante el semen del propio marido. Esta otra posibilidad sólo puede traerse a consideración en el caso de infecundidad absoluta e insuperable del marido, o bien por razones eugenésicas, es decir, cuando hay malas perspectivas para la salud y la

vida del hijo, por ejemplo cuando hay factores hereditarios desfavorables en el marido, o también en caso de antagonismo en el factor RH.. Diversas tomas de postura por parte de los médicos² rechazan esta clase de inseminación artificial, pese a que no desean verla sometida al derecho penal. La mayoría de las iglesias protestantes adoptan un punto de vista negativo. Pío XII la condenó sencillamente, no sólo porque se cuenta entre los diversos modos de inseminación artificial propiamente dicha, sino porque además es incompatible con el matrimonio y con su unicidad.

No se puede acusar sin más de frivolidad frente al matrimonio a los defensores de esta inseminación artificial, pues acusan un proceder muy responsable en dependencia de ciertos presupuestos importantes. Independientemente de las razones favorables que se aducen para fundamentar la inseminación artificial mediante semen del propio marido, Levic³ refiere, para el caso de la mediación de un tercero, otras razones que pueden resumirse del modo siguiente: 1) el marido tiene que haber olvidado que es incapaz de engendrar hijos, y además tiene que poder olvidar que su mujer ha concebido un hijo de otro hombre, lo cual resultará sin duda extremadamente difícil; 2) no

² Kunstmatige inseminatie bij de mens (Rapport van de Gezondheidsraad en van de Commissie K.I.). Den Haag 1965.

³ L.H.LEVIE, Kunstmatige inseminatie bij de mens. Amsterdam 1966.

basta con que el marido dé su consentimiento a esta forma de inseminación artificial, sino que además debe tener una actividad positiva para tener un hijo de esta manera; 3) es necesario que el tercero, el hombre que dio el semen, permanezca absolutamente en el anonimato, y esto por el bien, tanto del marido como del hijo; especialmente para el hijo sería un shock muy grave conocer un día cuál es su verdadero padre; 4) el nombre de quien aportó el semen ha de mantenerse en secreto, tanto para la mujer como para el marido, pues de lo contrario podrían surgir relaciones personales de muy variada complicación.

1.6. DIFICULTADES QUE TAL VEZ SE PUDIERAN SUPERAR

Aun en el caso de que se cumplieran todas las condiciones anteriormente indicadas, no se podría justificar sin más éticamente la inseminación artificial mediante el semen de un tercero. Todavía queda toda una serie de problemas muy graves.

Así, por ejemplo: ¿no experimentará el marido complejos de inferioridad con las consecuencias que habrían de producirse fácilmente en la mujer y en el hijo? Yo creo que siempre persistirá el peligro; si bien, según las investigaciones de Levie, no ocurre necesariamente así, ni de hecho ha ocurrido. Sin embargo, yo me pregunto (con

Treffers) si se le puede atribuir mucho valor a semejantes investigaciones: "¿se puede esperar de un hombre -que ha adoptado más o menos conscientemente una postura ambivalente ante el hijo engendrado de esta manera- que sea capaz de declararlo patentemente?; ¿se puede esperar de una persona que sea perfectamente consciente de haber tomado en otro tiempo una decisión errónea, que constate esto por escrito y se lo comunique así a otro?

Hay que llamar la atención sobre el riesgo que corre el hijo en todos aquellos casos en los que está inseminación artificial no fue perfectamente asimilada por el matrimonio o en aquellos casos en los que no se guardó el secreto debido. Aunque haya que contar con ello, me parece que no se podrá fundamentar una recusación absoluta de esta forma de inseminación artificial. El elemento de lo "no-natural" y lo técnico en el acto de engendrar a un hijo no es de por sí suficiente para designar necesariamente a esta forma de concepción como indigna del hombre. Por el contrario, todo esto depende más bien de qué intenciones se abrigan y de qué forma se actúa.

Por lo demás, desde el punto de vista jurídico el hecho de que el padre legal y el padre natural no sean el mismo no significa necesariamente una dificultad insuperable. La ley se puede adaptar, mientras pueda demostrarse como éticamente fundada una mutación legal de este tipo.

