

**LA MATERNIDAD SUBROGADA UN PROBLEMA DE LA FILOSOFÍA DEL
DERECHO CONTEMPORÁNEO (PARADIGMAS ENTRE BIOÉTICA Y EL
BIODERECHO)**

LUZ GLADYS DUARTE MOLINA

CODIGO 41980584

HERNAN ALBERTO PASCUALY GOMEZ

CÓDIGO 41980720

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
MONOGRAFÍA DE GRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
BOGOTA D.C.,
2013**

**LA MATERNIDAD SUBROGADA UN PROBLEMA DE LA FILOSOFÍA DEL
DERECHO CONTEMPORÁNEO (PARADIGMAS ENTRE BIOÉTICA Y EL
BIODERECHO)**

**LUZ GLADYS DUARTE MOLINA
CODIGO 41980584**

**HERNAN ALBERTO PASCUALY GOMEZ
CÓDIGO 41980720**

**Trabajo de grado para optar al título
De abogado
Director de monografía
Dr. Alejandro Marcelo López**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
MONOGRAFÍA DE GRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
BOGOTA D.C.,
2013**

Nota de aceptación:

Firma presidente de jurado

Firma de jurado

Firma de jurado

Bogotá, D.C., 2013

Dedicado

A mis padres por su apoyo incondicional y a mis docentes por brindarme su valioso conocimiento para poder llegar a feliz término este trabajo de investigación; por último a mis compañeros de pregrado por su constante apoyo y paciencia.

AGRADECIMIENTOS

A mis Padres por su apoyo absoluto e inquebrantable

Al Dr. Alejandro Marcelo López Director del proyecto

A la UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA

A todas aquellas personas que de una u otra forma colaboraron en la elaboración de este Trabajo de Investigación.

CONTENIDO

Introducción

CAPÍTULO PRIMERO. *PROYECTO DE INVESTIGACION*

PROBLEMA DE INVESTIGACION

Hipótesis

Justificación

Objetivo general

Objetivos específicos

Resultados esperados

Estado del arte

Marco teórico

Marco jurídico

Marco histórico

Estrategia metodológica

Enfoque investigativo

Tipo de investigación

Cronograma

CAPÍTULO SEGUNDO, *LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO PROBLEMA*

CAPITULO TERCERO *PARADIGMAS ENTRE BIOÉTICA Y EL BIODERECHO. (LA REPRODUCCIÓN Y EL LINAJE)*

**CAPITULO CUARTO *LA SOBREPoblación EN COLOMBIA, Y LOS
PROBLEMAS DE ADOPCIÓN***

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

CAPITULO PRIMERO

Proyecto de investigación

La maternidad subrogada un problema de la filosofía del derecho contemporáneo (paradigmas entre bioética y el bioderecho)

Introducción

El Derecho, además de definirse como un “conjunto de normas que rigen una, sociedad”, (Raymond guillin, 2001, pág. 140), es también una herramienta indispensable como mecanismo de dominio por parte de un grupo determinado de individuos que ostentan el poder, y que además de imponer unas reglas, tiñen de manera superficial al ser humano de conductas que son ineficaces para una sociedad que vive en constantemente cambio.

No es para nadie extraño que las leyes Colombianas son de carácter *coercitivo* que llevan insertadas conductas que involucra en muchos casos problemas de índole *moral* y donde está-la moral- es requisito *sin quantum*, como sinónimo de *Derecho*. Cobrando así fuerza las palabras

de H.L.A Hart en su libro titulado *“El Concepto de Derecho”* en donde plantea que: *“No solo el derecho y la moral comparten un vocabulario, de modo que puede hablarse de obligaciones, derechos y deberes morales y jurídicos; también todos los sistemas jurídicos nacionales reproducen la sustancia de ciertas exigencias morales fundamentales.”*(Hart, 1961, pág. 9). Y que en palabras de la corte constitucional *“No es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico. Hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social (...).”* (sentencia., 1994.)Entrando lo anterior en contradicción con lo establecido por el *código civil colombiano* en su artículo 8, donde plantea o define que es *costumbre contra ley* y en donde considera que *“la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni practicar, por inveterada y general que sea”* (Legis Editores, S.A, 2000.)

Problema de investigación

La presente investigación, tiene como fin tratar -si es posible- de demostrar, que debido a los vacíos existentes en la normatividad colombiana, es urgente que el gobierno de nuestro país -y en este caso el congreso- se pronuncie respecto al tema de los *vientres alquilados*, y cumpla a carta cabal con lo establecido por la carta magna de 1991, en su artículo 150 en el numeral 1º, en donde dice que: *“corresponde al congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes funciones: 1-) interpretar, reformar y derogar las leyes”* (Editorial Temis, 1996, pág. 54). Pues es un problema que repercute en toda la sociedad y que en lugar de ser discutido de manera más amplia, lo que se hace es estigmatizar este tipo de conductas, y en donde los argumentos que se esgrimen, desde una óptica conservadora, es que dichas conductas son formas *‘pervertidas del ser humano’*; rompiendo lo anterior, con uno de los principios constitucionales establecidos en el artículo 15; que expone: *“toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.”* (Editorial Temis, 1996, pág. 12).

Hipótesis

Lo anterior, nos lleva a pensar que en la mayoría de casos el problema de una *interpretación judicial* sobre los *vientres alquilados*, gira en torno a una confusión conceptual en donde se ve impregnada la ley de aspectos *morales* que impiden a los Juristas de un *Estado* poseer una información clara respecto del tema asiendo de lado las reflexiones *éticas y bioéticas* que dicho problema acarrea; y en donde se debe plantear un cambio en el *paradigma jurídico*, mediante la implementación de una lectura *hermenéutica* de la ley como herramienta fundamental para realizar una sana crítica a lo que hoy entendemos por *Derecho, bioderecho*, y donde el fin ultimo¹ es el de buscar una sociedad más igualitaria y democrática.

¹Aristóteles, *ética Nicomaquea y ética Eudemia*, Libro Primero I sobre la felicidad. Pagina 131 edit. Gredos 1985.

Justificación

El tema de la *maternidad subrogada* tiene antecedente bastante antiguo, que son fáciles de constatar en el *Derecho Romano* y que si queremos ir más lejos, tenemos el caso del primer *vientre alquilado* que viene de la época de las tribus de Israel. Este caso lo encontramos en el antiguo testamento y especialmente en el *Génesis 16 versículos 1, 2,3* en donde se narra la historia de *Agar* una esclava de *Sarai*, que por decisión de su protectora, se toma la determinación que dicha esclava *preste su vientre* para poder seguir con el linaje de Abraham². Esto es lo que hoy en día se denomina como *“maternidad subrogada”* y que lo define Monroy Cabra como *“aquella en que una mujer se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena. Se trata de una mujer fértil que acuerda mediante contrato ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Una vez que el hijo ha nacido, la madre cede la custodia a favor del padre y, además, renuncia a sus derechos materno-filiales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo”* (Monroy Cabra, 2009., pág. 111).

Desde tiempos casi que inmemorables la ciencia es víctima de las peores críticas; condenando sus actuaciones como perjudiciales para la sociedad y en donde se ve reflejada la influencia de *la moral como un derecho*, en palabras del genetista *Emilio Yunis* *“El derecho se debate entre dos*

²*Dios habla hoy*, segunda edición, editorial Sociedades bíblicas unidas, pág. 17

actitudes diferentes y opuestas. Por una parte, la no intervención, lo que lleva a lo que los mismos profesionales del Derecho llamarían un «vacío legal», con el criterio de los propios grupos de investigación y de la sociedades científicas para legitimar sus actividades, y por otra, los que propugnan por que la leyes reglamenten las practicas, fijen sus límites, sancionen las violaciones, todo en el afán de ASEGURAR LOS BENEFICIOS y evitar los daños posibles para el hombre (...)” (Yunis, 2001., pág. 242)Y que en caso colombiano, se legisla acorde a los problemas que se van presentando y no se mira el *Derecho* como una forma de regulación hacia futuro, dejando en evidencia un *sistema judicial inquisitivo* y en donde se corre el riesgo de que debido a tan magno defecto “*jurídico*” se dé la posibilidad de cometer actuaciones que serán difíciles de remediar, posibilitando de esta manera que se comentan más injusticias de lo normal.

