



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

Rincón Castellanos, Ximena

¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia

Derecho PUCP, núm. 69, julio-noviembre, 2012, pp. 99-112

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656141009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia

Bioethics and law for what and whom? Discussions about
the Regulation of assisted reproductive techniques in
Colombia

XIMENA RINCÓN CASTELLANOS*

Resumen: Las recientes preocupaciones por la regulación normativa de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) suscitan especialmente discusiones sobre cómo administrar los embriones, cuántas veces usar una muestra, cómo definir la filiación, entre otros. Sin embargo, no se ha cuestionado directamente a quienes estaría amparándose con estas regulaciones y cuál sería su contribución a la equidad social y al desarrollo de todo un país, pues la urgencia de salvaguardar los derechos sexuales y reproductivos —marco teórico invocado para exigir la regulación de las TRHA— debe apuntar necesariamente a la consecución de una sociedad menos desigual.

El análisis propuesto será abordado a partir del caso de la aplicación de las TRHA para la maternidad subrogada en Colombia. En el artículo se presenta inicialmente el contexto en el cual se pretende la regulación de la maternidad sustitutiva, revisando algunos aportes conceptuales y empíricos de Michael Sandel sobre las tendencias de la maternidad subrogada entre los países «desarrollados» y los del «tercer mundo», para luego ver los perfiles de fecundidad en Colombia, como una muestra de la inequidad existente en el país.

Posteriormente, se hará una aproximación al debate jurídico existente en el país, a partir del único caso de maternidad sustitutiva resuelto por la Corte Constitucional Colombiana y los proyectos de ley que han sido presentados en el país como intentos de regulación de esta materia. Finalmente, se llevarán a cabo algunas reflexiones y discusiones sobre la regulación normativa de las TRHA y la gestación sustitutiva, para que el derecho opere como verdadera correa de transmisión de variados intereses sociales¹, es decir, que conduzca más bien hacia el bien común, la solidaridad y la cooperación, y no actúe como un simple regulador que asegure el cumplimiento de los contratos.

* Investigadora del Grupo de Investigación Filosofía Moral y Política del Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Javeriana y del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Bogotá (Colombia). Abogada y magistra en Política Social. Correo electrónico: xrincon@javeriana.edu.co

1 El concepto de derecho como correa de transmisión de los intereses sociales ha sido desarrollado por el maestro Guillermo Hoyos Vásquez, quien plantea que el derecho de hoy debe ser en sí mismo la política, es decir, el derecho como deliberación y negociación sin exclusión de actores sociales. De este modo, el diálogo social, eminentemente político, asume la forma jurídica para asegurar su cumplimiento, sin quitarle su esencia política. Esta idea ha sido presentada en varias conferencias, entre ellas en la Lección Inaugural del Doctorado en Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana en Bogotá (agosto de 2011).

Palabras clave: derechos sexuales y reproductivos – bien común – técnicas de reproducción humana asistida – maternidad subrogada – equidad social

Summary: The recent concern for the normative regulation of assisted reproduction techniques (ART), raises discussions about how to manage the embryos, how many times to use a sample, how to define parenthood, and other issues. However, it has not been questioned who would be favoured with these regulations and what is their contribution to social equity and development for an entire country. Considering that the urgency to guarantee the sexual and reproductive rights —theoretical framework invoked to require ART— should be aimed at reaching a fair society.

The proposed analysis will be undertaken considering the case of applying the ART for surrogate mothers in Colombia. The paper presents the context in which it is intended to apply the normative regulation, alongside the review of some conceptual and empirical contributions by Michael Sandel concerning trends in surrogate motherhood among «developed» and «third world» countries. This should allow considering the profiles of fertility in Colombia as a sign of inequality in our country.

Subsequently, we will approach the current legal discussion in Colombia concerning surrogate motherhood, from the only case of surrogate motherhood resolved by the Colombian Constitutional Court and the bill projects presented in the Colombian Congress to regulate this issue. Finally, we will present some reflections and discussion on the normative regulation of the ART and surrogate gestation, and the law as a transmission belt of varied interests, that is, that it ought to lead to common good, solidarity and cooperation, and not simply function as a regulator that ensures the fulfilment of contracts.