Por último, en lo que respecta a la genética, naturalmente que existe un riesgo normal de que el hijo engendrado de esta forma nazca con determinadas anomalías. Por ello el matrimonio debe estar dispuesto a aceptar este hecho. Además, existe el peligro de que, sin saberlo, se cancelen ciertos parentescos de sangre (medio hermano y medio hermana que procedan del mismo dador de semen). Si bien será muy raro que esto ocurra, habrá que pensar no obstante en ello y habrán de tomarse las medidas oportunas. Pero tampoco es ahí donde radica un motivo suficiente para una recusación absoluta de la inseminación artificial mediante el semen de un tercero.

En realidad, no se trata de una situación absolutamente nueva, pero se le está dando un especial relieve como consecuencia del desarrollo de todas las nuevas técnicas de procreación asistida. Los casos de mujeres embarazadas, sobre todo soleras, que llevan a término una gestación no deseada, para, finalmente, mediante una retribución económica, dar el niño a una pareja estéril, que se hace cargo del niño - e incluso aparece desde el principio como de sus padres legales-, están en claro paralelo con lo que hoy llamamos maternidad subrogado o sustitutiva. Estos casos se han dado En España y en otros países.

Pero, al mismo tiempo, el desarrollo de la IA y de la FIV

han creado situaciones nuevas en este campo. Así, por ejemplo, el caso de una mujer que no puede llevar adelante el embarazo como consecuencia de determinadas patologías uterinas; es posible que otra mujer pueda ser inseminada por el marido de la primera, comprometiéndose a dar el niño después del nacimiento a sus futuros padres legales. En este caso, el niño estaría en una relación asimétrica, de signo contrario a la que veíamos a propósito de la IAD: habría recibido los factores genéticos de su padre legal, pero no habría recibido de su madre legal ni los factores hereditarios ni la relación durante el embarazo.

El desarrollo de la FIV podría también permitir en el caso citado para otra posibilidad, que el nuevo ser fuere concebido en el laboratorio con gametos de sus futuros padres legales, aunque su gestación se realizase después en la madre subrogada. En este tema pueden darse otras posibles variantes que no creemos oportuno exponer ahora. Si nos parece relevante subrayar que el recurso a la maternidad subrogada pueda darse no sólo por razones médicas o terapéuticas. Podría también acudir a esta forma de maternidad por razones personales de la futura madre legal: desde razones que pueden aparecer como respetables hasta otras de carácter individualista y egoísta (por ejemplo, para evitarse las cargas y molestias del embarazo).

Los informes de los distintos países son unánimes en adoptar una actitud francamente crítica o negativa respecto de la maternidad subrogada. Además de las razones que luego expondremos, hay una doble razón que desempeña un papel importante en esa actitud negativa generalizada. Por una parte, hay que citar las dificultades intrínsecas inherentes a este tipo de contrato. Y por otra, la convicción jurídica de que debe darse preminencia a la maternidad de gestación sobre la maternidad genética, algo que ya reflejaba el viejo adagio "partus sequitur ventrem" (el parto sigue al vientre) es decir, "madre es la que da a luz".

Se están citando una serie de casos de maternidad subrogada. Los más famosos y representativos son, por una parte, el de Kim Cotton, que se prestó a una maternidad subrogada en beneficio de una pareja estéril y después de haber sido inseminada artificialmente con semen del futuro padre legal del niño. Obtuvo por su prestación aproximada de 1.300.000 Dólares, además de un pingüe beneficio adicional, como consecuencia de la venta exclusiva a una revista del corazón. El segundo caso se dio en Francia y se realizó sobre una base filantrópica, no económica: una mujer casada que no podía llevar adelante el embarazo fue ayudada por su hermana, que se prestó para que en ella tuviese lugar la gestación, entregando posteriormente el

niño a su hermana estéril.