Objetivo general

Analizar los distintos factores que llevan a una mujer a tomar la determinación de alquilar su vientre y posterior a esto recibir una remuneración por el neonato.

Objetivos específicos

- 1. Determinar si los móviles que llevan a una mujer a realizar tales conductas, son problemas de carácter económico y/o educativo.**
- 2. Establecer cuales son los alcances que tiene la filosofía de derecho, respecto del tema del *alquiler de vientres*.**
- 3. Ubicar los tipos de derechos que se ven vulnerados, con la ejecución de tal conducta.**
- 4. Establecer si la ley para esta época debe ser de carácter prohibitiva, o debe ser de carácter regulatoria.**

Resultados esperados

1. Socialización con la comunidad académica *ius filosófica*, los resultados de la investigación.
2. Determinar los alcances de la normatividad colombiana respecto del tema del *vientre alquilado y/o maternidad subrogada*.
3. Por tratarse de un tema de carácter *ético-político*, y en el caso de Colombia casi que *“novedoso”*; se busca mediante la presente investigación, aportar a la construcción de nuevos conocimientos respecto del tema del *vientre alquilado y/o maternidad subrogada*.
4. Buscar la aprobación de los informe de avance y final³ (Universidad libre, facultad de derecho, centro de investigaciones socio jurídicas , 2011, pág. 74) para optar el título de abogado.
5. Publicación de un artículo para la revista *“nueva época”* de la universidad libre de Colombia.

³(...) Para el estudiante de derecho el informe final corresponde a la monografía jurídica, que como requisito de grado deberán presentar quienes no obtén por judicatura”.

Estado del arte o antecedente de la investigación

previo a un análisis bibliográfico respecto del tema y donde se tomaron como instrumentos: libros, artículos, páginas Web especializadas, entrevistas a la población, algunas de ellas inmersa en el problema, investigaciones de otras áreas que toman el tema de la *maternidad subrogada* como caja de herramientas para desarrollar un nuevo pensamiento respecto del tema; surge el presente trabajo.

Teniendo en cuenta que es un cuestión “*casi que novedoso*” en campo jurídico y que son unas pocas las universidades que ven en el tema de la *maternidad subrogada* un problema sujeto de estudio; es importante resaltar que los *vacíos legales*, y en especial las contradicciones doctrinarias respecto de los *vientres alquilados*, es uno de los principales argumentos que se erigen para reflexionar sobre dicho tema.

El surgimiento de nuevas formas de ver el *derecho y la ética* como algo que debe ser cambiante y que a su vez se torne en el “*oráculo*” de futuros problemas, hace de esta investigación un situación embarazosa; es bastante paradójico que desde el año de 1991 tanto la población como el gobierno predica la conformación de una “*sociedad laica*” y donde sus bases son la separación de poderes, para lograr un mejor engranaje social. Es bajo esta circunstancia que este tema genera ampolla en una sociedad “*conservador*”, La *bioética* al igual que el *bioderecho*, toca

fibras densas del individuo, que de una u otra forma son problemáticas en una sociedad que todavía ve en el *código napoleónico* una forma “*novedosa*” del derecho y donde se desconoce todo el trasegar histórico respecto del tema de los *vientres alquilados*; poniendo a Colombia en desventaja –si se permite el unos de estas palabras- jurídica respecto a países europeos. Lo anterior nos demuestra que la falta de compromiso social con la población más vulnerable, deje en evidencia las grandes brechas socio -políticas y socio- jurídicas en nuestro país.

Expertos en el tema como el genetista *Emilio Yunis*, consideran que el derecho debe realizar un análisis profundo sobre el tema de *vientres alquilados*, y que se vea la ciencia con la óptica del arte, y el arte con la óptica de la vida, una vida que además de ser teórica sea práctica, y donde la ley deje de ser un conjunto de normas sin aplicación (Yunis, 2001., pág. 243). Universidades como la Javeriana y el Bosque buscan mediante la implementación de centros de estudio y maestrías profundizar respecto de tales temas, pues dichos establecimientos de educación superior son conscientes de los problemas que pueden traer acontecimientos de tal carácter; aspecto muy importante, pues en países como España hablar de tales temas en congresos y seminarios es indispensable, cosa que en Colombia solo se deja a las facultades de medicina que analicen tales temas.

Marco teórico

La norma al ser *taxativa*⁴, busca que cada día las leyes sea más fría y calculadora, perdiendo por completo su rumbo en tanto como forma de darle a cada quien lo que se merece, ya que su finalidad es la de aplicar la ley tal cual lo establecen los *códigos* Colombianos; y donde compartimos con plena satisfacción lo establecido por *Hart* en su prefacio a la edición inglesa de su libro “*el concepto de derecho*” en donde plantea que: “(...) *la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto a fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados. Si bien esta primariamente dirigido al estudioso de la teoría jurídica, espero sea también útil a aquellos que se interesen principalmente en la filosofía moral o política o en la sociología, más que en el derecho*” (Hart, 1961, página, XI). Con lo anterior, lo que se busca es que el derecho tome como caja de herramientas otras ciencias y que se convierta en una ciencia interdisciplinar, equipada con los suficientes argumentos para afrontar tales problemas que hacia futuro serán difíciles de controlar si no se hace los respectivos análisis.

En el caso Colombiano, el *Derecho* es un “*sistema inquisitivo*” en donde se ve esté, como una *técnica jurídica* y no como una ciencia; producto de

⁴El diccionario de la real academia define lo taxativo como: aquello “Que limita, circunscribe y reduce un caso a determinadas circunstancias”. Siendo de esta forma, lo anterior, uno de los principales obstáculos que existe en el derecho colombiano, para debatir el tema del alquiler de vientres.

lo anterior, se rompe con el esquema de una *justicia social* que es un requisito del *Estado social de derecho*, establecido en el artículo 1ro que profesa: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”(Editorial Temis, 1996)

Marco jurídico

Según la Corte Constitucional en sentencia proferida el dieciocho (18) de diciembre de dos mil nueve (2009), En Colombia no está regulado pero tampoco está prohibido expresamente (maternidad surogada, 2009), conforme a esta sentencia, la corte definió el “alquiler de vientre” como *<<El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.>>*⁵ En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto” de igual manera la corte considera que “En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas

⁵ Yolanda Gómez Sánchez. *El derecho a la reproducción humana*. Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 136.

jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que <<Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes>> La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas”(maternidad surogada, 2009).

En una investigación realizada por el centro de estudios bioéticos de la universidad javeriana, el problema de estos métodos es que “la maternidad sustituta promete ser una buena solución a los problemas e infertilidad de las parejas.

Es así como cada vez va aumentando más el número de parejas que no pierden la esperanza de tener sus propios hijos genéticos y acuden a este tipo de reproducción (...).

Este método les da la posibilidad de criar a sus propios hijos, aunque la madre gestante sea una mujer extraña a ellos. Sin embargo, se debe tener en cuenta que este procedimiento puede traer una serie de consecuencias psicológicas que se generan en el núcleo familiar

(...)”(Awad & Narvaez, 2001)teniendo en cuneta lo anterior, queda en evidencia la complejidad de tema, ya que dentro de los deberes de *Estado* también se encuentra constitucionalmente establecido que

Marco Histórico

La historia de la “*maternidad subrogada o útero prestado*” no es nueva, en el *Antiguo Testamento* (Génesis 16), libro sagrado de los *judíos, cristianos y musulmanes*. *Sarai*, la esposa de *Abram* (Sara y Abraham se llamarán un poco más tarde), era infértil y le ofreció a su marido la esclava *Agar* para que le gestara un hijo. *Sarai* dijo a *Abram*: “*Ya que el Señor me impide ser madre, únete a mi esclava. Tal vez por medio de ella podré tener hijos*”. Y *Abram* accedió al deseo de *Sarai*. En aquel entonces *Abraham* tenía 86 años, pero su edad no impidió la concepción. En 1910 a. C (aproximadamente). *Agar* dio a luz un hijo que recibió el nombre de *Ismael*. Éste fue el primer niño nacido por medio de un evento llamado “*gestación subrogada tradicional*”. A propósito, de *Ismael* descienden todos los árabes que se llaman también ismaelitas o agarenos, por el nombre de la “*madre subrogada*” que ha gestado a *Ismael*. Es interesante que 14 años después del nacimiento de *Ismael*, en 1897 a. C. (el año de la destrucción de Sodoma y Gomorra) Sara consiguió quedarse embarazada de su marido legítimo, quien se preparaba para festejar su centenario, y dar a luz a Isaac.