Keywords: sexual and reproductive human rights – common good – assisted reproductive techniques – surrogate motherhood – social equity

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL CONTEXTO PARA LA REGULACIÓN DE LAS TRHA Y LA GESTACIÓN SUSTITUTIVA.– III. LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LA MATERNIDAD SUSTITUTIVA.– IV. LOS INTENTOS DE REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN SUSTITUTIVA EN COLOMBIA.– V. ALGUNAS PROPUESTAS DE REGULACIÓN PARA EL BIEN COMÚN.– VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto y reto de la bioética y el derecho suelen ubicarse en el establecimiento de los límites del desarrollo científico y tecnológico en la manipulación y administración del cuerpo humano. En la publicación *El Correo de la Unesco* del último trimestre de 2011, Salvador Bergel afirmó que «la bioética está llamada a intervenir para establecer un justo y difícil equilibrio entre el progreso de la investigación médica y el respeto de la vida humana»². Sin embargo, tras documentos como la

2 BERGEL, Salvador. «Bioética: desafíos inesperados». *El Correo de la Unesco*, 4 (2011), p. 39.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, las pretensiones son aun mayores. La bioética ya no solo debe ocuparse de cuestiones clínicas e individuales, sino que debe buscar articular estas discusiones con el camino hacia una sociedad más justa en la que se promuevan principios esenciales para la convivencia social, entendiendo de este modo el desarrollo.

Uno de estos principios se encuentra en el artículo 13 de la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*. De acuerdo con este instrumento, un principio de la bioética es el fomento de la solidaridad y la cooperación, por tanto, en los procesos de juridización de un asunto concerniente a la bioética, debería preguntarse cómo fortalece el bien común y cómo promueve principios como la solidaridad y la cooperación, de tal forma que incorpore el mayor número de intereses sociales posible y busque siempre proteger al más débil o a ciudadanos en situación de desventaja.

Para reflexionar en torno a la bioética y el derecho en conexión con el bien común, es imprescindible incorporar elementos que describan el contexto social y la realidad de los países y de los ciudadanos que forman parte de la situación que se pretende regular; no basta con cuantificar y poner sobre la mesa los elementos clínicos, los cuales son muy valiosos, pero que deben ser complementados con una mirada más integral si lo que se quiere es una sociedad más justa.

II. EL CONTEXTO PARA LA REGULACIÓN DE LAS TRHA Y LA GESTACIÓN SUSTITUTIVA

Michael Sandel relata en su libro *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, que debido a los precios elevados que en los últimos años ha tenido la gestación sustitutiva en Estados Unidos, dada la creciente demanda de estos «servicios», las gestantes reciben entre U\$20 000 y U\$25 000 por cada embarazo, es decir, entre 36 y 45 millones de pesos colombianos. A esta cantidad de dinero se suman los costos clínicos de los procedimientos de fecundación, con los cuales la suma total puede ascender a U\$80 000³.

Con estos costos tan altos, las parejas acuden a opciones más económicas que se encuentran con extranjeras en precarias condiciones económicas y en general con hijos. Sandel se refiere en su libro a la situación de la India, país que legalizó la subrogación comercial de la maternidad en 2002 y señala que Anand es la ciudad de la India con más mujeres que ejercen como madres sustitutas de parejas de países como Estados Unidos, Taiwán, Gran Bretaña, entre otros. Estas mujeres ganan por la gestación sustituta entre U\$ 4500 y U\$ 7500, es decir, la cuarta parte

3 SANDEL, Michael. *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*. Barcelona: Debate, 2011, p. 118.

de lo que cobraría una mujer en los países de origen de las parejas. El costo es bajo en la India, porque estas mujeres suelen recibir salarios mensuales de U\$25, por tanto, el pago que perciben en nueve meses resulta muy atractivo, especialmente para sufragar las necesidades de sus hijos. Es un dinero que en la mayoría de los casos no es para las mujeres, sino para atender las necesidades de sus niños.

En Colombia, no hay una regulación que prohíba o permita esta práctica, sin embargo, es muy sencillo encontrar avisos en la Internet de oferta y demanda de servicios de subrogación de maternidad, cuyo costo oscila entre 5 y 15 millones de pesos. En la página web Galeon.com, una mujer colombiana publicó un aviso que dice: «estoy muy interesada en obtener información sobre “alquiler de vientre”. Pues tengo problemas de fertilidad y con mi esposo nos enteramos que existía esta posibilidad, pero no sabemos mucho al respecto. Vivo en Bogotá, Colombia. Le agradezco toda la información que me pueda dar al respecto: procedimiento, precio, etcétera». Las respuestas a esta publicación son varias, entre ellas: «Hola, soy peruana 25 años y aunque no he tenido hijos estoy dispuesta a alquilar mi vientre, soy persona seria, no tengo vicios, de tez blanca. El precio que pido es de 10 000 dólares pero conversando podemos llegar a un buen acuerdo»⁴. Incluso, los mismos centros de fertilidad actúan como mediadoras entre la pareja y las mujeres que serán gestantes, como lo veremos más adelante en el caso que estudió y resolvió la Corte Constitucional colombiana.