Se han dado muchas razones en favor y en contra de la maternidad subrogada. Se recuerda un debate en la televisión alemana en la que estaban presentes una mujer que deseaba tener un hijo mediante subrogación y otra que estaba dispuesta a "alquilar" su útero. Esta subrayaba el servicio social y humano que deseaba prestar..., aunque tampoco dejaba de lado la compensación económica que juzgaba lógico recibir por su prestación. Algún autor ha indicado que esta disponibilidad a prestar su útero se da con cierta frecuencia en mujeres que previamente han recurrido al aborto. Es claro el significado psicológico inherente a tal disponibilidad. un intento de superar el sentimiento de culpabilidad por el aborto provocado.

Consideramos que, en contra de la maternidad subrogada, existen fundamentalmente dos argumentos por los que esta práctica, desde el punto de vista ético, no es aceptable:

a. En primer lugar, hay que hacer referencia a su carácter lucrativo. hay algo profundamente repugnante en convertir una de las experiencias más bellas y humanas de la mujer, la de la gestación -con todos los lazos que va creando con el nuevo ser-, en un proceso sometido a las leyes de compra y venta (o de alquiler y pago de renta). Hay una línea

ética de pensamiento, presente en otros problemas de bioética, que subraya que lo que está íntimamente relacionado con la vida humana no puede situarse en un plano económico regido por las leyes de la oferta y la demanda.

Así, por ejemplo, la ley española de extracción y transplantes de órganos, favorece la donación de órganos procedentes de cadáveres o en su caso, de un donante vivo, pero se excluye lo que pudiese significar, por ejemplo, una comercialización de riñones o de córneas. La misma tendencia se observa, como veíamos antes, en la donación de semen o de embriones y debería estar presente también en la donación de plasma sanguíneo.

En la misma línea consideramos que, desde el punto de vista ético, no puede venderse el embarazo, ni alquilarse un útero, con el fin de obtener una retribución económica⁴. Desde planteamientos de inspiración feminista se han formulado grandes críticas a la maternidad subrogada por lo que incluye de degradación del cuerpo de la mujer, que se sitúa al nivel de una incubadora en que tiene lugar el embarazo. La argumentación de fondo, coloreada desde planteamientos feministas, es la misma que hemos indicado.

⁴ En uno de los casos reseñados de maternidad subrogada, una mujer se compró un coche nuevo con el dinero conseguido por el "alquiler de su útero".

b. Un segundo importante argumento en contra de la maternidad subrogada brota de la importancia de la relación madre-hijo que ya se instaure durante el embarazo. Cada vez se está insistiendo más en que durante la gestación el feto va desarrollando un incipiente psiquismo por el que es sensible antes del nacimiento a muchos de los acontecimientos de la vida de la madre y, sobre todo, a sus estados emocionales. Desde el planteamiento ético, que hemos subrayado como fundamental a lo largo de estas páginas - el énfasis en la búsqueda del máximo bien posible del niño que va a nacer-, salta a la vista el previsible impacto negativo de un embarazo asumido por la madre con el fin de verse libre de él para conseguir la deseada remuneración económica.

Queda, finalmente, por tratar el caso protagonizado en Francia por las dos hermanas en las que se realizó la subrogación sin implicaciones económicas, por razones filantrópicas. En este caso, puede pensarse también que la relación entre la madre gestante y el niño puede ser idónea, ya que el hijo que va a nacer va a quedar en el ámbito familiar y va a ser criado por la hermana de la madre sobrogada. El problema ético es aquí más complejo. Se puede argüir en contra de este caso, insistiendo en que el embarazo crea siempre entre la madre y el hijo unos lazos tan profundos e íntimos, que resulta inaceptable que el

niño acabe siendo donado a otra mujer distinta, por muy vinculada que esté a la madre gestante.

2. CONSIDERACIONES JURIDICAS

Para el análisis del tema que nos ocupa, considero menester hacer las siguientes precisiones a fin de tener una claridad basado mas en la fuente de la Legislación que en el criterio personal, ético y particular de cada uno de nosotros.

2.1. CONSTITUCIONALMENTE

Capítulo II, de los Derechos Sociales, Económicos y culturales.

"Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad..."