El segundo acontecimiento que existió en la humanidad sobre “*gestación subrogada*”, del que tenemos conocimiento, se desarrolló en la Mesopotamia sumeria a mediados del siglo XVIII a. C. Cabe destacar que en el reino de los sumerios la “*subrogación gestacional*” fue una práctica corriente, y más aún consolidada legalmente. El Código del rey *Hammurabi* (1792-1750), creado en 1780 a. C. y que fue el primero en introducir el principio de presunción de inocencia (uno es inculpable hasta que se demuestre lo contrario), disponía que la *mujer estéril* que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que éste pudiera buscarse a otra concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón. Asimismo, el Código establecía “*garantías sociales*” para las “*madres subrogadas*” que tuvieran hijos, a las cuales que no se podía vender “por plata”. A continuación transcribiremos algunas de las leyes que establecía el código de *Hammurabi*:

Ley 144. Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa dio una esclava a su marido y ésta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener otra mujer.

Ley 145. Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se le propone tomar otra mujer, tomará esta otra mujer y la llevará a su casa, pero no será igual que la esposa estéril.

Ley 146. Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una

esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esta esclava es elevada (en el aprecio del esposo) a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavas.

Ley 147. Si la esclava no ha tenido hijos, la patrona la venderá por plata.

Como vemos la historia de la “*maternidad subrogada*” aunque antiguamente era una forma para perpetuar el linaje no es novedoso ni moderna sino es parte de la historia de la humanidad; los países que más apoyan el tema de la “*maternidad subrogada*” son aquellos donde la mortalidad general es mayor que la tasa de natalidad; esto se promueve y propicia para que las parejas tengan hijos debido a que es muy alto el índice de parejas que no pueden tener hijos, como es el caso de algunos países desarrollados.

En la historia moderna ese tipo de asistencia a cónyuges estériles existe hace más de 15 años. El primer éxito fidedigno en este terreno remonta a 1989, cuando nació el primer niño gestado por una *madre de alquiler*. En *Gran Bretaña* a duras penas se logró convencer al *Comité de Ética* de que la mujer necesitaba ayuda específica de una pariente, a cuyo útero fueron transferidos embriones genéticamente ajenos procedentes de su hermana y cuñado.

Se puede decir que la meca de la “*maternidad subrogada*” es Estados Unidos, ahí, ya más de 4.000 mujeres han recurrido a estos servicios. No

obstante, en cualquier lugar del mundo puede encontrar una madre de *alquiler*, bien a través de una agencia especializada o por medio de Internet.

En el caso de que una pareja decida recurrir a una *Agencia*, ésta se encargaría de llevar a cabo los exámenes médicos y psicológicos necesarios a todas las mujeres que estuvieran ofreciendo su *vientre en alquiler*, antes de acordar aceptarlas como clientes. La agencia en cuestión también sería la encargada de resolver todos los aspectos legales atinentes a esta situación. De cada 400 mujeres, solo tres ó cuatro son tenidas en cuenta para que *alquilen su vientre*. Por regla general son mujeres en torno a los 27-28 años, casadas y cuyos maridos están de acuerdo; además deben haber tenido como mínimo dos hijos.

En Estados Unidos, por ejemplo, el *procedimiento* es el siguiente:

1. Acceder al catálogo por Internet y elegir la madre o ponerse en contacto con una de las agencias profesionales que gestionan la *maternidad subrogada*.
2. Viajar a Estados Unidos, por ejemplo, para establecer las condiciones del contrato y firmarlo.
3. Pagar a la agencia. Un coste que oscila entre los 80.000 y los 100.000 dólares.
4. Asegurarse que los médicos certifican la paternidad de la pareja o de la persona que ha *alquilado el vientre*.

Su *prohibición* en la mayoría de los países hace que muchas personas tengan que pasar por viajes nada ajustados al bolsillo, por lo que tan solo unos pocos se lo pueden permitir. Tener un hijo con un “*vientre alquilado*” cuesta como mínimo 100.000 dólares, de los cuales la madre sustituta cobra unos 25.000 y la madre biológica, que aporta el óvulo, entre 4.000 y 10.000 dólares. El resto va para la agencia especializada, los gastos médicos y los abogados.

También figuran como habituales en la *maternidad subrogada* países como Gran Bretaña (solo para personas nacionalizadas), Israel, Rusia, India o México. Ahora bien, excepto Estados Unidos, el resto de los países mencionados figuran como usuales en esta práctica pero se desconoce hasta qué punto las leyes gubernamentales de éstos la respaldan y, sobre todo, si las garantías son suficientes en la protección de los derechos de ambas partes, y aunque Estados Unidos sea uno de los países más permisivos en este sentido, no todos sus Estados lo permiten; aquellos en los que la maternidad subrogada está prohibida son Washington, Michigan, Utah, Arizona, Nuevo México y Nueva York. California es considerado el Estado más liberal en este ámbito.

En India, también es posible. El ICMIR (Consejo Médico de Investigación de la India), organismo que rige la carrera médica en el país, controla que las madres de alquiler no superen los 45 años, que pasen la prueba del VIH y que no tomen drogas, entre otras características. En este país el precio oscila alrededor de los 30.000 dólares. Eso sí, las mujeres que

alquilan su vientre en India corren el gran riesgo de ser rechazadas por la sociedad.

Por otro lado y, aunque parezca mentira, debido al control de la natalidad por parte del Gobierno, en China también prolifera esta práctica y cosa que es contradictoria pues desde 2001 el Gobierno dejó claro su prohibición. En un periódico chino publicaron tiempo atrás, que la mayoría de las parejas que buscan la solución a sus problemas de infertilidad son de clase alta. Quizá porque son los únicos que se pueden permitir pagar más de seis mil dólares que cuesta el proceso. Las parejas chinas pagan por una madre de alquiler cerca de los 30.000 euros.

Mientras la mayoría de jóvenes (18-30años) tenían una opinión favorable acerca de este asunto (74,5 %); entre las personas de mediana edad (30-65) encontramos un choque de opiniones (39% a favor; 61% en contra), parecido entre las de edad avanzada, aunque aquí los resultados eran más claros y opiniones justificadas ideológicamente (45,2 % a favor; 54,8% en contra).

Los resultados muestran una gran apertura de mentalidad en la sociedad, entre los jóvenes, aunque no dejan de sorprender las respuestas de las otras edades. En la mayoría de casos, la respuesta supuso un gran debate *moral, ético*, así como también *religioso o biológico* entre las personas encuestas.

Estrategia metodológica

Investigación *ius filosófica*. (Universidad libre, facultad de derecho, centro de investigaciones socio jurídicas , 2011)Debido a que el objetivo de esta estrategia es encontrar o analizar “*la valoración de las normas jurídicas (justa o injusta). Igualmente, la correspondencia o discrepancia de las normas jurídicas con el conjunto de valores de la sociedad respectiva.*

***El problema de la investigación ius filosófica, es el de la relación entre el derecho y la justicia, la equidad. La igualdad, la moral sin olvidar que estos valores se encuentran condicionados por el conjunto de relaciones sociales, económicas, políticas y culturales de cada etapa histórica de la humanidad (...)*”⁶**

⁶Guía para la elaboración de proyectos de investigación. Bogota D.C, U. libre 2011.

Enfoque investigativo

Es un enfoque *socio-jurídico*. (Universidad libre, facultad de derecho, centro de investigaciones socio jurídicas , 2011, pág. 45) Pues en el ejercicio investigativo, se tiene en cuenta el estudio y las incidencias del derecho en la vida social, para lograr mediante la ley una transformación social y unas leyes que obedezcan a las necesidades que se están presentando en la actualidad. Además se busca mediante este enfoque estudiar la influencia del derecho en la práctica jurídica los distintos aspectos de la vida material y espiritual de la sociedad (Universidad libre, facultad de derecho, centro de investigaciones socio jurídicas , 2011, pág. 46).

