

**TRABAJO DE GRADO**

**GESTAR POR SUBROGACIÓN:  
UN ACTO PENSADO DESDE LA LIBRE DISPOSICIÓN DEL CUERPO  
HUMANO  
EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE COLOMBIA, ARGENTINA Y  
ALGUNOS ESTADOS DE ESTADOS UNIDOS**

**Tesistas**

**Manuela Vanesa Muñoz Aristizábal  
Laura Manuela Arcila Morales**

**Directora**

**Olga Carolina Cárdenas Gómez**

**Asesor metodológico**

**Alejandro Guzmán**

**Universidad de Caldas  
2022**

## RESUMEN

El ejercicio del derecho a la libre disposición del cuerpo permite a la mujer materializar, entre otros, sus derechos sexuales y reproductivos. Lo anterior se puede evidenciar en la toma de decisiones como si se desea o no tener hijos, solicitar la interrupción voluntaria del embarazo o la gestación subrogada. El objetivo de esta monografía es determinar, a partir de los ordenamientos jurídicos de Colombia, Argentina y algunos estados de los Estados Unidos, el reconocimiento de la libre disposición del cuerpo como derecho individual en materia de gestación subrogada. A partir de una metodología cuantitativa, contrastada con un estudio de derecho comparado según la teoría estructuralista, se constató que muchos de estos ordenamientos jurídicos han recurrido a la prohibición o no regulación de esta práctica, dando prevalencia a límites impuestos por el orden público que restringen, en muchos casos y de manera injustificada, el ejercicio de tal derecho. La legislación sobre la libre disposición del cuerpo en materia de gestación subrogada, o la ausencia de ella permite clasificar los ordenamientos jurídicos en restrictivos o permisivos lo que brinda también diferentes elementos de análisis para la modificación o adopción de futuras legislaciones.

## TABLA DE CONTENIDO

Resumen.....	ii
Lista de figuras tablas e ilustraciones.....	vii
Lista de abreviaciones, siglas y abreviaciones.....	viii
Agradecimientos.....	ix
Introducción.....	1
Capítulo 1: Los alcances del cuerpo humano, perspectivas jurídicas, filosóficas y feministas.....	14
1.1 El cuerpo desde la filosofía y el derecho.....	16
1.1.1 La disposición sobre el cuerpo humano bajo los parámetros de orden público.....	21
1.1.2 Actos legítimos para disponer del cuerpo humano.....	25
1.2 Disposición del cuerpo de la mujer.....	29
1.2.1 Las olas del feminismo y su impacto en la disposición del cuerpo.....	30
1.2.2 Contraste entre los conceptos de decisión y disposición .....	35

Capítulo 2: El debate sobre el cuerpo y su disposición en materia de gestación subrogada.....	41
2.1 El problema de la gestación subrogada.....	45
2.1.1 La gestación subrogada como forma de comercialización del cuerpo de la mujer.....	46
2.1.2 La gestación subrogada como forma de dominación al cuerpo de la mujer.....	51
2.2 Motivaciones que una mujer puede tener para ser gestante subrogada.....	58
2.2.1 La gestación subrogada onerosa.....	59
2.2.2 La gestación subrogada altruista.....	65
2.3 La autonomía de la voluntad en la toma de decisiones sobre la disposición del cuerpo.....	69
2.3.1 La autonomía.....	70
2.3.1.1 Posición de la gestante subrogada en su entorno inmediato.....	71
2.3.1.2 Posibles consecuencias de la decisión en relación con su cuerpo.....	77
2.3.2 Derechos en cuestión.....	81
Capítulo 3: La gestación subrogada desde el derecho comparado.....	87
3.1 Colombia.....	88
3.1.1 Formantes legales.....	89

3.1.2 Formantes jurisprudenciales.....	99
3.1.3 Formantes no verbalizados o criptotipos.....	106
3.2 Argentina.....	110
3.2.1 Formantes legales.....	111
3.2.2 Formantes jurisprudenciales.....	115
3.2.3 Formantes no verbalizados o criptotipos.....	120
3.3 Estados Unidos.....	121
3.3.1 Formantes legales.....	123
3.3.2 Formantes jurisprudenciales.....	128
3.3.3 Formantes no verbalizados o criptotipos.....	138
3.4 Cuadro comparativo.....	143
Capítulo 4: Hacia un marco regulativo.....	156
4.1 La técnica legislativa.....	159
4.1.1 Vertiente jurídica.....	161
4.1.2 Vertiente lingüística.....	163
4.1.2.1 Nivel semántico.....	164
4.1.2.2 Nivel pragmático.....	169
4.2 Reflexiones, críticas y proposiciones.....	172
4.2.1 Desde los tratados internacionales.....	173
4.2.2 Desde la protección a los derechos fundamentales.....	177
4.2.3 Desde la perspectiva de las personas que recurren a la práctica de la gestación subrogada.....	181

4.2.4 Cuáles son los límites a no transgredir.....	185
Conclusión.....	188
Bibliografía.....	203

## LISTA DE FIGURAS TABLAS E ILUSTRACIONES

Tabla. 1. Cuadro comparativo.....	143
-----------------------------------	-----

## LISTA DE ABREVIACIONES, SIGLAS Y ABREVIACIONES

FIV	Fecundación In Vitro
GS	Gestación Subrogada
IA	Inseminación artificial
THRA	Técnicas de reproducción humana asistida



## **AGRADECIMIENTOS**

### **Manuela Vanesa Muñoz Aristizábal**

A mi mamá, porque esta obra también es de ella, su amor y apoyo incondicional me acompañó durante este camino; creyó en mí en todo momento, me prestó su hombro para llorar en los momentos de crisis y sus ojos y oídos para reír y celebrar cuando el buen trabajo hacía su mérito.

A mi abuelita por cuidarme desde el cielo.

A mi papá por alentarme día a día.

A mi compañera de tesis por ser la mejor del mundo.

A la doctora Carolina Cárdenas por creer en nosotras.

### **Laura Manuela Arcila Morales**

A mi mamá, por la disciplina que me inculca y su amor invaluable que me ayuda a seguir adelante.

A mis hermanos, por su complicidad y ejemplo.

A Enzo, por estar siempre a mi lado.

A mi compañera Manuela, por sus palabras amigables en los momentos de trabajo arduo y por su apoyo constante en la academia.

A nuestra Directora de tesis, por la rigurosidad y excelencia que nos enseña día a día. Sin su apoyo y dedicación, el gran nivel académico de este trabajo no hubiera sido posible.

## INTRODUCCIÓN

La Conferencia de El Cairo de 1994 marcó un antes y un después en materia de derechos sexuales y reproductivos de la mujer, reconociendo tácitamente la libertad de disposición sobre su propio cuerpo. Aunado a lo anterior, se reconocieron los métodos, las técnicas y servicios que contribuyen a afianzar esa libertad y bienestar reproductivo; instando a los gobiernos a reconocer, proteger y garantizar la prerrogativa de las mujeres al pleno acceso y goce de sus derechos sexuales y reproductivos.

La libre disposición del cuerpo humano ha sido social y jurídicamente aceptada en esferas poco controversiales, tales como la donación de órganos. Sin embargo, la autodeterminación acerca de la capacidad reproductiva de las mujeres ha sido criticada por diversos actores de la sociedad. De esta forma, nace la necesidad de regular la posibilidad que tienen las mujeres de tomar decisiones trascendentales respecto a su propio cuerpo frente al cómo, cuándo, dónde, con quién y bajo qué condiciones desean ejecutar sus decisiones en ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.

Históricamente, se ha evidenciado una clara vulneración frente a la toma de decisiones con respecto al cuerpo por parte de las mujeres. Tal situación ha sido justificada porque el cuerpo femenino siempre estuvo bajo el sometimiento de estándares sociales que imponían diversos actores como la iglesia, los hombres o

quienes hacen las leyes. Esto empezó a cambiar en virtud de las luchas feministas que han permitido reconocer el valor de la mujer y promover la defensa y libertad en el ejercicio de sus derechos con el fin de garantizarle un papel más activo en la sociedad.

Dentro del conjunto de derechos que se han reconocido a la mujer, además del sufragio y el trabajo, se encuentra la libertad que tiene diferentes facetas como la libertad de expresión y el libre desarrollo de la personalidad. A partir del reconocimiento de la libertad se ha considerado que la mujer puede disponer libremente de su cuerpo en algunos escenarios determinados, por ejemplo, al momento de decidir cómo desea conformar su familia. No obstante, el ejercicio de esta libertad continúa siendo un tema problemático hoy día, puntualmente, en materia de gestación subrogada en virtud de posturas moralistas y visiones biologicistas de la filiación.

Hablar de gestación subrogada implica hacer frente a miradas reprobadoras y al rechazo social porque se considera que la mujer decide utilizar su función “más sagrada”, la maternidad, con fines lucrativos. En virtud de ello se considera importante indagar, a partir de los ordenamientos jurídicos de Colombia, Argentina y algunos estados de los Estados Unidos ¿cuál es el reconocimiento de la libre disposición del cuerpo como derecho individual en materia de gestación subrogada?