Inciso 4. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

"Artículo 113. El matrimonio es un contrato solemne por el

cual un hombre y una mujer se unen, con el fin de vivir juntos de **procrear** y auxiliarse mutuamente".

"Artículo 273. El hijo natural podrá ser adoptado por su padre o por su madre. También podrá ser adoptado conjuntamente por su padre o madre natural y su cónyuge.

- Alquiler, sinónimo de arrendamiento:

"Artículo 1974. Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorpóreas, que puedan usarse sin consumirse, excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar (un bien embargado o secuestrado. El derecho de alimentario o los bienes de uso público) y los derechos estrictamente personales como los de habitación y uso.

"Artículo 44. "...serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, **venta**, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos..."

- Familia:

Grupo de personas unidas entre sí por vínculos naturales y jurídicos, de los cuales brotan derechos y obligaciones. Constituye el elemento fundamental de la sociedad, por cuanto es la más antigua célula jurídico-social de la historia del hombre.

Según la doctrina, las normas que estructuran el llamado **derecho de familia** tienen un marcado contenido moral, son de orden público y poco a poco van saliendo de la esfera tradicional del derecho privado para adentrarse en el campo de la normatividad pública y social.

Junto a la familia que brota de la pareja unida por matrimonio -llamada en la jurisprudencia y en la doctrina familia legítima- también existe el grupo familiar surgido de relaciones extramatrimoniales. Una y otra célula tienen derecho a la protección del Estado. En las legislaciones modernas, entre ellas la colombiana, han ido desapareciendo las injustas y odiosas discriminaciones entre los hijos nacidos de una unión autorizada por la ley y los que son engendrados fuera del matrimonio. También se han dictado en los últimos años normas que protegen a la madre soltera y garantizan la paternidad responsable⁵

2.2. CODIGO CIVIL

¿Qué es persona?

Artículo 73. ...las personas son naturales o jurídicas.

Artículo 74. ... son personas, todos los individuos de la especie humana..."

Del principio de la existencia de las personas:

Artículo 90. ... La existencia legal de las personas principia al nacer, esto es, al separarse del vientre de la

⁵ DICCIONARIO JURIDICO. p.227

madre...".

La maternidad:

La circunstancia de ser una mujer la verdadera madre del hijo que, ante la sociedad se da como suyo, constituye la maternidad; es un hecho tangible, susceptible de prueba directa, mediante el cual el hijo adquiere vida propia, independiente de la de su madre. El nacimiento se denomina comúnmente parto e implica la separación total del vientre materno. La maternidad es el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo (C.C. art. 335).

La maternidad legítima exige la configuración de tres elementos:

a. Que una mujer dio a luz un ser (hecho visible del parto).

b. Que el ser que se pretende hijo legítimo de esa mujer acredite su identidad, vale decir, que es el mismo dado a luz por la madre de quien se pretende hijo.

c. Que existía un vínculo matrimonial, en el tiempo en que se presume la concepción, con el padre del hijo.

Prueba de la maternidad legítima. La maternidad, en razón de los elementos que la componen, supone la demostración de tres hechos: a) el parto, por el embarazo que lo precede y por la presencia de personas que lo verifican, se prueba en forma directa y se conoce generalmente en la respectiva acta de nacimiento; b) la identidad del parto se acredita por la posesión notoria del estado, lo cual es consecuencial del hecho del nacimiento y se prueba con el acta del estado civil. Evidentemente, cuando la madre ha criado y educado al hijo, a todo mundo constará que quien se pretende hijo legítimo es el mismo dado a luz por la madre en determinada fecha; c) el tercero, o sea la existencia del matrimonio en la época de la concepción; se acredita con el acta de matrimonio.

Objeto lícito: la cosa que se pretende.

Causa lícita: motivo que induce a la cosa.

2.3. CODIGO DEL MENOR

Capítulo 3º. Principio rector

Artículo 18. Las normas del presente código son de orden público y por lo mismo, los principios en ellos consagrados son de carácter irrenunciables...

Artículo 95. No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer, excepto: 1) Si fuere pariente del adoptante, hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 2) Si fuere hijo del cónyuge del adoptante.