La maternidad sustitutiva es una práctica que se consolida día a día como mercado, se rige por las reglas de la oferta más económica y encuentra en las mujeres con escasos recursos y con hijos, las candidatas más adecuadas para obtener el mismo objetivo, pero a más bajo costo.

Ahora bien, si quisiéramos pasar la reflexión a un escenario más general del país (Colombia), sugiero la revisión del comportamiento de la fecundidad en Colombia y de cómo, a partir de este, se evidencia la reproducción de la inequidad para que el país, además de pretender la reglamentación de la práctica de la gestación sustitutiva, reflexione sobre los nacimientos no deseados que se presentan en los sectores más pobres de la población, cuyos derechos sexuales y reproductivos no están siendo garantizados.

Una fuente ampliamente conocida en Colombia en asuntos de derechos reproductivos, y específicamente en lo relacionado con el comportamiento de la fecundidad, es la *Encuesta nacional de demografía y salud* realizada por Profamilia⁵. La encuesta más reciente corresponde

4 Ver http://foro.galeon.com/alquiler_de_vientres_para_tene/6603/651136/m/urgente-busco-alquiler-de-vientre/

5 Profamilia es una organización privada especializada en salud sexual y reproductiva que ofrece servicios médicos y promueve la educación sexual en Colombia.

al año 2010 y estableció que la tasa global de fecundidad (TGF)⁶ es de 2,1, continuando con la tendencia decreciente, dado que en el 2000 la TGF fue de 2,6 y en el 2005 de 2,4. Sin embargo, esta tendencia es variable si se estudia la información por grupo de edad, escolaridad y estrato socioeconómico.

A mayor educación, menor es la fecundidad con una diferencia de casi tres hijos entre las mujeres sin educación y aquellas con educación superior. En todos los otros grupos de educación, la fecundidad o baja solo un poco (sin educación primaria y secundaria) o sigue igual (superior) entre 2010 y 2005⁷.

Pese a que el comportamiento general de la fecundidad es decreciente, «de 1990 a 1995, la tasa de fecundidad en adolescentes pasó de 70 a 89 nacimientos por cada mil mujeres entre los 15 y los 19 años, con incrementos del 19% en las zonas urbanas y del 47% en las rurales»⁸. Para la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de 2010, se registra un leve descenso, sin embargo, sigue siendo una constante que las adolescentes con un mayor número de hijos se encuentran en los sectores con menor goce de derechos económicos sociales y culturales o estrato socioeconómico bajo y en las zonas rurales.

La encuesta también menciona que en el año 2005 el grupo de edad con la mayor tasa de fecundidad (132 nacimientos por mil mujeres) era el de 20 a 24 años, seguido por el de 25 a 29 años de edad. El gráfico 1 ilustra con más detalle la situación de la fecundidad en Colombia.

Por su parte, la Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva de 2003, que aún permanece vigente, reconoce que la tasa de fecundidad observada en Colombia era de 2,4, mientras que la tasa de fecundidad deseada era de 1,7 hijos, es decir, *casi la mitad del millón de nacimientos anuales en el país no habían sido deseados*⁹.

Esta situación de embarazos no deseados entre la población con mayores vulneraciones de derechos económicos, sociales y culturales, como lo son los sectores pobres de las ciudades y las zonas rurales, es una de las tantas expresiones de la situación de inequidad de la sociedad colombiana y que evidencia la violación de los derechos sexuales y reproductivos de muchas ciudadanas. Por tanto, reflexionar en torno a la regulación de las técnicas de reproducción asistida en el terreno de los derechos sexuales y reproductivos y en una asociación política con pretensiones