La hipótesis que se plantea es que todos los ordenamientos jurídicos reconocen el derecho a la libre disposición del propio cuerpo. No obstante, dicho derecho no tiene un carácter absoluto porque en los ordenamientos jurídicos prevalece el orden público. En consecuencia, esta prevalencia condiciona el ejercicio del derecho de manera diferente. Así, la materialización de mismo puede manifestarse de cuatro formas: Primero, los ordenamientos jurídicos pueden reconocer la libre disposición del cuerpo como derecho individual, pero limitar su ejercicio en materia de gestación subrogada. Segundo, los ordenamientos jurídicos pueden reconocer la libre disposición del cuerpo como derecho individual y, al mismo tiempo, permitir a las mujeres decidir voluntariamente si desean o no ser gestantes subrogadas. Tercero, los ordenamientos jurídicos pueden reconocer la libre disposición del cuerpo como derecho individual, pero limitar la gestación subrogada a fines altruistas. Cuarto, los ordenamientos jurídicos pueden reconocer la libre disposición del cuerpo como derecho individual, pero no legislar sobre la posibilidad de materializarlo a través de la práctica de la gestación subrogada.

Para probar la hipótesis se plantearon los siguientes objetivos específicos: (i) Definir el concepto de cuerpo y disposición del mismo en general y concretamente, de la mujer, a partir de la filosofía y el derecho; (ii) Problematizar el ejercicio de la práctica de la gestación subrogada a partir de la objetivación del cuerpo de la mujer, los móviles que la animan a ser gestante subrogada y su autonomía; (iii) Identificar la posibilidad de disposición del cuerpo de la mujer en materia de gestación subrogada en los ordenamientos jurídicos de Colombia, Argentina y los estados de Arizona,

Michigan, Idaho y California en Estados Unidos, a partir de su autorización, permisión o prohibición e (iv) Identificar algunos parámetros regulatorios en materia de gestación subrogada a partir del estudio de la teoría de la técnica legislativa, sus reflexiones, críticas y proposiciones.

La importancia de este trabajo reside en que la gestación subrogada es una práctica social frecuente a pesar de las críticas que puedan formularse en su contra. Conocer sus orígenes, las razones que motivan la celebración de acuerdos entre gestantes subrogadas y personas o parejas comitentes, la forma como ha sido regulada o las razones que justifican la ausencia de una legislación permite evidenciar elementos interesantes para la reflexión. Esos elementos pueden servir para adoptar o modificar las legislaciones, pero al mismo tiempo, pueden servir para desmoralizar la práctica y analizarla desde diferentes perspectivas. Igualmente, la reflexión no solo debe darse desde la gestación de un ser humano o la posibilidad de conformar una familia con hijos, sino que también debe darse desde la libertad con la que debe contar toda mujer para tomar decisiones sobre su cuerpo en ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

También debe mencionarse que nuestro país no cuenta con una legislación al respecto a pesar de algunos intentos legislativos y de la insistencia de la Corte Constitucional. Por ello, las reflexiones y conclusiones de este trabajo serán un insumo que puede ser tenido en cuenta para la elaboración de futuros proyectos de ley.

Para comprender los alcances de este trabajo es necesario presentar previamente la noción de libre disposición del cuerpo de la mujer y la gestación subrogada. El derecho a la libre disposición del cuerpo, puede definirse como aquella facultad que posee el ser humano, para hacer con su cuerpo lo que le parezca adecuado (Varsi,2019), siempre y cuando se respeten los límites de la legalidad. Esta afirmación denota la contradicción entre libertad y límite (Ciriza, 2012). El criterio limitante de la norma parece ser indispensable para que exista un control adecuado de la conducta humana. En síntesis, es la ley aquel valor rector que permite, impide o limita el derecho a disponer del cuerpo.

Ahora bien, antes de inmiscuirse en las variables dinámicas como el término derecho o libertad, es fundamental entender la noción del cuerpo. Preliminarmente se definirá el cuerpo como aquella estructura material que contiene al ser humano (Varsi,2019). Ahora bien, ¿cuáles son los elementos que conforman el cuerpo? La historia primitiva ofrece aspectos interesantes a considerar. Un primer aspecto, se encuentra en los diferentes rituales que se hacían sobre el cuerpo humano, el cual, era ilustrado como el elemento máspreciado otorgado por los dioses. Así, el cuerpo se entendía como el medio para vivir en la tierra y poder disfrutar de los beneficios de la naturaleza. De ahí que el mismo fuera decorado con trajes, pinturas o joyas, incluso después de la muerte. De esta manera, no sólo se honraba el cuerpo material en el presente, sino que también se le otorgaba un carácter de realización al momento de culminar la instancia terrenal. Aquí es importante mencionar que:

La muerte es un acontecimiento que ha inquietado al ser humano desde siempre, y es, precisamente esa inquietud la que ha promovido, como recurso histórico fundamental para su aceptación y atenuación, la celebración de rituales funerarios. En ellos, por el concurso de múltiples símbolos, se encuentran estrategias defensivas cuya función esencial es la preservación del equilibrio individual y social de los miembros de una colectividad. (Torres, 2006, p.108)

Un segundo aspecto, más enfocado en lo emocional que en lo científicamente posible de verificar, se encuentra en la tesis según la cual el cuerpo es una estructura dual, entendiendo la corporalidad desde un ámbito más espiritual. Ciertamente, el cuerpo es el elemento que resguarda el alma, entendida esta como aquella construcción inmortal que trasciende lo terrenal y que recoge aquellos actos que la persona construyó a lo largo de su existencia. Al respecto, cabe señalar que:

El dualismo cuerpo-alma ha sido una cuestión eternamente pendiente en la antropología filosófica. Desde que Platón dijera, en el Fedón, que el alma quedaba atrapada en un cuerpo, esta idea ha sido defendida y matizada por innumerables filósofos, incluso de la Edad Moderna, como Descartes, quien estableció la distinción entre «Res cogitans» y «Res extensa. (Páramo, 2010, p.563).

De igual forma, es oportuno mencionar que esa estructura material que acoge al ser humano entendido desde la perspectiva biológica, contempla la posibilidad de estudiar el cuerpo como un todo o parte. Es decir, que aquellas fracciones que lo

conforman bien sean regenerativas o no, puedan contener un carácter especial que permita actividades más allá de su normal funcionamiento, como lo es el comercio o la donación.

Aspectos como la moral, la cultura e incluso la religión juegan un papel importante a la hora de determinar los límites en la disposición del cuerpo. Así, es imposible generalizar qué decisiones podrían considerarse correctas o aceptables dentro de una sociedad y cuáles. En consecuencia, resulta más adecuado, en términos de ejemplificación, referirse a casos particulares, por ejemplo, la donación de órganos, los tatuajes, el corte de cabello, la exhibición de partes del cuerpo, entre otros.

Frente a la libre disposición del cuerpo como derecho, los ordenamientos jurídicos parecen inclinarse por una regulación conforme a los intereses de la sociedad. Este es un punto de reflexión por las organizaciones mundiales defensoras de los derechos humanos y los diferentes movimientos feministas. Ciertamente, preocupan las limitaciones excesivas que puedan imponerse desde la cultural, la costumbre y las creencias. Piénsese, por ejemplo, a la mutilación genital femenina practica por algunas culturas bajo la creencia de que ella contribuye a mantener la pureza de la mujer y el honor de la familia. Esta práctica permite visibilizar que, aún hoy, el cuerpo femenino es visto como un objeto de linaje de prosperidad para el grupo sin que se tome en cuenta las repercusiones físicas y psicológicas que la mujer debe afrontar. Igualmente, ella deja en evidencia que la disposición del cuerpo de la mujer está a cargo de la comunidad.



En la donación de órganos y la mutilación genital femenina es posible establecer un común denominador frente a la libre disposición del cuerpo: su aceptación no se fundamenta en el interés individual de quien profesa su libertad sino en un interés comunitario considerado superior. Así, las decisiones reposan en agentes externos que terminan decidiendo lo que ocurre o lo que se puede hacer sobre el cuerpo de otros a partir de lo que consideran como intereses sociales.

Estas limitaciones para la toma de decisiones frente al cuerpo, concretamente de la mujer, se han evidenciado en materia de derechos sexuales y reproductivos. Solo hasta hace algunos años, la mujer pudo decidir el número de embarazos a través de la utilización de métodos anticonceptivos o solicitar la interrupción voluntaria del embarazo. Se trata de dos decisiones que, en su momento fueron criticadas y catalogadas como contrarias a la moral. Sin embargo, ellas nos han permitido comprender que una mujer no debe convertirse en un medio para lograr un fin. Por el contrario, como ella es un fin en sí mismo, ella cuenta con la posibilidad de tomar las decisiones que le parezcan adecuadas para construir su plan de vida, cualquiera que el sea.