Tipo de investigación

se trata de una *investigación descriptiva* (Universidad libre, facultad de derecho, centro de investigaciones socio jurídicas , 2011, pág. 47), ya que de una u otra forma narra de manera relaciona, acontecimientos que son propios de una sociedad convulsionada como la nuestra, en donde los problemas económicos, educativos y sociales son latentes y donde este tipo de población también se constituye como objeto de estudio, pues es, en los estratos mas bajos donde se ve este tipo de conductas que no son del todo –para algunos- decorosas; convirtiéndose lo anterior en un mecanismo de exclusión social y por ende la violación de derechos fundamentales por parte de alguna individuos.

Cronograma

CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	ENERO	FEBR	MAR	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOS	SEP	OCT	NOV	DIC
Definición del problema												
Revisión de literatura y construcción de una perspectiva												
Elaboración de la hipótesis												
Diseño de investigación descriptivo												
Recolección de datos												
Entrega del informe del avance												
Organización de la información												
Elaboración del instrumento												
Elaboración y aprobación del anteproyecto												
Elaboración de los capítulos												
Elaboración de conclusiones e informe final												
Presentación del proyecto												

CAPITULO SEGUNDO

La interpretación jurídica como problema.

El problema de la *interpretación judicial sobre maternidad subrogada*, no se escapa al tema del *lenguaje jurídico*; sobre dichos tema la confusión conceptual es enorme, se mal interpreta la definición de *PROHIBIR* con la de *REGULAR*; el *código civil* colombiano confunde estos dos conceptos, pues según el artículo 4 de C.C establece que “*la ley es una declaración de la voluntad del soberano manifestada en la forma prevenida en la constitución nacional. El carácter general de la ley es MANDAR, PROHIBIR, PERMITIR O CASTIGAR*” (Legis Editores, S.A, 2000., pág. 4) Entrando lo anterior en contradicción con lo establecido por la *Constitución Política* que plantea en sus artículo 152 que: “*Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República REGULARÁ las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección (...)*” (Editorial Temis, 1996). Aspectos que no son estudiados con rigurosidad, corriéndose de esta manera el riesgo de que dicho problema en mención, se convierta en una bola de nieve incontrolable que tarde o temprano serán difíciles de regular, generando esto dificultad para la aplicación de la ley y donde no

pueda cumplirse con los fines establecidos por la *Constitución Política*, en su artículo 2. Que establece cuales son los fines del *Estado*.

Como podemos darnos cuenta con lo anterior, queda en evidencia la contradicción en la ley, pues el *Diccionario de la Real Academia Española* (D.R.A.E) define estas dos palabras de manera distinta veamos:

Prohibir: (Del lat. *prohibēre*). Vedar o impedir el uso o ejecución de algo.

Regular: (Del lat. *regulāre*). 1. tr. Medir, ajustar o computar algo por comparación o deducción. 2. tr. Ajustar, reglar o poner en orden algo. *Regular el tráfico*. 3. tr. Ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines. 4. tr. Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo. 5. tr. *Econ.* Reajustar (|| aumentar o disminuir coyunturalmente). *Regular las tarifas, los gastos, la plantilla de empleados*. (www.wordreference.com, 1999).

Lo anterior deja en certidumbre la urgencia de un cambio de *modelo jurídico*, para que se busque mediante la implementación de la *hermenéutica* una herramienta para develar las mentiras expuestas en nuestra *normatividad*, con el fin de realizar una sana crítica a lo que hoy se entiende por *Derecho*, para luego así buscar una sociedad que resalte las diferencias que son la espina dorsal de un país democrática.

Esto nos lleva a la conclusión, que en muchos casos el problema de una *interpretación judicial*, gira en torno a una confusión conceptual

debido a que no existen criterios claros de análisis; ocasionando una gran cantidad de interpretaciones que dan pauta para que existan *grandes vacíos* en la norma y que contra el tiempo impactan en la sociedad y donde cobra fuerza las palabras de los autores del libro «*la decisión judicial*» “*la precisión del lenguaje humano, en general, y del lenguaje jurídico, en particular, es limitada. Las palabras utilizadas en la conversación cotidiana son vagas, aunque tiene significados suficientemente precisos para permitir la comunicación (...)*” (Hart & Dworkin, El debate Hart-Dworkin, 1997., pág. 33). Esto es muy evidente en el caso colombiano, pues en muchas ocasiones, las normas no son claras y se prestan para confusiones.

El problema de interpretación es evidente cuando analizamos la norma; pues en algunos casos nuestra normatividad producto de su falta de originalidad entra en contradicción con la *Constitución Política* debido a que el lenguaje empleado en la carta magna no está acorde con lo que establecen nuestros *códigos* pues son una recopilación de normas de otros países que no suplen las necesidades del pueblo Colombiano.

Bajo esa “*lógica equina*” la religión, la política, y la ley; crean su propio lenguaje, estas formas de *poder* que en un principio eran independiente la una de la otra, el “*Estado*”, como figura “*abstracta*” las combinara utilizándolas como “*herramientas*” para lograr una mayor organización con el objetivo de crear una “*igualdad social*” dado de este modo la posibilidad de crear todo un engranaje político que vive en función de una maquina llamada “*Estado social de derecho*”. generando lo anterior un

malestar en la cultura que romperá por completo con lo que se debe entender por “*igualdad*” establecido en la constitución política en su artículo 13 y donde se profesa que “*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*”

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados(...)”y donde un grupo determinado de intelectuales consideran que lo establecido por dicho artículo se debe interpretar como una igualdad “*general*” y donde debido a un problema propio del idioma dicha “*igualdad*” se tergiversa dejando en evidencia el vacío constitucional de difícil percepción; al no entenderse el concepto igualdad establecido anteriormente, se genera una exclusión por parte de la normatividad vigente a todos los temas sobre *maternidad subrogada*, pues dentro del concepto de igualdad se encuentra inmerso los *Derechos* que tiene cada familia de conformar un hogar utilizando los medios que a su consideración sean necesario para seguir con su linaje.

Bajo los anteriores criterios, el Estado Colombiano y muchos países del mundo consideran que algunas formas de *reproducción asistida* y en el caso que nos compete sobre la “*maternidad subrogada*” son perjudiciales para el ser humano, argumentando que “*la legislación sobre genética debe tener en cuenta los principios y valores constitucionales y lo*

previsto en los tratados internacionales sobre familia y menores de los cuales Colombia es Estado Parte y que se encuentren en vigencia internacional” (Monroy Cabra, 2009., pág. 101) aspecto esté, que no es del todo seductor para quienes escribimos estas líneas, pues lo que se pretende con dicha reglamentación es limitar la libertad que cada individuo posee sobre su cuerpo y la facultad constitucional de crear una familia como primer requisito para que exista un *Estado*, haciendo de lado lo que históricamente se entiende como “*libre albedrío*” y que según el artículo 16 y el 42 de la C.N establecen “Todas las personas *tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad(...)*” “*(...)la familia es el núcleo fundamental de la sociedad se constituye por vínculo natural o jurídico (...) la honra y la intimidad de la familia son inviolables (...) las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto recíproco entre todos sus integrantes (...) los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen igualdades de derechos y deberes.*” (Editorial Temis, 1996). Esto deja en plena muestra unos nuevos vacíos, en la reglamentación colombiana, y problemas de interpretación jurídica. En este orden de ideas, la teoría *Hartina* del *Derecho* cobra validez cuando es entendida como una teoría interpretativa y valorativa en donde la concepción de *Derecho* está fijada por reglas lingüísticas, compartida por los jueces y abogados, denominados por el mismo *Dworkin* *fundamentos de Derecho* y en donde solo debe ser aplicada la norma tal cual está escrita.

El Derecho, además de definirse como un “conjunto de normas que rigen una, sociedad”, (Raymond guillin, 2001, pág. 140), es también una herramienta indispensable como mecanismo de dominio por parte de un grupo determinado de individuos que ostentan el poder, y que además de imponer unas reglas, tiñen de manera superficial al ser humano de conductas que son ineficaces para una sociedad que vive en constantemente cambio.