La legislación colombiana, tratándose de lo que se conoce como la Gestación subrogada o maternidad sustitutiva, más comúnmente conocida como "alquiler de vientre" no tiene ningún tipo de comentario o anotación. Ya sea en la Constitución, Código Civil o Código Penal, o incluso comercial, que lo prohíba, es de todos conocido el precepto de que lo que no está prohibido está permitido, por lo tanto me permito hacer un esbozo de orden legal y el porque si debe legislarse sobre esta materia.

Como bien sabemos, el núcleo de la sociedad es la familia, sea ésta conformada de manera legal o de hecho, su función primordial es la de procrear, función esta que se sale ya del ámbito legal. Para llegar al ámbito meramente animal de la preservación de la especie.

Y es allí, donde se comienza percibir el problema social, ya que familias sin hijos no son bien vistas y son solapadamente censuradas.

Estas parejas pueden recurrir a la adopción, que es la forma legal de tener descendencia o a un tratamiento médico como la FIV o la IAD o la IAC, pero por qué negarse a tener un hijo, con el cien por ciento de la información genética de la pareja, cuando ella por cualquier problema no puede gestar dentro del útero de la mujer el fruto de su óvulo, con el esperma del hombre. Si lo que nos enorgullece como personas y como padres, es el hecho de que nuestro hijo se parezca a nosotros, o a qué padre no le enorgullece escuchar "qué niño igualito a su padre" o más coloquialmente, "hijo de tigre sale pintado" así sea cuando el infante realiza una acción reprochable o censurable, fruto de una malcrianza, o cuando saca el mismo oído musical familiar, pregunto, a qué padre no le gusta oírlo?

Teniendo en cuenta que la mujer relacionada es la aportante del óvulo que contiene el 50% de la información genética y el hombre relacionado el aportante del otro 50% de la información, también teniendo en cuenta que la mujer relacionada no aporta ningún elemento de orden genético material, se hace esta la mejor forma o por lo menos la más cercana a poder decir "hijo mío".

Ahora, examinando a la luz de la legislación, el alquiler de vientre, nombre poco científico y nada jurídico, la palabra alquiler es un sinónimo de arrendar, tecnicismo

jurídico que denota la voluntad de dos partes en beneficiarse mutuamente mediante un acuerdo en el cual uno entrega o da una cosa para el uso y goce sin la transferencia de la titularidad y el otro la recibe, previo el pago de un valor anteriormente estipulado devolviendo la cosa en las mismas condiciones en que las recibió, al momento de terminar el contrato.

Estamos ante lo que denominamos "un contrato de arrendamiento"; ahora, examinemos sus características:

El arrendamiento es un contrato:

- Bilateral. Existen dos partes, una es la familia relacionada arrendadora y la otra es la mujer no relacionada o arrendataria;
- Consensual. Muy seguramente con la situación económica de nuestro país y en general de América Latina, no será muy difícil hallar a alguien "dispuesto a colaborar" o a dar su "consentimiento". y por obvias razones, la familia relacionada, que es la interesada, no solamente dará su consentimiento, lo desea en grado mayúsculo.
- Oneroso. La arrendataria recibiría una suma previamente estipulada por su efectiva colaboración; además, le sería

asegurado durante el tiempo de la gestación su bienestar (vivienda, alimentación, servicios médicos y demás que se necesitare) y los arrendadores recibirán el fruto de la gestación: un niño.

- Principal: No se necesitaría de otro contrato para que tuviera vida legal.

- Nominado: Es aquí donde debería hacerse la modificación ya que éste no se encuentra regulado en ninguno de los códigos actuales como un contrato.

Ahora, en cuanto a los requisitos de los contratos, examinémoslos:

- La capacidad. Se debería normar que se exija para la arrendataria, un mínimo de 18 años cumplidos, antes de la inseminación y previa información hecha por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

- Consentimiento. Este requisito no amerita mayor explicación, ya que se trató en la consensualidad.