Ahora bien, cuando sus decisiones están relacionadas con temas reproductivos, la ciencia ha colocado a su disposición diferentes técnicas y procedimientos. Piénsense por ejemplo en las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) que se han convertido en una oportunidad para materializar la voluntad procreativa

de personas que por diversos motivos no pueden concebir naturalmente. Se entiende por TRHA el

[C]onjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc. No es pues adecuado referirse a estas técnicas como métodos de reproducción artificial, ya que no suplantán mediante elementos artificiales o no biológicos al organismo masculino o femenino en la función procreativa, sino que pretenden ayudar o substituir en parte una función generativa deteriorada o inexistente (subfertilidad o infertilidad). (Santamaría, 2000, p.37)

A groso modo, las TRHA se dividen en inseminación artificial (IA) y fecundación in vitro (FIV). Según la Sociedad Española de Fertilidad (2012), la IA consiste en la transferencia de espermatozoides al útero femenino sin coito, con el fin de que un óvulo sea fecundado. Por su parte, la FIV consiste en la extracción de un óvulo, para ser fecundado con espermatozoides por fuera del útero femenino, y transferir posteriormente el embrión.

Ahora bien, en muchos casos, la asistencia médica a la reproducción no es suficiente para lograr tener un hijo. Esto puede ocurrir cuando la mujer tiene una

edad avanzada para gestar, carece de útero o la gestación conlleva un riesgo importante para la salud o la vida. También deben considerarse las parejas gays donde ninguno de sus integrantes puede llevar un embarazo a término. En estos casos, la persona o la pareja necesita, además de la ayuda científica para la reproducción, un “útero sustituto”. De ahí surge el término gestación subrogada o “alquiler de vientre”. Según Guzmán (2007), la gestación subrogada “consiste en contar con los servicios de una mujer para que lleve el embarazo con la intención de entregar el niño o la niña al nacer a las personas que los han encargado.” (p.119) En otras palabras, en la gestación subrogada una mujer acepta gestar y dar a luz a un niño o niña que no es su hijo sino el de otras personas.

La gestación subrogada puede ser tradicional o gestacional (Bechara, 2019). La primera, también conocida como gestación total, implica que la gestante subrogada no sólo lleva a término la gestación, sino que también dona el óvulo que se emplea en la fecundación. En la segunda, también conocida como gestación parcial, la gestante subrogada solo lleva a término el embarazo de embrión que fue concedido con los gametos de quienes serán sus padres o de donantes.

En la historia reciente, la gestación subrogada acaparó la atención de los medios de comunicación en 1975, cuando un periódico local de California (Estados Unidos) publicó un anuncio donde una pareja con problemas de fertilidad solicitaba contratar a una mujer para que, de manera subrogada, llevara a término la gestación de un embrión obtenido mediante IA. En esos momentos, se encontraba en pleno auge el

desarrollo de las TRHA como “tratamiento” para la infertilidad, las cuales estaban a disposición, principalmente, de parejas con altos recursos económicos (Bechara, 2019).

El tema volvió a ser noticia en 1985 cuando se conoció el primer caso jurídicamente relevante de gestación subrogada (Rodríguez y Martínez, 2012). En este caso, una pareja estadounidense, Mr. y Mrs. Stern, contrató a Mary Whitehead para que, a cambio de una remuneración de USD 10.000 y el pago de los gastos médicos, ella concibiera a su hijo mediante IA. En el contrato se mencionaba que: (i) los espermatozoides utilizados serían los de Mr. Stern y el óvulo sería de la misma Mrs. Whitehead y (ii) que ésta última entregaría el bebé a la pareja justo después de su nacimiento.

El 27 de marzo de 1986 nació un menor conocido por la prensa internacional como “Baby M”. El conflicto jurídico suscitó se porque Mrs. Whitehead se negó a entregar al bebé aduciendo que “él era suyo” y comenzó una huida por todo el país. Después de una intensa búsqueda y su posterior ubicación, la Corte Suprema del Estado de New Jersey decidió que el contrato violaba el orden público toda vez que el consentimiento estaba viciado por una presunta necesidad económica de la gestante subrogada y que el recién nacido no podía ser separado de su “madre natural”.

A partir de allí se han generado incontables debates éticos, morales, sociales y jurídicos sobre la figura. Entre ellos se encuentran cuestionamientos como ¿qué es ser madre?, ¿quién o quiénes deben establecer vínculos filiales con el bebé gestado mediante gestación subrogada?, ¿qué naturaleza tiene el contrato de gestación subrogada (civil o comercial)?, entre otros. Ninguno de ellos fue objeto de estudio en el presente trabajo investigativo puesto que el análisis se concentró en el ejercicio del derecho a la libre disposición del cuerpo de la mujer frente a la decisión voluntaria de ser gestante subrogada.

Para ello se empleó una metodología cuantitativa, en la medida que los resultados obtenidos son objetivos, reproducibles y controlables. Así, se realizó una descripción y estudio de la información que permitió un ejercicio inferencial más allá de los datos recolectados, mediante un análisis causal-correlacional para comprobar sistemáticamente los resultados obtenidos.

Igualmente, se realizó un estudio estructural que permitió realizar una descripción sistemática de los ordenamientos jurídicos objeto de estudio, a través de la asociación o relación entre formantes legales, jurisprudenciales y no verbalizados (o criptotipos). De este modo, se determinaron los factores que impactaron las variables a través de un estudio comparativo entre Colombia, Argentina y los estados de Arizona, Michigan, Idaho y California de Estados Unidos. Para ello, se implementaron técnicas e instrumentos de recolección de información como: (i) Fichas técnicas normativas, (ii) Fichas técnicas bibliográficas y (iii) Fichas técnicas

jurisprudenciales. Todo lo anterior, a través de cinco fases que permitieron la realización de dichas técnicas. Ellas fueron: (i) la exploración bibliográfica, (ii) la exploración normativa, (iii) la sistematización de la información (iv) el análisis de la información y (v) la revisión del informe final.

Los resultados obtenidos se presentarán en cuatro capítulos. En el primer capítulo se abordará la noción de cuerpo y su libre disposición. En el segundo capítulo se analizará la materialización del derecho a la libre disposición del cuerpo a través de la práctica de la gestación subrogada. En el tercer capítulo se realizará un estudio de derecho comparado entre los ordenamientos jurídicos de Colombia, Argentina y los estados de Arizona, Michigan, Idaho y California de los Estados Unidos. En el cuarto capítulo se examinará la importancia de la aplicación de una correcta técnica legislativa para futuras regulaciones y se propondrán algunas críticas y reflexiones. Finalmente, se concluirá que, si bien internacionalmente existe un reconocimiento expreso sobre el derecho a la libre disposición del cuerpo humano, por ejemplo, a través del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, este reconocimiento resulta ser en muchos casos simbólico. Ciertamente, aún existen creencias morales, religiosas y culturales que condicionan lo que se entiende por orden público, lo que, en últimas, restringe el ejercicio efectivo de tal derecho en materia de la gestación subrogada.

## CAPÍTULO 1

### LOS ALCANCES DEL CUERPO HUMANO: PERSPECTIVAS JURÍDICAS, FILOSÓFICAS Y FEMINISTAS

*“Nuestros cuerpos somos nosotros y por tanto el cuerpo es una parte constitutiva de la identidad, sin cuerpo no hay persona”. (Beltrán, 2015, p.18)*

Tradicionalmente, el cuerpo humano se ha entendido como el elemento que hace al hombre externamente. Para Varsi (2019) “[e]l cuerpo determina al ser humano en su existencia físico-material. Es lo biológico estructural compuesto por un esqueleto, órganos, tejidos y fluidos. Contiene a todo un organismo que permite la vida propia y la de relación.” (p.2) Además, el mismo autor establece que,

el cuerpo humano es la estructura biológica, la carcasa, envase o continente del ser humano. Se trata del soporte anatómico de la noción jurídica de la persona humana. Es una unidad física, la dimensión material, aquello que representa somáticamente al ser humano, que lo contiene y expone ante la sociedad. (p.2)

Esta definición deja en evidencia un elemento importante: el cuerpo humano es lo que se muestra ante la sociedad en la que el ser humano se desenvuelve como individuo capaz de interrelacionarse. Así, Varsi (2019) manifiesta que “[a] través del cuerpo me relaciono, llevo a cabo vínculos intersubjetivos y, como tal, con este me diferencio de los demás” (p.2). Este autor insiste, igualmente, en que el cuerpo

también hace posible que el individuo se relacione jurídicamente. El cuerpo entonces se constituye en una herramienta visible en la sociedad, por medio de la cual el individuo ejerce poder gracias a las decisiones, libertades, actuaciones y limitaciones que impone a su uso. Esta afirmación es avalada por Vega (2020) quien sostiene que el cuerpo se compone tanto de un elemento biológico, conocido como “cuerpo”, como de uno espiritual, conocido como “alma”. De tal manera que, a través de ambos, el ser humano se manifiesta como sujeto visible, en una sociedad que observa su estética y las modificaciones que realiza a su aspecto físico. Así pues, el cuerpo no es solo aquel que se puede percibir a través de los sentidos, sino que también es una fuente de poder para que el ser humano se pueda expresar en libertad. En definitiva, el cuerpo humano no es solo importante *per se*, sino también por la expresión física, psíquica y estética que le permite al ser humano desenvolverse en la vida común, otorgando una forma a través de la cual contener sus ideas, pensamientos, razonamientos, sentimientos, entre otros.