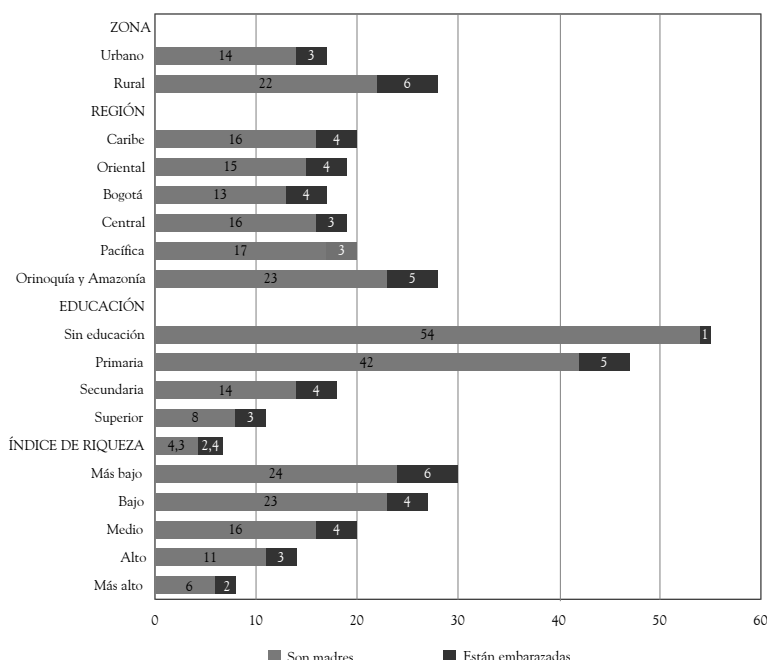
6 La tasa global de fecundidad corresponde al número de nacimientos por mujer.

7 PROFAMILIA. *Encuesta nacional de demografía y salud*. Bogotá, 2010, p. 109.

8 SERRANO AMAYA, José & otros. *Panorama sobre derechos sexuales y reproductivos y políticas públicas en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos, 2010, p. 57.

9 Ver *ibidem*, p. 58

Gráfico 1. Embarazo adolescente en Colombia por zona de residencia, educación e índice de riqueza en Colombia para el año 2010



de democracia sustantiva¹⁰, y anhelos de desarrollo, no debería excluir del debate público-jurídico esta realidad.

III. LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LA MATERNIDAD SUSTITUTIVA

La Corte Constitucional ha establecido que la regulación y garantía de los derechos sexuales y reproductivos deben proteger especialmente a la mujer y además deben contribuir a la justicia social. La Corte desde la sentencia T-605 de 2007, indicó que «los derechos sexuales y reproductivos son reconocidos como derechos humanos cuya titularidad recae particularmente en cabeza de las mujeres, razón por la cual una adecuada atención en salud reproductiva se torna como elemento clave en la construcción de equidad social».

¹⁰ El concepto de democracia sustantiva ha sido desarrollado por Boaventura de Sousa Santos, en el sentido que ya no basta la existencia de instituciones y procedimientos con pretensiones de imparcialidad y neutralidad, sino que una verdadera democracia transforma las dinámicas sociales «abismales» o excluyentes, para la emancipación y la libertad de las poblaciones excluidas e invisibilizadas.

Esta referencia constitucional es importante para reforzar la tesis de este escrito que pretende una reflexión bioética incorporando la idea de un impacto más amplio en términos de bien común y equidad social, especialmente a la hora de pensar en la juridización de derechos sexuales y reproductivos en distintos escenarios, en este caso, en el escenario de las TRHA.

En el año 2010, la Corte Constitucional resolvió un caso en el que una mujer colombiana llamada Sarai¹¹, residente del municipio de Viges del Valle del Cauca, con precarias condiciones económicas y madre de una niña de cinco años, accedió a una fecundación *in vitro* con óvulo y espermatozoide de una pareja residente en Estados Unidos y conformada por un colombiano (Salomón) y una dominicana (esposa). El director del programa de fertilización *in vitro* del Centro de Reproducción Asistida Fecundar fue quien los puso en contacto. Esta implantación no tuvo éxito.

Posteriormente, Salomón inició una relación amorosa con Sarai y tras algunas semanas le propuso la fertilización con sus propios óvulos. La mujer accedió bajo la promesa de una buena posición económica. En marzo de 2006 nacieron los gemelos. Luego, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de Yumbo retiró la custodia de la madre porque los niños padecían una grave afección gripal, dado que vivían al lado de un horno de cal. La custodia fue concedida a la tía paterna. Tras esta decisión, la madre cambió su residencia a la ciudad de Cali. El padre solicitó la custodia y permiso para salida del país de los gemelos, el cual fue concedido por un Juez de Familia con los siguientes argumentos:

- La madre incumplió con el contrato verbal de entregar a los gemelos.
- Las condiciones de vida de los gemelos al lado de su madre no eran las adecuadas.
- «Debido a las condiciones económicas de la madre y a la situación de subdesarrollo, inseguridad y pobreza que vive la ciudad de Cali, los niños con su padre van a tener el amor de una familia y van a contar con todas las oportunidades de vivir en un país desarrollado»¹².
- El padre tiene un mejor derecho porque fue él quien busco la concepción de los gemelos.