Algunos intelectuales definen el *Derecho* como “*mecanismo de transformación social*”; definición bastante seductora, pues en nuestro país el *Derecho* es más una *moral* carente de reflexiones *éticas* establecidas desde el comienzo de la *historia*, que desconoce los *principios humanistas* que éste poseía y; donde esté, debería tener una visión más amplia de los *problemas jurídicos* de la sociedad, dando de esta manera la posibilidad para tomar como caja de herramientas otro tipo profesiones como elementos interdisciplinarios, con el fin de crear una nuevo visión del *Derecho*, con una conciencia más *ética* que *moralista* y donde el fin de separar estas, es generar reflexiones que posean un carácter más *sociológico-jurídicas* y no *jurídico-moral*, como lo pretende hacer ver nuestro *Código Civil* y la mayoría de nuestra normatividad.

La norma al ser *taxativa*, lo único que logra es que cada día las leyes sea más fría y calculadora, perdiendo por completo su rumbo en tanto como forma de darle a cada quien lo que se merece, y donde su fin último es el de aplicar la ley tal cual lo establecen los *códigos* Colombianos; y donde

compartimos con plena satisfacción lo establecido por *Hart* en su prefacio a la edición inglesa de su libro “*el concepto de derecho*” en donde plantea que: “(...) *la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto a fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados. Si bien esta primariamente dirigido al estudioso de la teoría jurídica, espero sea también útil a aquellos que se interesen principalmente en la filosofía moral o política o en la sociología, más que en el derecho*” (Hart, 1961, página, XI)”.

En el caso Colombiano, el *Derecho* es un “*sistema inquisitivo*” en donde se ve esté, como una *técnica jurídica* y no como una ciencia; producto de lo anterior, se rompe con el esquema de una *justicia social* que es un requisito del *Estado social de derecho*, establecido en el artículo 1 ro que profesa: “*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” (Editorial Temis, 1996)*

Respecto al tema de los *vientres alquilados*, es menester que el los legisladores empieces a tomar en cerio estos temas pues es un problema latente el cual ahí que estudiar bien para que así se cumpla con lo establecido por la carta magna de 1991, en su artículo 150 en el numera 1 ro, en donde dice que: “*corresponde al congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes funciones: 1-) interpretar, reformar y derogar las leyes*” (Editorial Temis, 1996, pág.

54). Pues es un problema que repercute en toda la sociedad y que en lugar de ser discutido de manera más amplia, lo que se hace es estigmatizar este tipo de conductas, y en donde los argumentos que se esgrimen, desde una óptica conservadora, es que dichas conductas son formas *'pervertidas del ser humano'*; rompiendo lo anterior, con uno de los principios constitucionales establecidos en el artículo 15; que expone: *"toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar."* (Editorial Temis, 1996, pág. 12).

No es para nadie extraño que las leyes Colombianas son de carácter *coercitivo* que llevan insertadas conductas que involucra en muchos casos problemas de índole *moral* y donde está-la moral- es requisito *sin quantum*, como sinónimo de *Derecho*. Cobrando así fuerza las palabras de H.L.A Hart en su libro titulado *"El Concepto de Derecho"* en donde plantea que: *"No solo el derecho y la moral comparten un vocabulario, de modo que puede hablarse de obligaciones, derechos y deberes morales y jurídicos; también todos los sistemas jurídicos nacionales reproducen la sustancia de ciertas exigencias morales fundamentales."* (Hart, 1961, pág. 9). Y que en palabras de la corte constitucional *"No es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico. Hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la*

moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social (...)". (sentencia., 1994.) Entrando lo anterior en contradicción con lo establecido por el *código civil colombiano* en su artículo 8, donde plantea o define que es *costumbre contra ley* y en donde considera que "*la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni practicar, por inveterada y general que sea*" (Legis Editores, S.A, 2000.)

Lo anterior, nos lleva a pensar que en la mayoría de casos el problema de una *interpretación judicial* sobre los *vientos alquilados*, gira en torno a una confusión conceptual en donde se ve impregnada la ley de aspectos *morales* que impiden a los Juristas de un *Estado* poseer una información clara respecto del tema asiendo de lado las *reflexiones éticas* que dicho problema acarea; y en donde se debe platear un cambio en el *paradigma jurídico*, mediante la implementación de una lectura *hermenéutica* de la ley como herramienta fundamental para realizar una sana crítica a lo que hoy entendemos por *Derecho*, con el fin de buscar una sociedad más igualitaria y democrática. Cobrando fuerza en este momento lo señalado por los *filósofos del derecho H.L.A Hart y Ronald Dworkin* en su libro titulado «*la sesión judicial*» en donde uno de ellos sienta su voz de protesta contra las corrientes del positivismo y el realismo jurídico.

Esto genera -parafraseando *H.L.A Hart*- lo que él denomina dos tipos de normas; la primera es aquella que impone obligaciones que son propias

del individuo desde que nace, en donde los *criterios éticos*, de cada uno de los *sujetos* están ligados directamente a factores culturales adquiridos desde la infancia y que poco a poco van cambiando en la medida que la sociedad va evolucionado, es lo que común mente conocemos en el *Derecho* como la *Costumbre* y que lo expresa de una forma clara el *código civil en el artículo 13 de la ley 153/1887. “la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva”* (Legis Editores, S.A, 2000.)

Al verse la *moral como un Derecho*, surgen cuestionamientos como el de si es o no correcto utilizar los *vientres alquilados* como una formas de regular los problemas de infertilidad en una sociedad como la nuestra, pues ven en esta conducta algo que atenta contra la *moral* y las buenas *costumbres*. Cosa que a nuestro parecer es absurda pues en muchos casos este tipo de actuaciones no son nuevas en nuestro país ni en la historia del mundo y en donde “*el derecho no son simplemente la institucionalización de la situación discreta: las normas jurídicas no son ordenes ocasionales que recibamos de parte de un legislador claramente identificado que nos conmina a cumplirlas bajo la amenaza de un castigo*” (Hart, 1961, página 25-35)

La religión al igual que las leyes como elemento regulador de conductas, inserte en sus creyentes una serie de “ *principios*” en donde sus imperativos egocéntricos, llevan a entender este concepto no como lo entendía *Descartes* como *pleno movimiento* (Descartes, 1992) sino entendido como un *elemento estático*. Impidiendo de esta manera la

posibilidad de mirar los acontecimientos científicos como una invención producto del conocimiento, haciendo de la ciencia, el patito feo de la historia en donde la única solución es regular estos avances; como si está fuera un paciente psiquiátrico al que hay que controlar, haciendo de lado, todas las nuevas tecnología que se han convertido en el nuevo ídolo al que le rinde culto la humanidad y desconociendo que lo prohibido es lo más deseado por el ser humano, jugando los avances científicos un papel indispensable en una sociedad que cada día tiende más a globalizarse. En palabras de Yunis *“las cosa se mueven en forma tan rápida, que es ingenuo pensar que existe mucho tiempo antes de que se vuelva realidad; si el potencial de las nuevas tecnologías es muy grande, la forma como se llevan a la práctica es inmediata. Los tiempos pasados, con grandes brechas entre el conocimiento alcanzado y su utilización, son solo eso, pasado”* (Yunis, 2001., pág. 241)

Desde tiempos casi que inmemorables la ciencia es víctima de las peores críticas; condenando sus actuaciones como perjudiciales para la sociedad y en donde se ve reflejada la influencia de *la moral como un derecho*, en palabras del genetista Emilio Yunis *“El derecho se debate entre dos actitudes diferentes y opuestas. Por una parte, la no intervención, lo que lleva a lo que los mismos profesionales del Derecho llamarían un «vacío legal», con el criterio de los propios grupos de investigación y de la sociedades científicas para legitimar sus actividades, y por otra, los que propugnan por que la leyes reglamenten las practicas, fijen sus límites, sancionen las violaciones, todo en el afán de ASEGURAR LOS*

BENEFICIOS y evitar los daños posibles para el hombre (...)” (Yunis, 2001., pág. 242) Y que en caso colombiano, se legisla acorde a los problemas que se van presentando y no se mira el *Derecho* como una forma de regulación hacia futuro, dejando en evidencia un *sistema judicial inquisitivo* y en donde se corre el riesgo de que debido a tan magno defecto “*jurídico*” se dé la posibilidad de cometer actuaciones que serán difíciles de remediar, posibilitando de esta manera que se comentan más injusticias de lo normal.

CAPITULO TERCERO

Paradigmas entre bioética y el bioderecho.