En el presente capítulo se analizará la importancia del cuerpo humano desde dos perspectivas: la filosófica y la jurídica. Para ello se verificará la facultad que tiene el individuo de disponer sobre su cuerpo a partir de un estudio sobre los componentes del cuerpo que se pueden o no disponer indicando las razones que justifican dicha limitación o prohibición en el marco de una sociedad que avala ciertas prácticas y restringe otras.



Seguidamente, se abordará la disposición del cuerpo de la mujer desde dos olas feministas, contrastando los conceptos de decisión y disposición. Con lo anterior se pretende presentar los eventos en los cuales la mujer ha logrado tomar decisiones sobre su propio cuerpo a lo largo de la historia. Finalmente, se determinará si la mujer puede, actualmente, decidir de manera libre, autónoma y sin coacciones, respecto al mismo.

### **1.1. EL CUERPO DESDE LA FILOSOFÍA Y EL DERECHO**

El concepto del cuerpo, ha sido abordado desde la perspectiva filosófica de múltiples maneras. Según Gómez y Sastre (2008), Aristóteles concebía al cuerpo como “materia viva e informada por la psique” (p.122). Estos autores señalan, igualmente, que Tomás de Aquino lo concebía como “materia del alma y el alma es a su vez la forma del cuerpo” (p.123). Por su parte, Sartre (2011) se refiere al mismo como una “masa de carne” que tiene “relaciones significativas con el mundo” (p. 216).

Desde un enfoque más taxonómico, Campagnoli y Luján (2018) afirman que el cuerpo humano “es de determinada manera como especie homo sapiens” y que “tiene un origen en la historia natural” (p.126). Sin embargo, Descartes, en un ejercicio hermenéutico que se aleja de la óptica biologicista y relaciona el cuerpo con el alma, establece que:

[E]stoy alojado en mi cuerpo, como un piloto en su barco [...] además, de esto, le estoy muy estrechamente unido (...) y mezclado de tal modo que formo como un único todo con él. Pues si esto no fuera así, no sentiría dolor cuando mi cuerpo está herido, yo que no soy más que una cosa que piensa, sino que percibiría esa herida sólo por medio del entendimiento, como un piloto percibe por medio de la vista que algo se rompe en su barco; y cuando mi cuerpo tiene necesidad de beber o de comer, yo conocería simplemente eso mismo, sin que los sentimientos confusos de hambre y de sed me lo advirtieran. Pues, en efecto, todos los sentimientos de hambre, de sed, de dolor, etc., no son sino ciertos modos confusos de pensar, que proceden y dependen de la unión y como de la mezcla del espíritu con el cuerpo (Descartes, 1980, p. 279).

Según estas concepciones del cuerpo, este no solo es una expresión de materia (desde un punto de vista físico), sino también una expresión de conciencia (desde un punto de vista metafísico). De hecho, autores como Campagnoli y Luján (2018), afirman que según Sartre el cuerpo “viene primero en el orden de las cosas y que luego, por medio de una actividad mental cada vez más sofisticada, tiene lugar la actividad consciente” (p.126).

Ahora bien, el cuerpo opera no solamente como la vasija que contiene el ser, sino también como aquello que se muestra ante la sociedad. Aquel se caracteriza por

ser dinámico en cuanto que logra adaptarse a los cambios inherentes a la vida y su realidad. Autores como Vega (2020) han afirmado que,

[E]n este sentido, la corporalidad de los hombres [los vincula] a una fuerza espiritual y a un sustrato natural necesario, de tal suerte que a lo largo de la vida el cuerpo cambia en relación con estas dos dimensiones traslapadas e interconectadas. (p.72)

Esta transformación vital del cuerpo está estrechamente vinculada con las leyes de la naturaleza. El cuerpo humano, al ser un elemento mutable y cambiante con el paso del tiempo, experimenta modificaciones naturales, las cuales son importantes, según el autor citado, para el devenir social y cultural. Lo anterior quiere decir que “[l]a transformación vital del cuerpo es el lugar de donde emergen representaciones, valores, historias y claves morales que son útiles no solo para el devenir individual, sino para el acervo cultural de la sociedad en su conjunto” (Vega, 2020, p.73.).

En ese orden de ideas, el cuerpo es tan íntimo y propio del ser humano que: (i) hace posible la existencia física-corpórea del ser, permitiendo que, a través de este, las facetas espiritual, psíquica y estética se manifiesten; (ii) constituye la realización del ser humano como individuo; (iii) perfecciona la construcción del ser humano en la sociedad; (iv) padece cambios y transformaciones naturales que pertenecen únicamente al ser que habita el cuerpo, es decir que, nadie más, a parte del

individuo que las sufre, puede vivir como propias dichas transformaciones; y (v) visibiliza los cambios naturales del ser humano, desde el nacimiento hasta la vejez.

Desde la perspectiva jurídica, el cuerpo humano, a pesar de su importancia para el ejercicio de los derechos y de la indispensable protección de su integridad, ha sido abordado por pocos juristas, quienes, generalmente, lo hacen a través de citas indirectas. Entre los pocos encontrados, Atienza (2017), citando a Hervada, expresó que el cuerpo se manifiesta como aquel

derecho que el hombre tiene sobre su vida, su salud y sus miembros. [N]o es un derecho de propiedad, sino un derecho de otro tipo: es un derecho natural y fundamental a existir y a conservar íntegras sus facultades, el derecho a ser y vivir (p.14).

Así, “[s]i el cuerpo está relacionado con el sujeto tan íntimamente, cualquier acto que implique su disposición, modificación o exposición exige de lleno la decisión, deseo y voluntad de la persona a la cual identifica” (Varsi, 2019, p.10). En este punto, vale la pena realizar dos interrogantes: ¿Quién ejerce la disposición sobre el cuerpo? y ¿El hecho de que el cuerpo sea propio del sujeto, lo faculta para disponer sobre sí mismo? Para responder a estos interrogantes debe considerarse que Varsi (2019), frente al derecho a disponer sobre el propio cuerpo, ha indicado que “el derecho a los actos de libre disposición del cuerpo humano se presenta como un derecho que permite la realización del proyecto de vida de la persona” (p.11).

El mismo autor manifiesta que las personas tienen la obligación de respetar la capacidad del individuo para decidir qué hacer con su cuerpo. En esa misma línea argumentativa, Atienza (2017) establece que:

El derecho de propiedad sobre una cosa se traduciría en la obligación que tienen todos los otros individuos de consentir los actos de disposición realizados por el propietario. Y, de manera análoga, podría decirse que el derecho de un individuo sobre el propio cuerpo se traduciría en la obligación de todos los demás de [respetar] los actos de disposición que (el propietario) realizara sobre su propio cuerpo (completamente o sobre partes del mismo).  
(p.4)

Así, los interrogantes planteados podrían responderse aduciendo que es el sujeto que habita un cuerpo quien está facultado para disponer de sí mismo por ser el titular de su propia existencia. Sin embargo, esta afirmación tan solo es parcialmente cierta, porque el ser humano es un individuo social el cual es titular de derechos, pero al mismo tiempo, de obligaciones al momento de disponer del mismo. Es por esto que, en los acápites siguientes se profundizará al respecto. En primera medida, se expondrán los parámetros del orden público que fungen como límites a los actos de disposición del cuerpo y, en segunda medida, se presentarán algunos ejemplos que representan actos legítimos que se pueden ejecutar sobre el cuerpo humano.

### 1.1.1 LA DISPOSICIÓN SOBRE EL CUERPO HUMANO BAJO LOS PARÁMETROS DEL ORDEN PÚBLICO

Los seres humanos como sujetos sociales han limitado sus libertades al momento de celebrar un pacto entre los miembros de la comunidad. Dicha premisa es fundamentada en las ideas de Rousseau (2017), quien afirma que:

lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo cuanto le apetece y puede alcanzar: lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. Para no equivocarse en estas complicaciones es preciso distinguir la libertad natural, que no tiene más límite que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la voluntad general. (p.25)

En este orden de ideas, ningún derecho es absoluto como para contrariar el pacto social suscrito entre los miembros de la comunidad, razón por la cual, nace el orden público como un límite al ejercicio de los derechos. En este sentido, si bien el sujeto es titular de los derechos naturales y personalísimos que se configuran por la existencia *per se* del cuerpo, los mismos deben ser limitados. Para ello, a través de la vida en comunidad se han dispuesto normas de orden público, término que es definido por Marín (2011) como aquel que se refiere a los principios de especial importancia para el sistema jurídico, o como aquella ficción que trae consigo las normas más básicas de justicia.

Para Domínguez (2009), el orden público es:

(...) el conjunto de principios, normas y disposiciones legales en que se apoya el régimen jurídico para preservar los bienes y valores que requieren de su tutela, por corresponder estos a los intereses generales de la sociedad, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, y hacer así prevalecer dichos intereses sobre los de los particulares (p.1).

En la misma línea argumentativa, Acedo (1996) establece que el orden público se puede definir como el “[c]onjunto de principios y valores fundamentales de la comunidad tendentes a conseguir el bien común de la sociedad” (p.7). En ese orden de ideas, el orden público es una ficción jurídica a través de la cual se pretende hacer prevalecer el interés general sobre el particular. Con ello, se busca limitar la autonomía de la voluntad de cada sujeto, para llegar a justos medios donde cada miembro de la comunidad sienta y perciba que sus derechos no se están viendo menoscabados por la voluntad del otro.