Este fallo es una muestra de la visión tradicional y acrítica de la situación que rodea los casos de la maternidad subrogada. Parte de considerar que la maternidad subrogada es un contrato civil como cualquier otro cuyo

11 Este nombre es un seudónimo dado por la Corte Constitucional para proteger el derecho a la intimidad de las personas involucradas en el caso.

12 Sentencia T-968 de 2009, MP. María Victoria Calle, p. 7.

objeto es un inmueble o mueble; refuerza la condición de vulnerabilidad de la mujer por dos razones: i) la conciben como un simple medio para la procreación, y ii) dado que se trata de una mujer «pobre», utiliza esta condición como argumento para negarle protección jurídica, justificando la idea de que los potenciales padres ricos, es decir los proveniente de países o sectores «desarrollados», siempre tendrán mejor derecho sobre los padres de los países o sectores «pobres». Reproduciendo las actuales condiciones de inequidad social a las cuales se ha hecho referencia.

Como respuesta al fallo judicial señalado, la madre gestante presentó un escrito con afirmaciones de gran relevancia, del cual se transcribe a continuación algunos apartes, dado que en las discusiones parlamentarias y gubernamentales, la voz de las madres gestantes suele ser la menos escuchada:

Cómo es posible que el señor JUEZ en su Sentencia manifieste que la señora SARAI «era consciente que al nacer los niños los debía entregar al padre de los mismos, pero se apegó a ellos a pesar de que tenía ya otra hija» (página 12 parágrafo 2 de la Sentencia), afirmación que considero injusta partiendo del hecho de [sic] como Juez sabe que dicho contrato es ATÍPICO en nuestra legislación además el señor Juez se refiere a la señora SARAI como si ella no tuviera sentimientos o sea peor que un animal porque [sic] hasta los animales después de tener a sus crías las cuidan hasta que ellas se defienden solas [...]

Otra situación planteada por el señor JUEZ en la Sentencia que considero injusta es cuando él mismo manifiesta que la «ciudad de Cali, es peligrosa, no hay fuentes de empleo, la gente es pobre pasa demasiadas necesidades, estudiar se ha vuelto una odisea, hay problemas de drogadicción y prostitución, hay delincuencia en todos los órdenes de la sociedad, narcotráfico etcétera, en otras palabras es difícil levantar familia en esta ciudad ante los innumerables problemas que nos rodean...» (Tomado textualmente de la sentencia), cómo es posible que todo un Juez de la República se exprese de esta forma de la ciudad donde habita [...]. Señores Magistrados es muy doloroso la manifestado por el señor JUEZ DÉCIMO DE FAMILIA cuando manifiesta que es muy difícil ser profesional y tener buenos valores en nuestro país¹³.

La Corte Constitucional consideró, en primer lugar, que las condiciones de pobreza no son razón suficiente para separar a los niños de su familia. Con relación a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, específicamente en casos de maternidad sustitutiva, no es una práctica que esté prohibida por el ordenamiento jurídico colombiano en virtud del artículo 42 de la Constitución Política que establece: «Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados

13 L. cit.

naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes». Incluso, los centros de Medicina reproductiva recomiendan esta práctica a los pacientes, tal como sucedió en el caso de Sarai:

El centro de Medicina Reproductiva Fecundar, al no ser clara la reglamentación en Colombia, sobre madre sustituta recomienda este tratamiento siempre con una pariente o familiar, pero la pareja manifestó no tener una candidata con las condiciones requeridas y solicitó el favor de que se le recomendara una persona.

Después de examinar y encuestar varias candidatas que pudieran servir de madre sustituta, se recomendó a la Sra. Sarai, de 26 años en ese momento [sic]¹⁴, febrero 21 del año 2004, la cual había sido recomendada por otra paciente del Centro, la Sra. Esperanza Reina Ramos.

Esta candidata se le evaluó [sic] desde el punto de vista médico, exámenes de laboratorio y departamento de psicología, encontrándose adecuada. Además tenía a su favor que ya era madre de una niña de 1 año de edad¹⁵.

IV. LOS INTENTOS DE REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN SUSTITUTIVA EN COLOMBIA

En Colombia han sido presentados dos proyectos de ley con idéntico contenido por senadores de la República, uno de ellos en el año 2008, proyecto de ley 196, y el siguiente en 2009, proyecto de ley 037. Estos proyectos no han pasado más allá de algunos debates y luego han sido archivados.

El contenido de estos proyectos establecen disposiciones que regulan la gestación sustitutiva como un acuerdo de voluntades guiado por el altruismo en el que las partes se obligan, una a pagar un auxilio económico mensual y proporcionar la atención médica requerida durante la gestación, y la otra se compromete a entregar el bebé y a no reclamar filiación alguna.