- Objeto lícito. Este se confunde con la cosa, pero debemos tener en cuenta los siguientes requisitos:

1. Que sea físicamente posible. Al inicio de este trabajo se enuncia la forma de hacerlo posible.

2. Que sea moralmente posible. Es aquí donde se presenta el verdadero problema de esta posición, ya que nuestra filantropía en este caso es egoísta y excluyente; qué puede ser más lícito que el deseo de un hijo; resulta odioso pensar en comprar un niño, porque reduciríamos al hombre a una mera mercancía del mercado al mejor postor. Pero si lo pensamos con detenimiento, por lo que se pagará no es por la criatura, sino por un servicio que de momento, sólo está en capacidad de suministrar una mujer. Crudamente sería como cuando usted lleva los elementos para la construcción de un objeto. La fábrica se encarga de recibir el material y con sus herramientas y medios le elabora un producto final, con todas las técnicas, porque debe ser un producto que le satisfaga. Y usted, muy contento y satisfecho, paga por los servicios. Más adelante volveremos a tocar este tema, pero ya desde la órbita de la ética, que es en últimas la verdadera objeción a este contrato.

3. Que sea lícito. O sea, no prohibido por la ley ni contrario al orden público; planteamos nuevamente aquella máxima jurídica: lo que no está prohibido, se considera permitido. Haciendo una búsqueda minuciosa en los códigos, la Constitución y las leyes, lo único que se pudo encontrar

en contra de la libre disposición del cuerpo humano para lucro personal, fue el artículo 7º de la Ley 73 de Diciembre de 1988: "Disposiciones en materia de donación y trasplantes de órganos y componentes orgánicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos" que a la sazón, dice:

"Prohíbese el ánimo de lucro para la donación o suministro de los componentes anatómicos a que se refiere la presente ley. En consecuencia, la utilización de los mismos no puede ser motivo de compensación alguna en dinero o en especie", como también su decreto reglamentario 1172 de Junio 6 de 1989 emanado del Ministerio de Salud, que en su artículo 17 manifiesta: "En el presente decreto prohíbese cualquier retribución o compensación por los órganos y componentes anatómicos destinados a ser trasplantados o para otros fines terapéuticos, docentes o de investigación".

Como se puede ver, estas disposiciones por ningún lado hablan de alquiler o arrendamiento de ningún órgano; hablan de trasplantes, separación del cuerpo del órgano o componente.

4. En cuanto al orden público, que viene a ser una suma de bienes de naturaleza política, jurídica y moral que sirve de apoyo y protección a la vida social, porque constituye los presupuestos mínimos indispensables para que exista la

justicia, paz y moralidad; para que una sociedad civilizada mantenga su libre desarrollo y continuidad, nuevamente la vemos dentro de lo ético, de las normas mínimas exigidas para la convivencia de otros seres humanos semejantes y con quienes nos correspondió compartir por haber nacido dentro de un mismo concepto de país.

5. La causa lícita. Que es el motivo que induce a las partes a la realización de este contrato. ¿Podrá ser ilícito el deseo de tener un hijo?

3. CONSIDERACIONES ETICAS

Las intuiciones éticas que se nos han transmitido aparecen hoy día, debido a la mutación de nuestra idea del hombre y del mundo, sometidas a una profunda revisión crítica.

El verdadero problema que nos plantea el progreso científico-técnico no consiste en los medios ni en los métodos en cuanto tales, sino sobre todo en la determinación de los fines, es decir, en conocer a ciencia cierta cuáles son los intereses que nos impulsan. Aquí no basta con hacer referencia a un ordenamiento inmanente objetivo. Lo esencial no es qué se ha hecho del hombre, sino qué es lo que puede hacer el hombre con aquello que se ha hecho de él ⁶.