En materia de disposición del cuerpo, el orden público implica según Shina (2020) que:

Sin perjuicio de reconocer y auspiciar positivamente los avances científicos, nos anticipamos a remarcar que las relaciones jurídicas que involucran al cuerpo humano están reguladas por leyes que limitan su libre disponibilidad:

el indiscutido derecho sobre el propio cuerpo subordina la autonomía de la voluntad a la intervención del orden público (p.1).

En virtud de lo anterior se puede afirmar que: (i) El cuerpo es aquel elemento tangible, que puede ser percibido por los demás y por uno mismo, y que además es el recipiente contenedor del sujeto en sus esferas más íntimas, tales como su psiquis; (ii) Los derechos sobre el cuerpo humano emergen de los derechos personalísimos o naturales; (iii) A pesar de la titularidad que cada individuo tiene sobre su propio cuerpo, él debe actuar bajo las reglas inmersas en el contrato social, como la limitación a la libertad y la prevalencia de la voluntad general; (iv) Ningún derecho, ni siquiera los derechos naturales, es absoluto, razón por la cual, el sujeto que vive en comunidad debe atender límites que buscan regular la vida en sociedad y lograr justos medios para quienes la integran.

Ahora bien, el orden público sólo limita los actos de disposición del cuerpo cuando estos implican un cambio o una transformación voluntaria en el mismo. Según Vega (2020) las transformaciones voluntarias del cuerpo se pueden diferenciar entre no permanentes y permanentes. Las transformaciones voluntarias no permanentes hacen referencia a actos que se pueden ejecutar y retirar fácilmente, por ejemplo: pintarse el cabello y las uñas, maquillarse, modificarse la barba, ponerse pestañas postizas, realizarse un tatuaje temporal, entre otros. Para Vega (2020), el individuo ejecuta estas prácticas porque “estas modificaciones terminan dando cuenta de un movimiento entre lo socialmente instituido y la necesidad de autoinstitución del



individuo” (p.74). Lo anterior permite afirmar que, el sujeto actuando bajo el principio de autonomía, en su manifestación de autodeterminación, dispone libremente de su cuerpo sin exceder los límites del orden público.

Estas transformaciones voluntarias no permanentes son avaladas en diversas sociedades configurando, entonces, un medio a través del cual el sujeto puede expresar su personalidad. En ese orden de ideas, se encuentra que, frente a este tipo de cambios, es el propio individuo quien decide ejercer la libre disposición sobre su cuerpo, toda vez que el orden público no le impone parámetros a respetar.

Por otro lado, las transformaciones permanentes hacen referencia a aquellas prácticas que producen cambios inalterables en el cuerpo humano. Las cuales, según Vega (2020), pueden ser: tatuajes, cirugías plásticas, modificaciones subdérmicas, entre otras. En estas, si bien el sujeto puede decidir retirarlas en algún momento, permanecerán cicatrices las cuales dan a estas modificaciones la denominación de permanentes. Por tanto, el orden público puede restringir este tipo de transformaciones, si las mismas no resultan acordes con los valores y principios fundantes del ordenamiento jurídico.

Las transformaciones, permanentes y no permanentes, manifiestan decisiones tomadas por el sujeto que habita el cuerpo como titular de su existencia y de la facultad de expresarse a través del mismo ante la sociedad. Vega (2020) señala que dichas transformaciones surgen a partir de “[e]sa creatividad fértil [que] nos recuerda nuestro potencial para reapropiar el cuerpo, para decidir sobre él, para

entenderlo como frontera, y sobre todo, para maximizar su potencial de comunicación, haciéndolo hablar más allá de las palabras” (p.90). No obstante, ya es claro que la realización de estas transformaciones depende de los límites del orden público impuestos en cada sociedad.

Los ejemplos de estas transformaciones permanentes y no permanentes se presentarán en el acápite siguiente donde se abordarán actos de disposición sobre el propio cuerpo como el trasplante de órganos, la transfusión de sangre, la readecuación del sexo, la esterilización, y demás prácticas que son regladas de manera estricta por el orden público.

### **1.1.2 ACTOS LEGÍTIMOS PARA DISPONER DEL CUERPO HUMANO**

Los ordenamientos jurídicos, al reconocer ciertos actos de disposición sobre el propio cuerpo, han regulado dichos actos con el fin de establecer condiciones respetuosas del orden público. Así, Shina (2020) ha indicado que los límites obedecen a que

el cuerpo humano considerado en su integridad o en sus partes renovables y separables, no es una cosa. El cuerpo no tiene un valor económico ni sus partes pueden ser objeto de libre disposición por sus titulares. Sin embargo, luego de separadas del cuerpo algunas partes (p.ej., órganos, cabello, sangre), pueden ser objeto de algunas relaciones jurídicas específicas (donaciones, trasplantes, etc.) (p.1).

Es por esto que autores como Varsi (2019) han dispuesto que:

Los actos de libre disposición del propio cuerpo son válidos cuando preserven la integridad física y sean acorde con el orden público y las buenas costumbres; asimismo, cuando su exigencia corresponda a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o estén inspirados por motivos humanitarios (p.12).

Para respaldar estas prácticas anteriormente mencionadas, los Estados se basan en el principio de autonomía de la voluntad. La Corte Constitucional Colombiana (1994) ha precisado al respecto que:

El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que solo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia (Sentencia C 221/94)

El hecho de que una persona pueda disponer de ciertas partes del cuerpo como su sangre, sus fluidos sexuales y sus órganos pares para trasplante, encuentra fundamento tanto en la autonomía de la persona como en el hecho de que, con estos actos, no se perjudica el orden público. Concretamente, en el caso de trasplante de órganos existen unos criterios bien reconocidos bajo los cuales se pueden llevar a cabo esta práctica, tales como: gratuidad, accesibilidad, transparencia y consentimiento informado. La regulación en esta materia previene el tráfico y el comercio de órganos, buscando los recursos humanos de manera legítima para prolongar la vida de personas que padecen ciertas patologías, tal como está dispuesto en la Ley 1805 de 2016.

Si bien la donación de órganos está permitida, la misma no es absoluta. Por ello existen, por ejemplo, parámetros bajo los cuales se pueden donar órganos en vida. Piénsese en que solo se puede donar un órgano par como los riñones o los pulmones, u órganos que pueden regenerarse como el hígado, la sangre, la médula ósea, el páncreas o los intestinos. Dichos parámetros se encuentran establecidos en el literal a) del artículo 3 de la Ley 73 de 1988. Por el contrario, no está permitida la donación de órganos vitales como el corazón, el cerebro, los ojos, entre otros por personas vivas.

Además, téngase en cuenta que existen actos de disposición del cuerpo que están prohibidos, según la Resolución 8430 de 1993 proferida por el Ministerio de Salud. La misma estipula, por ejemplo, que las investigaciones con isótopos radioactivos y

dispositivos generadores de radiaciones ionizantes están prohibidas porque el cuerpo de los participantes no puede exponerse a una radiación que supere los límites legalmente establecidos. Igualmente, existen prohibiciones o restricciones a las investigaciones científicas que implican la participación de menores de edad, personas en situación de discapacidad o mujeres en estado de gestación. Por último, ninguna investigación que involucre al cuerpo humano, puede llevarse a cabo sin el consentimiento informado del titular.

En conclusión, la sociedad occidental actual ha facultado al sujeto a disponer sobre su cuerpo, siempre y cuando dicha disposición no afecte los parámetros del orden público. Estas condiciones impuestas por el contrato social son de suma importancia para que el interés general prevalezca sobre el particular. Además, ellas buscan restringir o limitar las decisiones riesgosas o perjudiciales que los individuos puedan tomar sobre su propio cuerpo. En ese punto, son claros los actos que se pueden ejecutar sobre el cuerpo, sin embargo, permanece una incógnita abierta: ¿Hombres y mujeres pueden disponer de su cuerpo en igualdad de condiciones? Este interrogante se fundamenta en virtud de las posibilidades biológicas distintas entre hombres y mujeres. Para responder el anterior interrogante, se realizará un análisis a partir de dos olas del feminismo, las cuales permiten evidenciar las luchas de las mujeres para disponer de sus cuerpos por sí mismas. Seguidamente, se plantean las diferencias y similitudes entre disposición y decisión, para poner de presente los eventos en los cuales la mujer ha empezado a decidir y/o a disponer de su cuerpo.

## 1.2 DISPOSICIÓN DEL CUERPO DE LA MUJER

El contexto histórico, social, político y económico de cada época determinó en gran medida el ejercicio del derecho a la libre disposición del cuerpo de la mujer. El papel de la misma en la sociedad ha cambiado de manera sustancial a lo largo de la historia, lo que ha permitido realizar un recuento espacio-temporal sobre la lucha y reconocimiento de sus propios derechos. A su vez, el desarrollo de los mismos ha permitido que diversos actores como la academia, los legisladores y la sociedad misma, planteen interrogantes acerca del poder que tienen las mujeres para decidir disponer sobre su propio cuerpo.