Para estos proyectos de ley se trata de subrogación de la maternidad ya sea que la mujer gestante disponga o no de su óvulo, a diferencia de la Corte Constitucional, que en su sentencia T-968 de 2009 dispuso que en estos casos no se trataba de maternidad subrogada, sino que solamente ocurre cuando el óvulo y el espermatozoide corresponden a la pareja solicitante.

¿BIOÉTICA
Y DERECHO
PARA QUÉ Y
PARA QUIÉNES?
DISCUSIONES
EN TORNO A LA
REGULACIÓN DE
LAS TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN
HUMANA
ASISTIDA EN
COLOMBIA

BIOETHICS AND
LAW FOR WHAT
AND WHOM?
DISCUSSIONS
ABOUT THE
REGULATION
OF ASSISTED
REPRODUCTIVE
TECHNIQUES IN
COLOMBIA

14 La señora Sarai nació el 13 de diciembre de 1983, en consecuencia, para esa fecha contaba con 21 años de edad.

15 Sentencia T-968 de 2009, MP. María Victoria Calle, p. 57.

Estos proyectos contemplan regulaciones referentes a que la pareja solicitante debe ser completamente infértil, heterosexual, mayores de 25 años y que no pueden rechazar al bebé una vez nazca. La pareja puede ser extranjera, siempre y cuando tenga un año de residencia en el país. Respecto de la madre gestante, contempla que sea colombiana, que no haya abortado, que no tenga ningún parentesco en el primer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o civil con los padres biológicos.

Este contenido normativo se limita a tratar el tema como un asunto contractual en el que hay que asegurar que la madre gestante entregue al bebé y no reclame derechos de filiación sobre él, y la pareja solicitante pague los costos del tratamiento y el auxilio mensual a la otra parte. Sin embargo, no es muy claro cómo la madre gestante, quien se encuentra en notoria desventaja respecto de la pareja solicitante, por su situación posparto y dado que el capital económico, social y cultural del que dispone es mucho menor, pueda asegurar el pago. Pareciera más bien un proyecto de ley hecho para asegurar que las mujeres entreguen el bebé y no ejerzan alguna acción tendiente a establecer filiación.

A partir de la lectura de los proyectos de ley y las materias que regula, se evidencia que la urgencia de su regulación radica en la posibilidad de hacer cumplir a ambas partes con el acuerdo, principalmente por los casos en los que la madre se apega al niño, pues son escasos los casos en los que los padres biológicos se niegan a recibir al bebé.

Por supuesto, también puede darse el caso en el que los padres se nieguen a cancelar la suma prometida y, mediando una regulación, sea posible la exigibilidad judicial del pago de este dinero. Sin embargo, y dado el contexto presentado, cuando los padres biológicos sean extranjeros, para la madre sustituta, por lo general de escasos recursos, un proceso de cobro coactivo será una carga casi imposible de soportar, pues si alquila su vientre por diez millones de pesos, el costo de uno de esos procesos podría ser igual o superior, ya que pertenece a la órbita del derecho internacional, e incluso el costo de un proceso ejecutivo a nivel nacional es *per se* engorroso. Es probable que en algunos casos la madre piense en volver a embarazarse antes que asumir un proceso de estos. Estos proyectos no prevén un trámite especial para hacer efectivos estos pagos. Entonces, no creo que la regulación de las técnicas de reproducción humana para maternidad sustituta sea eficaz para asegurar el pago, más bien, sí lo es para asegurar la entrega del bebé y evitar cualquier reclamo de filiación.

Por su parte, y siguiendo la reflexión bioética articulada al bien común propuesta en este artículo, no se encuentra en el proyecto de ley disposición alguna que busque asegurar que el móvil sea efectivamente altruista, y no la necesidad económica, ya que esta última actúa como una forma de constreñimiento de la autonomía de la voluntad de

las mujeres, pues de no encontrarse en esa situación económica, no ejercerían como madres sustitutas. Bajo esta dinámica se continuarían reproduciendo las condiciones de desigualdad, pues muy difícilmente una mujer acomodada ejercerá como madre sustituta a favor de una mujer de escasos recursos.