(La reproducción y el linaje)

Con la reproducción se refunda la especie se nace para vivir, se vive para morir se muere para que otro nazca; la *revolución científica* sabemos que es el único método al cual la mayor parte de los humanos podrían acceder. La medicina se encarga de ejecutar lo que la *ciencia* y la *biología* han logrado en cada paso, sin embargo esta posición prematura de la *ciencia* siempre posee una doble moral, por un lado tenemos el *poder científico* que nos brinda la posibilidad de acceder a esos “*bienes y servicios*”, y por el otro lado las personas no poseen el dinero suficiente para acceder a dichos avances que se suponen son patrimonio de la humanidad tal y como lo promulga la carta universal de los Derechos Humanos, en su artículo 27 numeral 1 “*toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten*”; Y que en términos de Campillo en su libro sobre el *concepto de lo político en lo global*, en el ensayo titulado *ciudadanía y extranjería en una sociedad global*, considera

que “(...)este problema es muy latente en los denominados Estados Democráticos pues para eliminar dicha contradicción, acuden a multiplicar los muros físicos, sociales estratificando los seres humanos, dependiendo de la situación económica que posean y en donde el dinero pasa ser el tema principal” (Campillo, 2008.)

Todo lo anterior genera un mecanismo fuerte de *exclusión social* en donde los únicos que podrían acceder a los *avances científicos* serían los individuos con poder adquisitivo. Y donde el libre desarrollo de la personalidad se vería coartado generando de esta manera que las personas que no posean el dinero suficiente se vean en la intención de buscar su felicidad con conductas atípicas como es el caso de los *vientres alquilados* y donde ese tipo de comportamientos lo que busca es conectar con los deseos y necesidades de la gente.

Los logros de la *ciencia* y la *tecnología* conllevan cambios significativos en la estructura reproductiva de la sociedad, en las relaciones de pareja; en la demografía, pues producto de la falta de oportunidades laborales ven en su cuerpo un medio para conseguir dinero. Todo lo que nos rodea es *ciencia* y *tecnología*, se sigue afirmando que el conocimiento no se puede detener, no se puede reglamentar, no se puede programar. El sufrimiento de las personas que no pueden tener hijos por medios naturales le encuentra sentido a la vida con la posibilidad de conseguir un *ventre alquilado* que logre prolongar su estirpe y todo gracias a los *avances científicos*. Dios le concede al hombre la llave para abrir las puertas del cielo, solo que esta curiosa llave también abre las puertas del

averno. *“el mal no está en las pistolas sino en el pistolero”* (Yunis, 2001.) El sufrimiento de las personas que no pueden tener hijos le encuentran sentido a la vida gracias a la *ciencia*.

El creador juega con el hombre a las barajas, da el entendimiento y a su vez da la enfermedad, el conocimiento no abandona al hombre esté es inherente al individuo, el juego y la trampa están sobre la mesa y están dados hasta el fin de nuestros días, *“la búsqueda de la luz, del conocimiento, es comprender las causas secretas de las cosas y ensancha los límites del imperio humano para la realización de todas las cosas posibles. De acuerdo con eso, la mayor gloria de la ciencia está en que todo lo que es posible se pueda hacer, y se hará, a menos que algo fuera de la ciencia misma lo detenga, una decisión política, consideraciones morales, una visión confesional del mundo o quizás, después de una discusión profunda, definir qué debemos hacer, frente a lo que podemos hacer”* (Yunis, 2001.). La ciencia hace luz donde hay oscuridad, lo secreto lo vuelve público lo sagrado lo hace profano. El *Derecho* oculta lo que la *ciencia* descubre. En palabras de la corte constitucional. *“La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y*

los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.” (Sentencia, 2009.)

La censura a la que se vio sometida la *biología*, la *genética* y demás *ciencias* a fines cobran fuerza en las últimas décadas, se descubre que se puede regular la producción hormonal y los ciclos menstruales, gracias a eso los índices de natalidad se reducen pero el hambre de los pueblos continua; los *avances científicos* son el nuevo *dios* al que rinden culto el HOMBRE. La reproducción uno de los secretos más guardados de la humanidad logra ser controlado y lo más extraño la población sigue en aumento. *Darwin* sigue vigente “*no conocemos en absoluto la causa final de la sexualidad; porque los nuevos seres deben producirse mediante la unión de dos elementos sexuales (...) todos estos temas permanecen ocultos en las tinieblas*”. El conocimiento progresa en la medida que el hombre evoluciona y paralelamente sus necesidades aumentan. Es el *Bioderecho* la nueva casta sacerdotal que se encargará de regular dichas conductas, es la *Bioética* el rito que resolverá dichos cuestionamientos.

Al verse la *moral como un Derecho*, surgen cuestionamientos como el de si es o no correcto utilizar los *vientres alquilados* como una formas de regular los problemas de infertilidad en una sociedad como la nuestra, pues ven en esta conducta algo que atenta contra la *moral* y las buenas *costumbres*. Esto deja en evidencia que todo el origen del *Derecho* bebe del néctar de la *moral* como fuente inspiradora de *Derecho*; “*costumbres*” heredadas del *periodo escolástico* de la filosofía,

en donde solo cabía la interpretación de la norma y aplicación de la misma por parte de la sotana purpura.

El tema de la *maternidad subrogada* tiene antecedente bastante antiguo, que son fáciles de constatar en el *Derecho Romano* y que si queremos ir más lejos, tenemos el caso del primer *vientre alquilado* que viene de la época de las tribus de Israel. Este caso lo encontramos en el antiguo testamento y especialmente en el *Génesis 16 versículos 1, 2,3* en donde se narra la historia de *Agar* una esclava de *Sarai*, que por decisión de su protectora, se toma la determinación que dicha esclava *preste su vientre* para poder seguir con el linaje de *Abraham*. Esto es lo que hoy en día se denomina como “*maternidad subrogada*” y que lo define Monroy Cabra como “*aquella en que una mujer se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena. Se trata de una mujer fértil que acuerda mediante contrato ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Una vez que el hijo ha nacido, la madre cede la custodia a favor del padre y, además, renuncia a sus derechos materno-filiales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo*” (Monroy Cabra, 2009., pág. 111). Como podemos darnos cuenta, cambian las palabras pero no cambian los contextos, dejado en evidencia la doble *moral jurídica* de nuestro país, un país conservador con una legislación liberal, que pretende prohibir conductas que son propias de la historia de la humanidad; con un discurso sobre la libertad de cultos impregnado de *costumbres* religiosas en donde es evidente el desconocimiento de las mismas escrituras que se supone son la

estructura de una sociedad como la nuestra. Y donde compartimos lo establecido por *Hart* en su prefacio a la edición inglesa de su libro «*el concepto de derecho*» en donde considerará que: “*En este libro he querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto a fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados. Si bien esta primariamente dirigido al estudioso de la teoría jurídica, espero sea también útil a aquellos que se interesen principalmente en la filosofía moral o política o en la sociología, más que en el derecho” (Hart, 1961, página, XI).*

Otro de los acontecimiento que existió en la humanidad sobre “*gestación subrogada*”, del que tenemos conocimiento, se desarrolló en la Mesopotamia sumeria a mediados del siglo XVIII a. C. Cabe destacar que en el reino de los sumerios la “*subrogación gestacional*” fue una práctica corriente, y más aún consolidada legalmente. El Código del rey *Hammurabi* (1792-1750), creado en 1780 a. C. - y que fue el primero en introducir el principio de presunción de inocencia (uno es inculpable hasta que se demuestre lo contrario) - disponía que la *mujer estéril* que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que éste pudiera buscarse a otra concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón. Asimismo, el Código establecía “*garantías sociales*” para las “*madres subrogadas*” que tuvieran hijos, a las cuales que no se podía vender “por plata”. A continuación transcribiremos algunas de las leyes que establecía el código de *Hammurabi*:

Ley 144. Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa dio una esclava a su marido y ésta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener otra mujer más.

Ley 145. Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se le propone tomar otra mujer, tomará esta otra mujer y la llevará a su casa, pero no será igual que la esposa estéril.

Ley 146. Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esta esclava es elevada (en el aprecio del esposo) a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavas.

Ley 147. Si la esclava no ha tenido hijos, la patrona la venderá por plata.