Una forma de acercarse a tal premisa, es a través del estudio de la historia de las diversas olas del feminismo. Se abordará la primera, en la que se luchó por el reconocimiento de la importancia de la mujer en la sociedad y la necesidad de que disfruten de derechos naturales a su humanidad, como la libertad frente a su vida, su cuerpo y sus decisiones. Se abordará la segunda ola, en la cual la mujer pudo organizarse de manera política para exigir el reconocimiento de tales derechos y la igualdad en ejercicio respecto a los hombres. Sin embargo, no se abordarán la tercera y cuarta ola del feminismo en tanto que estas buscan el reconocimiento de otros derechos, los cuáles no son objeto de la presente monografía.

### **1.2.1 LAS OLAS DEL FEMINISMO Y SU IMPACTO EN LA DISPOSICIÓN DEL CUERPO**

La mujer, como esclava, se convirtió en un instrumento para el placer de hombres que disponían deliberadamente de su cuerpo. Ello implicó una cosificación del mismo que anuló completamente la disposición de la mujer sobre su propio ser. Este hecho histórico, se observó desde la puesta en marcha de la institución jurídica de la inquisición alrededor de 1478, donde las mujeres no solo fueron juzgadas por las características propias de su género, sino también por la imagen de “lujuria” y “obscenidad” que daban ante los ojos de la sociedad. Al respecto, Torquemada (2011) afirmó que, si bien la mujer era titular de derechos y obligaciones, el Santo Oficio desplegaba sobre ella una importante actividad de vigilancia y control. Además, se justificaba abiertamente el tratamiento diferenciado entre hombres y mujeres porque ellos eran titulares de una amplia gama de derechos que podían ejercer sin solicitar permiso a una tercera persona o sin explicar los motivos que justificaban sus decisiones.

Esta visión de la mujer en la sociedad, no cambió drásticamente sino hasta la revolución industrial, alrededor del año 1760, donde las innovaciones tecnológicas requirieron mayor mano de obra para llevarse a cabo. En ese momento, la mujer empezó a aportar su capacidad productiva para la construcción de los avances que demandaba la sociedad, lo que le permitió ejercer labores por fuera del hogar. No

obstante, existía una gran disparidad frente al reconocimiento y privilegios de los que gozaban los hombres. Al respecto, Scott (1993) afirma que:

La mujer trabajadora fue un producto de la revolución industrial, no tanto porque la mecanización creara trabajo para ella allí donde antes no había habido nada (aunque, sin duda, ese fuera el caso en ciertas regiones), como porque en el transcurso de la misma se convirtió en una figura problemática y visible. (p.1)

El mismo autor menciona que la mujer, en dicha época aludida, era concebida como un problema. De tal forma que, su feminidad no era compatible con el trabajo asalariado que tenía que ejecutar en medio de la revolución industrial. Ante esta situación, aparecieron conflictos como la remuneración que esta debía percibir, las acciones que debía ejecutar para no “abandonar” el hogar, y cómo debía continuar cumpliendo con sus funciones maritales. Scott (1993) agrega que:

Aunque todo el mundo estaba de acuerdo con el legislador francés Jules Simon, quien afirmaba que «una mujer que se convierte en trabajadora ya no es una mujer», la mayoría de las partes que intervienen en el debate acerca de mujeres trabajadoras encuadraba sus argumentos en el marco de una reconocida oposición entre el hogar y el trabajo, entre la maternidad y el trabajo asalariado, entre feminidad y productividad. (p.2)

En el siglo XVIII, aparece un movimiento intelectual y cultural denominado La Ilustración. Con ella, muchas corrientes de pensamiento, apenas incipientes,



empezaron a marcar una diferencia en los estándares sociales y en el papel de la mujer. El movimiento feminista nace de manera formal en esta época, donde las mujeres pretendieron obtener derechos no solo como el sufragio, sino también la libertad de decidir frente a su cuerpo. Dichas transformaciones sociales, políticas y culturales, fueron posibles gracias al principio de deliberación que imperaba en esa época. Al respecto, Criado (2014) manifiesta que “esto sólo es posible gracias a la máxima ilustrada que defiende la separación entre la doctrina del Estado, la política y, en otras palabras, lo público; y la doctrina religiosa, es decir, lo privado” (p.4).

Así pues, la explotación constante del cuerpo femenino, ya sea desde su capacidad de reproducción o desde su facultad operativa dieron nacimiento a la primera ola del feminismo. Ésta fue iniciada por la escritora francesa Olimpia de Gouges, quien fue precursora de la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana en 1789. Allí exigió que las mujeres tuvieran los mismos derechos que los hombres en el ejercicio de los cargos públicos, el acceso a la propiedad privada, la educación y a hablar en público frente a asuntos políticos, entre otros.

Pocos años después de la voz indignada de Olimpia, la pensadora británica Mary Wollstonecraft escribe en 1792 “La vindicación de los derechos de la mujer”. En dicha obra, la escritora cuestionó la educación que se le daba a las mujeres, manifestando que toda su orientación académica estaba encaminada a lograr la excelencia femenina, lo que las hacía personas faltas de carácter y con una mentalidad débil. Lo anterior, toda vez que la definición de excelencia femenina estaba enmarcada en la imagen de pureza y ejemplo que debía reflejar la mujer.

Debido a esto, la misma temía ir en contra de los parámetros sociales, los cuales pretendían que las mujeres guardaran silencio, no tuvieran pretensiones y ni ningún tipo de requerimientos. Sin embargo, este discurso sobre la igualdad de Wollstonecraft fue sumamente importante para la época, pues con este se pretendía alcanzar derechos como la independencia económica y sexual de la mujer.

Tras luchas constantes por las mujeres anteriormente mencionadas y demás pensadoras de la época como Lucretia Coffin Mott, Harriet Beecher Stowe, Susan B. Antony, entre otras; aparece, en el siglo XX, la novelista francesa Simone de Beauvoir. Ella, con su texto “El segundo sexo”, planteó que la noción de la mujer en la sociedad estaba construida en función del sexo masculino, además de afirmar que las mujeres tenían un rol pasivo en la sociedad, por lo que estaban llamadas a transformar su idea de libertad.

Con los planteamientos de Beauvoir se puede deducir la finita capacidad de las mujeres de decidir sobre su propio cuerpo, pues como bien lo afirmó la autora, la mujer se concebía en su función de ser madre y esposa. Estos planteamientos fueron respaldados por la escritora Betty Friedan, quien con su obra “La mística de la feminidad”, intentó replantear la idea de mujer en sociedad (2016).

Con estas dos mujeres, insignias del movimiento feminista se dio inicio a la segunda ola del mismo. A diferencia de la primera, en esta época se pretendió reconocer a la mujer como género diferente del hombre, razón por la cual se reclamaba la división de responsabilidades en cuanto al trabajo en casa y la crianza de los hijos.

Diversos autores, afirman que esta segunda ola aún no se ha superado, pues en múltiples sociedades la mujer es concebida con una principal función: procrear y criar a los hijos.

A pesar de lo anterior, autores como Biswas (2004) han afirmado que la tercera ola se está presentando actualmente, como un movimiento multidimensional y multicultural, donde las mujeres y los hombres deben ser vistos como iguales, con el reconocimiento de las características particulares que cada género ostenta. Sin embargo, no se deben olvidar estos reclamos que las mujeres han realizado desde la segunda ola del feminismo, los cuáles no han tenido plenos efectos en la realidad actual, específicamente en lo referente a la función de ser madre.

Si bien es cierto que, en las legislaciones de múltiples países, se ha otorgado el derecho a las mujeres de decidir si desean tener hijos o no, así como el número de estos, la visión de la mujer en sociedad no se ha modificado de manera importante a pesar del paso de los años. Es verdad que hoy en día la mujer, en estricto sentido normativo, puede tomar decisiones como cortarse el cabello, plasmar tatuajes en su cuerpo, donar partes biológicas como sangre u óvulos; pero esto no es suficiente para afirmar con total certeza, que la mujer dispone libremente sobre su propio cuerpo.

A pesar de los avances logrados en las luchas feministas, el debate de fondo debe centrarse en cuestionamientos como: ¿realmente la mujer dispone plenamente de su cuerpo, o solo puede decidir respecto a este bajo los parámetros del orden

público? Para responder el anterior interrogante, es necesario establecer las diferencias o similitudes entre disposición y decisión.

### **1.2.2 CONTRASTE ENTRE LOS CONCEPTOS DE DECISIÓN Y DISPOSICIÓN**

Dada la limitada doctrina sobre el alcance jurídico de estas dos palabras, el lector encontrará la transcripción de las citas con mayor pertinencia al respecto. Igualmente, las autoras propondrán, desde sus perspectivas, las diferencias relevantes para la reflexión que se desea construir.

Para Vigo (2012), el concepto de decisión se puede definir como:

Aquello que ha sido juzgado o discernido a partir del correspondiente proceso de reflexión deliberativa (...) Aquello que, entre las cosas que están en nuestro poder, se desea y decide llevar a cabo, sobre la base del correspondiente proceso de deliberación (...) Puede ser caracterizada como el «deseo deliberativamente mediado de aquello que está en nuestro poder» (...) Se trata, pues, de un deseo que emerge, como tal, a partir del propio proceso de deliberación, y que, por lo mismo, está en conformidad con él: en la medida en que llegamos a un cierto discernimiento a partir del proceso de deliberación, lo que deseamos como resultado de dicho proceso está en correspondencia con la deliberación misma (p.13.).