Se trata entonces de una regulación que no está pensada en términos de bien común, sino para asegurar el cumplimiento de los contratos y la seguridad jurídica, sin que contemple mecanismos para intervenir en los sectores que están concibiendo niños no deseados y que también deben ser atendidos con acciones de política pública. Es decir, así como se presenta como una urgencia la regulación de las TRHA en general y de la maternidad subrogada en particular, como un asunto de derechos sexuales y reproductivos, debería tratarse de manera muy cercana y conexas la necesidad de regular e intervenir la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres colombianas adolescentes y rurales que están concibiendo a la mayoría de los bebés que nacen actualmente en el país.

V. ALGUNAS PROPUESTAS DE REGULACIÓN PARA EL BIEN COMÚN

La gestación sustitutiva o maternidad subrogada, como se evidenció en el caso estudiado por la Corte Constitucional colombiana, en general involucrará a mujeres de escasos recursos, sin desconocer que puede haber otros móviles. Un ejemplo en el que el móvil no es la necesidad económica, y por tanto hay una plena libertad en la decisión de subrogar el vientre, es el caso de la mujer de 53 años que dio a luz a su nieto en 1992, en la localidad de Búfalo (Nueva York), producto de los cuatro implantes de óvulos de su nuera de 33 años, fertilizados en laboratorio con espermatozoides de su hijo. En esta oportunidad la intención fue cooperar con su hijo para que lograra ser padre¹⁶.

También ha sucedido que las abuelas ayudan a sus hijas a ser madres tras varios tratamientos de fertilidad no exitosos¹⁷. Igualmente puede suceder que una mujer muy buena amiga de una pareja quiera apoyar a la pareja en su proyecto de ser padres, como podría suceder eventualmente con una pareja homosexual.

Sin embargo, este no es siempre el panorama, no es solo el altruismo o la solidaridad lo que mueve a las mujeres a ser madres sustitutas. En Colombia, muchas de ellas lo hacen como una salida a su precaria condición económica. En una página de Internet llamada «Vientre de Alquiler Fertility Consulting» se cuenta la historia de una mujer paísa

¿BIOÉTICA
Y DERECHO
PARA QUÉ Y
PARA QUIÉNES?
DISCUSIONES
EN TORNO A LA
REGULACIÓN DE
LAS TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN
HUMANA
ASISTIDA EN
COLOMBIA

BIOETHICS AND
LAW FOR WHAT
AND WHOM?
DISCUSSIONS
ABOUT THE
REGULATION
OF ASSISTED
REPRODUCTIVE
TECHNIQUES IN
COLOMBIA

¹⁶ Ibídem, p. 56

¹⁷ Ver <http://www.abc.es/20110214/sociedad/abci-vientre-alquiler-abuela-201102141611.html>

de 29 años casada, con tres hijos, quien ya alquiló su vientre una vez por quince millones de pesos como alternativa para mantener a sus hijos y que ahora se encuentra en la misma situación de precariedad económica y desea volver a alquilar su vientre¹⁸. A este centro ubicado en la ciudad de Medellín se acercan anualmente cerca de cuarenta mujeres para subrogar sus vientres. Así, el proyecto de vida de esta mujer se verá reducido a la procreación, abandonando sus demás pretensiones y anhelos vitales.

Del caso citado por la Corte Constitucional y la revisión por Internet de esta oferta de servicios, se evidencia que en Colombia la maternidad subrogada ya es una práctica extendida y un mercado en el que los centros de fertilidad son intermediarios y juegan un papel fundamental. Esta práctica no está criminalizada, tampoco prohibida y sencillamente está operando con las reglas de mercado. Hay una oferta, una contraoferta y finalmente un acuerdo sobre el precio, el lugar y cuidado de la madre, los exámenes requeridos a la madre sustituta, entre otros aspectos.

Se trata de un mercado en consolidación que, con el avance cada vez mayor de la ciencia, se hace más atractivo. Según Deborah Spar, docente de administración de la Universidad de Harvard, con la aparición de la fertilización *in vitro*, la mujer que alberga al bebé ya no tiene ningún nexo biológico con el niño, luego las posibilidades de reclamo de la maternidad se reducen significativamente y las parejas ya no tendrán que buscar mujeres con ciertas características genéticas o físicas, sino solamente aquellas que sean sanas y cumplan con las indicaciones que se le suministren durante el embarazo como no fumar¹⁹.

En estas condiciones fácticas, el derecho debería articular intereses adicionales, además de la estabilidad contractual, debería tener en cuenta, por ejemplo, que los tratamientos de fertilidad no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) que administran las aseguradoras de salud en Colombia, sino que quienes deseen utilizar las TRHA deben contar con los recursos suficientes para pagar un procedimiento con un costo tan alto que oscila entre diez y quince millones de pesos. En ese sentido, debería establecerse el pago de un porcentaje adicional, administrado por una fiducia, para desarrollar dos programas esenciales de política pública: un programa contundente que incluya campañas y promoción de la adopción, para su desestigmatización y para acompañar a las parejas en este proceso. En segundo lugar, apoyar la capacitación en derechos sexuales y reproductivos, especialmente en el sector rural y con las mujeres campesinas que son más vulnerables a embarazos no deseados.