La medicina, considerada como asistencia metódico-sistemática del hombre enfermo, lleva la impronta de lo normativo. De ahí que no le esté permitido llevar a cabo todo aquello de lo que es capaz. Sobre esto apenas si puede

⁶ SARTRE, Jean Paul.

darse una duda razonable. Sin embargo, eso no constituye de por sí una respuesta concreta a lo que un médico debe hacer y a que toda cultura tiene sus normas éticas determinadas y concretas. Aunque sean diferentes conforme a la época, el país y las características particulares de cada pueblo, coinciden, sin embargo, en estar al servicio del transcurso ordenado de la vida en común. En todo sistema normativo se manifiesta la voluntad de formar una comunidad en la que tengan vigencia determinados valores humanos, pues en esa voluntad se esconde, explícita o implícitamente, una imagen concreta del hombre y de la realización de la convivencia humana. Las ideas éticas vigentes en esta comunidad encuentran su expresión concreta en determinadas normas, leyes y reglas de conducta, orientadas a la consideración de tal sociedad como realidad vinculable.

Tan es así que, el Congreso de Colombia el 18 de Febrero de 1981 expide la Ley 23, por la cual se dictan normas en materia de ética médica y considero que en un ámbito visionario de nuestros legisladores en el Capítulo 1º de la declaración de principios. Artículo 1º inciso 1º podemos leer:

"La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el **perfeccionamiento de la especie humana** y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-

social, racial, político o religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes".

3.1. PROBLEMAS ETICOS

Viola la autonomía del ser humano y los derechos que el feto tiene como persona humana. Para algunos ofende la dignidad humana y el derecho que se tiene a ser concebido, gestado y educado por los propios padres. La gestación subrogada conlleva riesgos en el desarrollo del embrión y el feto que pueden ser nocivos y comprometen su integridad como persona. Cabría preguntarnos: ¿Qué sucedería legalmente a unos esposos que contratan una gestación subrogado. Al nacer, el niño presenta múltiples malformaciones congénitas. Los esposos no aceptan el niño alegando que los trastornos son debidos a descuidos de la gestante en los primeros días de la gestación.

La gestación subrogada crea una situación en la cual una persona, en este caso, la gestante es "usada" como medio por otros para lograr un bien: el hijo. ya veíamos el principio kantiano por el cual ningún ser humano puede ser tomado como medio.

Se plantea la pregunta de si la gestante subrogada puede tomar determinaciones personales como abortar, y si los contratantes pueden exigirle a ella no hacer acciones que ellos consideran nocivas para el feto como no fumar, abstenerse de licor, etc.

En el caso de la gestación subrogada no se está contratando solamente una actividad fisiológica sino unos afectos que la madre comparte con el hijo durante el embarazo y el parto. Por ello la subrogación sería similar a la prostitución, en la cual se compra una acción humana para lograr un placer, o a la contratación de mercenarios, en la cual por dinero se negocia un sentimiento patrio, aun a costa de la vida del soldado.

El pago que se da a la gestante constituye, o una compra del niño, igual que pagar a los padres por la adopción lo cual no es ético, o una remuneración por una acción biológica igual a recibir dinero por donar un órgano o sangre lo cual tampoco es permitido por atentar contra la integridad y la autonomía de la persona humana.

Indudablemente que el dinero impone obligaciones que muchas violan la autonomía y la libertad de la gestante. El contrato que se hace en estos casos para algunos no tiene validez porque enajena a una de las partes en su autonomía,

amén que lo permutado son sentimientos que no pueden ser materia de contrato legal.

Altera la relación entre padres e hijos. La gestación es parte importante del proceso procreador y tiene repercusiones en el desarrollo físico y psíquico del hijo.

La gestación subrogada al suprimir esta etapa del desarrollo interfiere en la relación padres-hijo con perjuicio de ambas partes.

El diálogo más allá de las palabras que se instaura entre la madre y el hijo sin nacer, el contacto de ambos antes y en el parto, son elementos importantes para el desarrollo del ser humano.

Con la gestación subrogada puede darse el caso de un niño que tenga relación de progenie con cinco personas: el que dio el semen, la que puso el óvulo, la mujer que lo gestó y los dos padres que lo van a criar.

La alteración de la relación padres-hijo a veces se vuelve dramáticamente dolorosa como fue el sonado caso de Baby Doc: una pareja solicitó a una mujer gestar al hijo pero al nacer microcefálico no quisieron recibirlo. Luego vino un largo proceso en el cual el niño fue huérfano sin nadie que

quisiera asumir su paternidad.