Como vemos la historia de la “*maternidad subrogada*” aunque antiguamente era una forma para perpetuar el linaje no es novedoso ni moderna sino es parte de la historia de la humanidad; los países que más apoyan el tema de la “*maternidad subrogada*” son aquellos donde la mortalidad general es mayor que la tasa de

natalidad; esto se promueve y propicia para que las parejas tengan hijos debido a que es muy alto el índice de parejas que no pueden tener hijos, como es el caso de algunos países desarrollados.

En la historia moderna ese tipo de asistencia a cónyuges estériles existe hace más de 15 años. El primer éxito fidedigno en este terreno remonta a 1989, cuando nació el primer niño gestado por una *madre de alquiler*. En *Gran Bretaña* a duras penas se logró convencer al *Comité de Ética* de que la mujer necesitaba ayuda específica de una pariente, a cuyo útero fueron transferidos embriones genéticamente ajenos procedentes de su hermana y cuñado.

Se puede decir que la meca de la “*maternidad subrogada*” es Estados Unidos, ahí, ya más de 4.000 mujeres han recurrido a estos servicios. No obstante, en cualquier lugar del mundo puede encontrar una madre de *alquiler*, bien a través de una agencia especializada o por medio de Internet.

En el caso de que una pareja decida recurrir a una *Agencia*, ésta se encargaría de llevar a cabo los exámenes médicos y psicológicos necesarios a todas las mujeres que estuvieran ofreciendo su *vientre en alquiler*, antes de acordar aceptarlas como clientes. La agencia en cuestión también sería la encargada de resolver todos los aspectos legales atinentes a esta situación. De cada 400 mujeres, solo tres ó cuatro son tenidas en cuenta para que *alquilen su vientre*. Por regla general son

mujeres en torno a los 27-28 años, casadas y cuyos maridos están de acuerdo; además deben haber tenido como mínimo dos hijos.

En Estados Unidos, por ejemplo, el *procedimiento* es el siguiente:

1. Acceder al catálogo por Internet y elegir la madre o ponerse en contacto con una de las agencias profesionales que gestionan la *maternidad subrogada*.
2. Viajar a Estados Unidos, por ejemplo, para establecer las condiciones del contrato y firmarlo.
3. Pagar a la agencia. Un coste que oscila entre los 80.000 y los 100.000 dólares.
4. Asegurarse que los médicos certifican la paternidad de la pareja o de la persona que ha *alquilado el vientre*.

Su *prohibición* en la mayoría de los países hace que muchas personas tengan que pasar por viajes nada ajustados al bolsillo, por lo que tan solo unos pocos se lo pueden permitir. Tener un hijo con un “*vientre alquilado*” cuesta como mínimo 100.000 dólares, de los cuales la madre sustituta cobra unos 25.000 y la madre biológica, que aporta el óvulo, entre 4.000 y 10.000 dólares. El resto va para la agencia especializada, los gastos médicos y los abogados.

También figuran como habituales en la *maternidad subrogada* países como Gran Bretaña (solo para personas nacionalizadas), Israel, Rusia, India o México. Ahora bien, excepto Estados Unidos, el resto de los

países mencionados figuran como usuales en esta práctica pero se desconoce hasta qué punto las leyes gubernamentales de éstos la respaldan y, sobre todo, si las garantías son suficientes en la protección de los derechos de ambas partes, y aunque Estados Unidos sea uno de los países más permisivos en este sentido, no todos sus Estados lo permiten; aquellos en los que la maternidad subrogada está prohibida son Washington, Michigan, Utah, Arizona, Nuevo México y Nueva York. California es considerado el Estado más liberal en este ámbito.

En India, también es posible. El ICMIR (Consejo Médico de Investigación de la India), organismo que rige la carrera médica en el país, controla que las madres de alquiler no superen los 45 años, que pasen la prueba del VIH y que no tomen drogas, entre otras características. En este país el precio oscila alrededor de los 30.000 dólares. Eso sí, las mujeres que *alquilan su vientre* en India corren el gran riesgo de ser rechazadas por la sociedad.

Por otro lado y, aunque parezca mentira, debido al control de la natalidad por parte del Gobierno, en China también prolifera esta práctica y cosa que es contradictoria pues desde 2001 el Gobierno dejó claro su prohibición. En un periódico chino publicaron tiempo atrás, que la mayoría de las parejas que buscan la solución a sus problemas de infertilidad son de clase alta. Quizá porque son los únicos que se pueden permitir pagar más de seis mil dólares que cuesta el proceso. Las parejas chinas pagan por una madre de alquiler cerca de los 30.000 euros.

Mientras la mayoría de jóvenes (18-30años) tenían una opinión favorable acerca de este asunto (74,5 %); entre las personas de mediana edad (30-65) encontramos un choque de opiniones (39% a favor; 61% en contra), parecido entre las de edad avanzada, aunque aquí los resultados eran más claros y opiniones justificadas ideológicamente (45,2 % a favor; 54,8% en contra).

Los resultados muestran una gran apertura de mentalidad en la sociedad, entre los jóvenes, aunque no dejan de sorprender las respuestas de las otras edades. En la mayoría de casos, la respuesta supuso un gran debate *moral, ético*, así como también *religioso o biológico* entre las personas encuestas.

CAPITULO CUARTO

La sobrepoblación en Colombia, y los problemas de adopción

La otra cara de la moneda es la que plantea *Yunis*, en donde el autor considera que la población mundial se multiplica. Según el genetista hace doscientos años se tenía unos mil millones de personas, ahora somos seis mil millones que se multiplicaran hasta ocho mil en el 2020, y diez mil en el 2030. En Suecia para el año 1755 y 1756 la esperanza de vida era de 33,2 años para el hombre y de 35,7 años para la mujer, cien años después era para el primero de 40,5 años y para la segunda 44; entre 1936 y 1940 el aumento fue de grandes proporciones, para el hombre el índice de vida fue de 64 años y para la mujer de 67 años, y para 1975 la esperanza para el varón fue de 72 años y para la mujer cercana a los 78.

En el caso colombiano las estadísticas de población no son del todo satisfactorias, según las fuentes de Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), en el año de 1985 el nivel de población se encontraba en 30,794, para el año 2010 existió un aumento de un 14,714, dejando en evidencia la falta de control de natalidad en nuestro país, y donde se puede decir que según una investigación realizada por *Ana Langer* en Colombia “en el año 2000, el tamaño de la familia era

en promedio de 2,6 hijos, mientras que el número deseado de hijos era, en promedio, de 2,3 (3). Estos datos, de por sí ilustrativos, son medias nacionales que ocultan grandes diferencias según la edad, escolaridad y lugar de residencia” (Langer, 2002.).

Lo anterior nos debela que los sistemas de planificación no son utilizados de manera correcta debido a factores que en muchos casos son problema de carácter cultural, y donde la religión es el principal opositor. Sin embargo frente a estos aspectos *Langer* argumenta que “(...) Así, por ejemplo, en *Bolivia* (uno de los países con una prevalencia de uso más baja) la proporción de mujeres en edad fértil que utiliza anticoncepción ha aumentado del 30,3% en 1989 (5) al 45,3% en 1994 (6) y al 48,3% en 1998 (2), y en *Nicaragua* del 49% en 1993 (7) al 60,3% en 1998 (8). En el otro extremo del espectro (países con frecuencias de uso elevadas), *Colombia* muestra un aumento del 72% en 1995 (9) al 77% en 2000 (3) y en *México* se observa una tendencia ascendente sin interrupciones: del 63,1% en 1992 al 66,5% en 1996 y al 70,8% en 2000 (4)” (Langer, 2002.).

Con lo anterior podemos darnos cuenta que los problemas de embarazos no deseados por culpa del desconocimiento de mecanismos de planificación son producto de la falta de normatividad entorno a estos temas, y que en el caso colombiano son el pan de cada día y, donde los principales perjudicados son los estratos más bajos, quienes se ven en la penosa obligación de buscar por otros medio económicos la forma para sostener a sus familias.