18 Ver <http://www.vientredealquiler.com/index.php/alquiler-de-vientres-nueva-forma-de-maternidad>

19 SANDEL, Michael. Ob. cit., p. 117.

111

¿BIOÉTICA
Y DERECHO
PARA QUÉ Y
PARA QUIÉNES?
DISCUSIONES
EN TORNO A LA
REGULACIÓN DE
LAS TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN
HUMANA
ASISTIDA EN
COLOMBIA

BIOETHICS AND
LAW FOR WHAT
AND WHOM?
DISCUSSIONS
ABOUT THE
REGULATION
OF ASSISTED
REPRODUCTIVE
TECHNIQUES IN
COLOMBIA

No obstante, alguna mujer podría, en algún momento determinado, optar por este camino como forma de vida, razón por la cual esta práctica no debe ser criminalizada bajo ninguna circunstancia. Como tampoco se debe desconocer que mientras en Colombia existan adolescentes de la ciudad y el campo que no han decidido ser madres, sino que lo son debido a patrones culturales y el desconocimiento de sus derechos, y mientras habite la inequidad social y la concentración de la riqueza a partir de dinámicas económicas nacionales y globales que causen la pobreza y el desempleo de estas mujeres, las abogadas y abogados deberíamos defender que el alquiler de vientre no sea una opción laboral y que tampoco la ley lo legitime, como tampoco debe criminalizarlo.

Por tanto, la ley, además de ocuparse de lo estrictamente clínico y económico, debería pensar en la equidad social o bien común y en los derechos de las mujeres que resulten envueltas en este mercado. Pues por lo general, considerando los casos especiales a los que ya se hizo referencia, son mujeres con escasos recursos económicos que buscan dinero para mantener a sus hijos biológicos.

Por ejemplo, los legisladores deberían considerar la adopción como una posibilidad viable para parejas con problemas de fertilidad. La Encuesta Nacional de Demografía en Salud de 2010 estableció que solamente 2 por 1000 mujeres tienen hijos adoptados y que solo el 14% de las que no tienen hijos adoptados ha pensado en esa posibilidad²⁰.

En este panorama, algunas acciones de política pública que pueden emprenderse y que están sujetas a debate, en dirección a cooperar con la construcción de una sociedad más equitativa y respetuosa de los derechos y el cuerpo de la mujer serían:

- Gravar o imponer un tributo a la práctica de las TRHA, cuyo pago sea porcentual entre los centros de fertilidad y la pareja demandante de la maternidad sustituta, en la cantidad que el debate parlamentario determine.
- Los recursos obtenidos de este gravamen deben ser administrados por una fiducia y direccionada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y Profamilia para financiar: i) programas que promuevan la adopción, la desestigmaticen y acompañen a las parejas en la toma de la decisión de adoptar, y ii) promoción de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y mejor atención en salud en esta área.
- Teniendo en cuenta que las mujeres que suelen alquilar su útero son madres que desean darle una mejor calidad de vida a sus hijos, debería fortalecerse la protección del empleo a las madres

20 PROFAMILIA. Ob. cit., p. 125.

y estimular su vinculación a las empresas públicas y privadas con buenas condiciones laborales.

VI. CONCLUSIONES

La regulación jurídica de los asuntos concernientes a la bioética debería incluir una perspectiva de bien común, es decir, se debería considerar la inclusión en esas regulaciones de algunas acciones que promuevan la equidad social para un logro más próximo del desarrollo. Es indispensable establecer conexiones con las situaciones locales y globales para evitar las regulaciones que simplemente amparan el buen desarrollo de un mercado emergente que pretende beneficiarse de la capacidad legislativa de una asociación política, la cual también debe resultar beneficiada de acuerdo con los fines para los cuales ha sido establecida. Reflexionar en torno a los derechos sexuales y reproductivos, como el derecho a tener un hijo, se correlaciona con variadas aristas como el derecho de los niños y niñas a tener una familia (adopción), el derecho de las adolescentes a no ser madres, y otros que involucran intereses sociales válidos y referentes a otros derechos, que no deberían ser excluidos del debate jurídico-político.

Recibido: 02/08/2012

Aprobado: 22/08/2012