Otras veces sucede lo contrario. la gestante crea vínculos tan fuertes con el hijo que rehúsa entregarlo a los que pidieron la gestación, creando situaciones donde el niño es colocado entre conflictos de interés.

Trastorna la relación de los esposos entre si. todo el proceso procreativo desde la concepción hasta la crianza del hijo tiene acciones que unen a la pareja entre sí. La gestación subrogada al separar parte del proceso altera la relación de los esposos, la fidelidad conyugal, el amor materno y la paternidad responsable.

CONCLUSIONES

- Muchos de los problemas legales que surgen de la gestación subrogada aún no se han aclarado. Sin embargo ya se han dado sentencias que dan pautas en situaciones tan complejas. Algunos juzgan que el hijo nacido por gestación subrogada pertenece a los padres que la contrataron y no a la madre gestante, ya que este es meramente el medio y la información antro-po-heredo-biológica de los padres relacionados.

- El dinero que se paga no puede considerarse como el precio del niño sino el aporte para cubrir los gastos que la gestación subrogada demanda. No debe buscarse una ganancia monetaria en la subrogación sino prestar ayuda a unos semejantes en el proceso procreador. Si esto se hace por dinero sería una prostitución en el pleno sentido de la palabra y por otro lado la compra de un ser humano.

- La motivación para hacer una gestación subrogada debe ser muy razonable por parte de la pareja que la demanda. Las

causas médicas tienen verdadera justificación, las causas sociales no tanto. Motivaciones tan caprichosas como el temor a perder "la silueta", evitar las molestias de la gestación o no tener interferencia con su trabajo, no son razones para una gestación subrogada. Esto es una inversión de valores. Es colocar el dinero, la comodidad, la belleza corporal por encima de la noble actividad procreadora.

- Es necesario establecer una legislación que regule las situaciones para evitar conflictos que perjudican al niño igual que a los padres involucrados en esto.

- Los avances de la medicina harán que la gestación subrogada tenga los mínimos riesgos para la gestante y la criatura. Debe asegurarse un óptimo desarrollo de la gestación para no producir trastornos en el futuro del ser gestado.

- Es necesario que el concepto de paternidad y maternidad sean amplios, basados en un concepto humano y no ligados solamente a una acción física y jurídica.

- Si una mujer acepta la gestación subrogada debe hacerlo con la intención de ayudar a sus semejantes en el noble proceso generador.

- Cuando una pareja conviene una gestación subrogada debe hacerlo con responsabilidad para asegurar el bienestar material y espiritual en la crianza del nuevo ser.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BARRI, Pedro. El libro de la sexualidad. Fascículos 22. 1995. El Tiempo. p.254-255.

BERHARD, Honng; ESTEBAN LATOR, Alejandro. Etica. Medellín: Serigráficos. p.20-26 y 234.

BONIVENTO, Fernando; ALEJANDRO, Jose. Los principales controles civiles. 7 ed. Santafé de Bogotá: Librería del profesional. p.302, 420.

GAFO, Javier. Hacia un mundo feliz? En: Revista ARTes Gráficas. p.108-118.

GARCIA PELAYO y GROSS, Ramón. Pequeño Larousse Ilustrado. Buenos aires: Larousse. 1988.

KRIFFER, George. Bioética. 1 ed. España-Illinois. Alambra. p.49-52.

TORNALD, Ewe. Conceptos actuales de ingeniería genética.
Boheringer Ingelheim. p.41.

TORRES ORTEGA, Jorge. Código Civil. 17 ed. Santafé de
Bogotá: Temis. p. 87, 98, 153, 884, 926, 973.

VELEZ CORREA, Luis Alfonso. Etica Médica. Medellín:
Serigráficos. p. 20-26 y 334.

YAYA MARTINEZ, Victor Manual. Constitución Política de
Colombia y Código Contencioso Administrativo. Santafé de
Bogotá: Fundación Jurídica Colombiana. 1992. p. 19 y 20.

UNINORTE. Biblioteca.

I.S.S. Biblioteca

Biblioteca Piloto del Caribe. Corp. Luis Eduardo N.