A lo anterior se suma, que el producto de dichas falencias en la normatividad y la falta de oportunidades laborales, las familias que no posean los recursos necesarios y se vean en la obligación de dar sus hijos en adopción; en casos extremos proceden a venderlos como si fueran una mercancía y donde no es mucha la diferencia que existe con el tema de la *maternidad subrogada*, existiendo una gran paradoja en torno al tema. Surge una pregunta ¿dónde queda entonces la responsabilidad de bienestar familiar y lo establecido en la constitución política en su artículo 44?

En principio se puede decir que no es un negocio ya que se dice que La adopción en el país está reglamentada en el *Código del Menor en el Decreto 2737, de 1989*, y es totalmente gratuita, pero hay documentos exigidos por ICBF, que si tiene valor monetario, ahora bien las personas que se quieran responsabilizar por la adopción de un menor, se tiene que someter a unas exigencias emitidas por éste; como inscribirse en el programa de adopción, y donde se le realizaran a personas una serie de talleres para reflexionar en si la importancia de adoptar un menor, aparte se valora la idoneidad física, social, moral y ética.

Con solo estas cosas en principio ya se acarrea con un mínimo de gastos, este proceso dura un aproximado de seis meses, dándole así una opción de entrar a una lista de espera donde se le explica a los adoptantes que no hay adopción directa, que no se puede escoger el menor, solo se hace el ofrecimiento por medio de una foto y un historial del mismo, ahí es

donde se toma la decisión de obtener el menor o no; ahora después de la entrega del menor no se puede devolverlo.

En esta serie de trámites, se mira la extensión de tiempo para obtener un niño, las parejas con una situación económica definida, prefieren una vía mucho más rápida buscando en si una persona que por una cifra de dinero *alquile el vientre* ya sea que ella como mujer done su ovulo o simplemente se haga un implante y conciba un niño con rasgos característico ya sea de la madre o del padre y así se convierta en un hijo legitimo o de sangre y se continua con la vida tal cual y sin trámites engorrosos sin documentación costosa y aparte de eso llevar a cabo un trámite judicial como lo es la demanda frente a un juez donde este decide si la pareja es apta o no para llevarse a un menor que ellos no escogieron, sino que simplemente el ICBF les impuso en una foto.

Frente a la a *decisión judicial* determinada por un *juez*, se indica en la *sentencia* que los adoptantes no son aptos y la cual designa que el menor tiene que ser devuelto a la casa de origen es porque ya no hay empatía entre adoptantes y adoptado. Esta situación también empuja a las personas a seguir buscando con ansia el ser padres y poder conformar una familia según lo ya antes mencionado.

Hay tantos extranjeros que vienen a este país solo por llevarse niños con buena o mala intención, son más las cifras de los niños adoptados para que salgan del país que los niños que se quedan en este su país de origen, (eso hay que meditarlo), entonces estamos frente a una realidad

que las mismas personas que habitan este país dejan que los demás vean con buenos ojos que sean los extranjeros que demuestren una capacidad económica mucho más grande y estable que la que se vive en este país. En ese orden de ideas vamos al origen de la situación; en el país son tantos los hijos no deseados, que las parejas que quieren tener por vía natural a los hijos les es casi que imposible por factores ajenos a la voluntad de la pareja, este país debe entrar a analizar sin tapujos ni *religión* esa realidad social latente sobre el incremento de menores. En muchos caso hay un pleno desconocimiento del gasto que genera el traen un niño al mundo y donde las cifras que existen son innombrables para el *Estado Colombiano*.

Al ser lo anterior un problema de carácter económico, la solución está en nuestras manos, la situación económica en la que se ve inmersa las comunidades más desprotegidas –en este caso- los estratos uno y dos y las comunidades campesinas, es *regular* mediante una ley los métodos de planificación en dicha población y donde tal ley controle los procesos migratorios de las periferias *colombianas*. Pues el simple hecho de que nuestro país sea una “*democracias*” no quiere decir que debemos dejar que dichas poblaciones hagan lo que mejor les parezca y donde el egoísmo por parte de un grupo determinado de individuos que no poseen un concepto de *solidaridad social*, pues ante la ausencia de esa *ética* lo que hacen con sus formas de actuar es un problema que perjudicara a las demás personas que integran el *Estado* y que si piensan en el futuro de los demás y donde el lema de hoy debe ser *filantropía* y no *misanthropía*.

Conclusiones.

El hecho de recurrir a una *madre de alquiler*, ha demostrado ser una elección que ha dado muy buenos resultados y ha ayudado a muchas parejas a cumplir su sueño de crear una familia. Pero también, es un procedimiento muy controversial y que puede engendrar problemas emocionales o psicológicos. Con esta nueva revolución de la idea de la familia tradicional, a pesar de cuestionar la ley de Reproducción Asistida actual, es una opción cada vez más viable, por lo que resolver el dilema, el debate y la solución está en manos de la sociedad.

También a manera de conclusión creemos que temas como estos, al ser parte de la esfera de decisiones personal de los ciudadanos *colombiano*, el congreso no podría entrar a permitir o prohibir, sino que en ejercicio de la democracia, y en cumplimiento por lo establecido por la *constitución política* deberían ser los mismo ciudadanos quienes a través de los mecanismos de participación ciudadana, los que decidieran con un SI o un NO, sobre el tema de alquiler de vientres y donde el congreso, con base en una investigación rigurosa, plantee la posibilidad de regular dicha problemática, pues es la sociedad actual y el Estado los que debe asumir un rol de garantista de las libertades, los derechos y deberes que el mismo pueblo necesita, con el fin que de manera directa se auto-constituya una solides democrática.

Somos muchos y pensamos diferente, el congreso no puede ser el órgano que decida, lo mejor que pueden hacer es reglamentar, lo que el pueblo considere como justo.

También se puede concluir que en muchos casos el problema de una *interpretación judicial*, gira en torno a una confusión conceptual debido a que no existen criterios claros de análisis; ocasionando una gran cantidad de interpretaciones que dan pauta para que existan *grandes vacíos* en la norma y que contra el tiempo impactan en la sociedad.

Bibliografía

Campillo, A. (2008.). *El concepto de lo político en la sociedad global*. Barcelona España.: Herder editorial.

Demanda de inconstitucionalidad, expediente D-439. (Corte Constitucional. 5 de Mayo. de 1994.).

Descartes, R. (1992). *Discurso del Método, Meditaciones Metafísicas, reglas para la Dirección del Espíritu, Principios de la Filosofía* (Decimo primera edición ed.). (F. Larroyo, Ed., & f. Larroyo, Trad.) México D.F: Porrúa, S.A.

Editorial Temis. (1996). *constitución política de Colombia*. Bogota D.C: Editorial Temis.

Hart, H. (1961). *El concepto de Derecho* (Segunda edición. ed.). (R. C. Genaro, Trad.) Argentina: “abeledo-perrot”.

Hart, H., & Dworkin, R. (1997.). *La decisión Judicial. Estudios preliminares de Cesar Rodríguez*. (5ta Reimpresión ed.). (J. M. Abondano, & M. Holguín, Trads.) Bogota D.C: Siglo del hombre Universidad de los Andes.

Langer, A. (11. de Marzo. de 2002.). *www.google.com*. Recuperado el 23 de julio. De 2011., de *www.google.com*.:
www.scielosp.org/pdf/rpsp/v11n3/9402.pdf

Legis Editores, S.A. (2000.). Código civil Colombiano. En L. Orlando., & V. Enrique (Ed.), *Código Civil* (Quinta Edición. ed., pág. 711). Bogota D.C, Cundinamarca, Bogota.: Legis S.A.

Monroy Cabra, M. G. (2009.). *Derecho de la infancia y adolescencia*. (Decima edición ed.). Bogota D.C.: Libros del profesional, Ltda.

Raymond guillin, J. V. (2001). *Lexique de termes juridique. (Diccionario jurídico)*. (Tercera reimpresión de la segunda edición. ed.). (J. Guerrero., Trad.) Bogotá D.C: Temis S.A.

Sentencia de constitucionalidad., T -2220700. (Santiago de Cali. 18. de Diciembre. De 2009.).

www.wordreference.com. (14 de enero de 1999). Recuperado el 22 de agosto. De 2011., de *www.wordreference.com*:
<http://www.wordreference.com/es/en/frames.asp?es=regular>

Yunis, E. (2001.). *Evolución o Clonación* (Primera edición ed.). Bogotá D.C: planeta Colombiana, S.A.