En congruencia con la definición dada por este autor, se puede establecer que el concepto de decisión hace referencia a la facultad que tiene el individuo de tomar decisiones, atendiendo a sus deseos y/o razonamientos. De manera similar, la Real Academia de la Lengua Española define el término decidir cómo “formar el propósito de hacer algo”.

Por su parte, para Urabayen (1996), el término disposición se puede definir como:

Disponer de lo disponible es una actividad manifestativa y en este sentido el disponer es aportar, ya que disponer a favor de lo disponible es manifestar y aportar. Además, disponer es proponer o prometer, comprometerse. Pero para poder jugar a favor de lo disponible la esencia humana necesita una salvaguarda, no confundirse con lo disponible. Esta salvaguarda en el conocimiento es la presencia mental, y en el orden moral, aunque no se ve tan claro, sería la distinción entre los motivos y aquello de que se está disponiendo (p.7.).

Así, se puede afirmar que el concepto de disponer hace referencia a ejecutar actos como titular de determinado derecho, amparado por la facultad de realizar los mismos por ser el único individuo llamado a tomar dicha decisión. Por su parte, la Real Academia de la Lengua Española ha definido este concepto como “colocar, poner algo en orden y situación conveniente”. Debe decirse entonces que el concepto de disposición y el concepto de decisión están interrelacionados, pues toda disposición implica una decisión, y toda decisión implica una disposición.

Esta afirmación se fundamenta en el hecho de que, para disponer, el sujeto debe tomar una decisión acerca de la forma como ejecutará determinado derecho. Por ejemplo: El derecho de venta que se tiene sobre una propiedad, el derecho de la autonomía de la voluntad al celebrar un contrato, el derecho al libre desarrollo de la personalidad al maquillarse y vestirse. De manera congruente, al decidir se está disponiendo de la titularidad de ciertos derechos; por ejemplo: se decide si asistir o no al trabajo en virtud de la autonomía, se decide si pintarse o no el cabello, se decide si afeitarse o no la barba. Esto es posible porque se trata de actividades que respetan el orden público y que se encuentran dentro de los límites legales previstos por el ordenamiento jurídico. Todas las anteriores decisiones implican una disposición, pues contrastando esta afirmación con el primer ejemplo dado: si se decide vender una casa, el sujeto está disponiendo de la titularidad frente a la misma.

Para disponer, el individuo debe tomar una decisión respecto al objeto que someterá a disposición, en el caso que ocupa la presente monografía: el cuerpo humano, y de manera concreta, si la mujer puede disponer sobre su propio cuerpo. Esta decisión se ha visto limitada a través de múltiples formas y a partir de voluntades ajenas a la mujer misma. Por ejemplo, en algunas legislaciones la mujer aún no tiene la posibilidad de interrumpir voluntariamente su embarazo, puesto que se considera que la vida comienza desde la concepción y por lo tanto es inviolable. Es por razones como esta que la sociedad, los legisladores, los grupos activistas y demás grupos de interés, son los que deciden si avalar o no esta práctica.

Otra de las formas a través de las cuales se ha limitado la decisión de la mujer frente a la disposición sobre su propio cuerpo, es la utilización de anticonceptivos con la finalidad de prevenir embarazos no deseados. Solo en el año 1994, con la suscripción de la Conferencia de El Cairo, se contó con una normativa internacional que protege la salud reproductiva y la planificación de la familia como mecanismos para proteger la salud sexual, física y mental. Sin embargo, antes de dicha Conferencia, los Estados no proporcionaban a las mujeres planes claros y concretos frente a la planificación familiar, pues en la sociedad imperaba un argumento: las mujeres nacieron para tener hijos y preservar la especie humana.

Sin duda alguna, la anterior limitación es un claro ejemplo de las conquistas que se han alcanzado en cuanto al derecho que tiene la mujer de decidir sobre su propio cuerpo. Sin embargo, esto no es igual en todos los casos, pues en algunas legislaciones todavía se prohíben actos de disposición tales como: la utilización de determinada vestimenta, el trabajo sexual y la gestación subrogada. Este último tema será abordado en el capítulo siguiente.

En este punto es necesario responder el interrogante planteado con anterioridad, acerca de si la mujer puede decidir disponer plenamente sobre su cuerpo, o solo puede disponer de este cuando las prácticas estén avaladas por terceras personas como el legislador o la sociedad misma. Tal y como se observará en el capítulo tercero de la presente monografía, la respuesta se inclina por la toma de decisiones sólo dentro de los límites establecidos en los ordenamientos jurídicos. Ciertamente, los diversos Estados han encontrado algunas formas para que la mujer decida sobre

su propio cuerpo, sin necesidad de contrariar las disposiciones previstas en el orden público.

A manera de conclusión, se destaca la importancia que ostenta el cuerpo humano en la existencia de cada individuo. Este es la vasija que contiene las expresiones, razonamientos, ideas, pensamientos y demás factores internos que el sujeto exterioriza en la sociedad. Con esta exteriorización, el sujeto se convierte en un individuo social que debe acatar las disposiciones previstas por el orden público, las cuales constituyen el principal parámetro para restringir la libre disposición sobre su cuerpo de manera absoluta. Debe recordarse entonces que esta libre disposición sobre el cuerpo es un derecho personalísimo o natural, a partir del cual el individuo decide voluntariamente ejecutar decisiones sobre sí mismo.

Dichas decisiones sobre el propio cuerpo comprenden diversos actos como transfusiones de sangre, donaciones de cabello, de fluidos sexuales, trasplante de órganos. Estas prácticas han sido avaladas o no por cada Estado, en virtud de sus normas. Sin embargo, permanece la inquietud de que hombres y mujeres no pueden disponer en igualdad de condiciones sobre sí mismos. Lo anterior, se evidencia en las largas e interminables luchas feministas que las mujeres han debido sortear, con la finalidad, entre otras cosas, de que no sean vistas solo como máquinas de reproducción.

A partir de los movimientos feministas, y las olas explicadas con anterioridad, la mujer ha alcanzado conquistas en materia de derechos sexuales y reproductivos.



Sin embargo, en la sociedad actual, no está totalmente claro si la mujer puede disponer libremente de su cuerpo en el ejercicio de estos derechos. En principio, la mujer sí puede decidir sobre su vida sexual y reproductiva, al poder determinar su pareja sexual, y si quiere o no hijos, cuántos, con quien y cada cuánto. Lo que sucede es que existe una fuerte limitación para decidir sobre su cuerpo en otros ámbitos, por ejemplo, cuando desea gestar para otros, en contra de grupos de interés como la sociedad, los legisladores, la Iglesia, etc. La problemática de la gestación subrogada se abordará en el capítulo siguiente a partir de su definición, las problemáticas frente a la realización de esta práctica y las eventuales soluciones respecto a la misma.

## CAPÍTULO 2

### EL DEBATE SOBRE EL CUERPO Y SU DISPOSICIÓN EN MATERIA DE GESTACIÓN SUBROGADA

*La ciencia jurídica se enfrenta a una revolución bio-tecnológica (...) que ha impuesto la necesidad de debatir y definir, tanto en el ámbito jurídico como ético, aquellas reglas que se consideran ciertas e inmutables como la indisponibilidad del cuerpo humano, visto ahora no sólo en su integridad, sino además en sus partes y sus productos (Petrucci y Santamaría, 2020, p. 283)*

Hasta hace poco, gestar un humano era una acción natural y exclusivamente dada a los homo-sapiens que poseen un útero. Entre aquellos se pueden encontrar mujeres cis, mujeres lesbianas, hombres trans, personas no binarias, personas andróginas, personas de género neutro, personas de género fluido, personas bigénero, personas pangénero, entre otros. Son los únicos seres humanos que desde el punto de vista biológico y fisiológico pueden anidar un embrión en su útero, dar lugar a un embarazo evolutivo hacia el feto, para finalmente dar a luz (Ferres, Montesinos y Smith, 1986).

Ahora bien, sin ahondar en las múltiples identidades de género que puede tener una persona que acepta ser gestante subrogada (ya que no es objeto de estudio en la presente monografía), nos referiremos de forma genérica, y por facilidad discursiva, a las personas que son gestantes subrogadas como “mujer” o “mujeres”.

También debe decirse que, en la presente monografía se hará referencia a las personas que desean materializar su proyecto parental a través de la gestante subrogada; es decir, las personas que realizan un acuerdo con una mujer para que esta gesticione a su hijo. Estas pueden ser parejas heterosexuales, parejas homosexuales o personas solteras. Sin embargo, nos referiremos a ellas de manera general como “pareja comitente” o “comitente”.

El primer caso documentado en la historia sobre la gestación subrogada se remonta al libro del Génesis en la Biblia. En sus capítulos 15, 16, 17 y 21 se relata la historia de Abraham, un hombre elegido por Dios para migrar a la tierra de Canaán y formar una nación fiel y creyente a un Dios único. Él tenía una esposa, Saray, quien era infértil. Como el deseo más grande de la pareja era concebir un hijo que pudiera heredar el legado del patriarca, Saray le dijo a su esposo Abraham “(...) Bien ves que Dios me ha hecho estéril, para que no pariese; despóstate con mi esclava, por si a lo menos logro tener hijos de ella (...)” (Génesis, 16:2, p.18).

La esclava era Agar, una mujer egipcia que les había servido por más de 10 años. Según el derecho mesopotámico “(...) los hijos de la esclava y el amo eran reconocidos y considerados como hijos del ama estéril (...)” (La Sagrada Biblia, 1997, p. 18). Esto haría que el hijo concebido por Agar pasaría a ser hijo de Saray. Así las cosas, Abraham tuvo un hijo con Agar, al cual llamaron Ismael. Este fue considerado el hijo unigénito de Abraham y Saray por más de 14 años, hasta que

ella pudo concebir por sí misma. Éste es un claro ejemplo de gestación subrogada tradicional o total en la historia antigua.

En China, durante las dinastías Ming y Quing (1368 a 1911), “Una esposa que no concibiera un varón era considerada estéril.” (Vich, 2009, p. 72). Por lo tanto, se realizaban diversas prácticas en pro de conseguir un hijo varón que pudiera continuar con el linaje de la familia. Según Vich (2009) entre estas prácticas se encontraban: en primera medida, el *xuèbào*, donde una mujer buscaba a otra mujer que estuviera embarazada y las dos compartían juntas el periodo de gestación (como si ambas lo estuvieran). En el momento del alumbramiento, la partera atendía a las dos así: el parto real de la embarazada y el parto simulado de la mujer no embarazada. Si el bebé era varón, esta última lo tomaba y lo criaba como su hijo (Vich, 2009).

En segunda medida, se encontraba el *chéngji*, donde se encomendaba al hermano menor del patriarca concebir un hijo con su esposa, y en caso de que fuera varón, entregárselo a aquel quien lo criaría como hijo suyo. Finalmente, en tercera medida, se encontraba el *shùshēng* en donde la primera esposa del matrimonio, criaba al primer hijo varón de las concubinas, como sus hijos (Vich, 2009). Todos estos son también ejemplos de gestación subrogada tradicional o total en la edad media y edad moderna.

Todo lo anterior da cuenta de que la gestación subrogada no es una práctica exclusiva de la época contemporánea. Sin embargo, en años más recientes, y a causa del gran avance tecnológico de la ciencia para asistir médicamente la reproducción humana, se han popularizado las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA); al igual que el uso de prácticas como la gestación subrogada gestacional o parcial, y en menor medida, la gestación subrogada tradicional o total. De hecho, casos jurídicamente relevantes como el de Baby M en Estados Unidos en 1975, del cual ya se habló con anterioridad y, en general, una gran cantidad de casos que actualmente vemos en los medios de comunicación y en la jurisprudencia han invitado a estudiar este tema con más detenimiento.

Teóricamente, la gestación subrogada es una práctica que puede ser abordada desde muchos aspectos como la filiación del bebé que se concibe, la validez del contrato o acuerdo que suscribe la gestante subrogada con la persona o pareja comitente, las formalidades del consentimiento y las condiciones que debe cumplir quien desea ser gestante, entre otros. Sin embargo, en el presente capítulo, ella se abordará desde la disposición del cuerpo de la mujer. En esa medida, hay tres elementos a considerar. Primero, se problematizará la gestación subrogada como una práctica que puede privilegiar contextos de comercialización y dominación del cuerpo de la mujer. Segundo, se abordarán las motivaciones que, por lo general, llevan a una mujer a ser gestante subrogada, específicamente, desde la onerosidad y el altruismo. Finalmente, se analizarán los aspectos más relevantes de la autonomía de la voluntad de la mujer que acepta ser gestante subrogada, como su

posición en el entorno inmediato, las posibles consecuencias de su decisión y los derechos que ejerce de manera legítima.

## **2.1 EL PROBLEMA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA**

Uno de los problemas jurídicos y éticos evidenciados en materia de gestación subrogada, es aquel que sitúa a la mujer en “un debate que discurre entre su consideración como sujeto vulnerable y su capacidad de decisión en relación con su cuerpo.” (Redondo 2017, p.131). Es por ello, que el principio de la autonomía de la voluntad y el contexto social en el cual se desarrolla la gestación subrogada, son aspectos que repercuten directamente en la determinación sobre si los actos de disposición que ejerce una mujer sobre su cuerpo son libres o no.

Autoras como Álvarez, Olavarría y Parisi (2017) han establecido que la discusión sobre la gestación subrogada y la disposición del cuerpo femenino, recae sobre un asunto del cual no es posible deducir un punto de convergencia. Ciertamente, los debates actuales se centran únicamente en la gratuidad u onerosidad de la función gestacional. Sin embargo, la discusión no debería centrarse únicamente en ello, sino que debería ampliarse a otros posibles escenarios que pueden resultar problemáticos, como la dominación y comercialización del cuerpo femenino, que podría considerarse a merced de terceras personas que buscan un beneficio: tener un hijo.

A continuación, se presentarán, al menos, dos problemas que explican las críticas y el rechazo frente a la gestación subrogada por transgredir la libre disposición del cuerpo de la mujer. Ellos son: la comercialización partiendo de la teoría de la mercantilización universal y la inalienabilidad del cuerpo humano que se soporta en la tesis esencialista del trabajo reproductivo. Seguidamente, se tratará la flexibilización del concepto ante nuevas perspectivas. Posteriormente, se abordará la gestación subrogada como una forma de dominación partiendo de la teoría de la objetivación del cuerpo femenino, el poder que otorga a terceros el acuerdo o contrato de gestación subrogada sobre el mismo, la imposición de conductas restrictivas a la gestante subrogada, y los escenarios que privilegian la dominación como el desequilibrio socioeconómico entre las partes y la falta de regulación normativa en la materia.

### **2.1.1 LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO FORMA DE COMERCIALIZACIÓN DEL CUERPO DE LA MUJER**

Dentro de la doctrina de la economía moderna, se ha desarrollado la teoría de la “mercantilización universal”, que sostiene que el mercado moderno es *“algo que teóricamente lo abarca todo”* (Satz, 2010, pp. 132). Para esta teoría:

todos los bienes y capacidades, al menos en principio, constituyen mercancías intercambiables. Si aceptamos esta lógica económica en el ámbito del comportamiento humano, parece obligatorio respaldar un mundo en el que todo está

potencialmente en venta: los órganos humanos, el trabajo reproductivo, los desechos tóxicos, los niños e incluso el voto (Satz, 2010, p.132 tomado de Nozick, 1974, p.33).

Si bien desde el concepto económico, el cuerpo humano y sus capacidades (por ejemplo, la reproducción) pueden, eventualmente, considerarse como una mercancía, servicio u objeto de comercio, desde el concepto del derecho este argumento no es posible. Petrucci y Santamaría (2020) afirman que cuando se habla de la disposición del cuerpo por lo general se

evoca de manera inmediata el adagio jurídico, impuesto por el cristianismo y reafirmado por el individualismo, que dicta que la persona está por fuera del comercio; máxima que expresa la concepción del cuerpo como una entidad indivisible de la persona y de su dignidad, y por ende no puede ser objeto de negocios jurídicos (p.282).

Es por esto que, desde la doctrina jurídica, se ha dotado al cuerpo humano con una característica, que es reconocida por la mayoría de ordenamientos jurídicos. Se trata de la “inalienabilidad” del mismo. Para entender este concepto, es necesario remitirse a lo descrito por Radin (1987) en su artículo “*Market-Inalienability*” donde afirmó que:



Sometimes inalienable means non transferable sometimes only non salable. Sometimes inalienable means non relinquishable by a rightholder; sometimes it refers to rights that cannot be lost at all (pp.1849-1850).

Ella desarrolla el concepto de inalienabilidad como algo que “no se puede vender” o que “no está en venta”, haciendo especial énfasis en el mercado de lo inalienable. Esto es, aquellas capacidades, materias, objetos, etc, que, desde la economía, pueden considerarse como mercancías, pero que, desde el derecho, no pueden enajenarse: entre ellos se encuentra el cuerpo humano. Es pertinente acoger esta definición de inalienabilidad para el presente trabajo, porque será el punto de partida para explicar los argumentos que establecen que la gestación subrogada es una forma de comercializar el cuerpo de la mujer.

Ahora bien, innegablemente, en el mundo existe el denominado “mercado reproductivo”. Ante la ausencia de una definición clara por parte de la doctrina, se plantea motu proprio la siguiente: es aquel espacio territorial donde se desarrolla la oferta y demanda de servicios y capacidades para la reproducción humana médicamente asistida. En palabras de Rivas y Álvarez (2020), el mercado reproductivo engloba “una gran cantidad de prácticas que requieren la mediación y la articulación del cuerpo de las mujeres como mercancía” (p.401).

Por lo general, las mujeres participan en el mercado reproductivo de dos maneras: primera, donando sus óvulos y segunda, colocando a disposición de terceros su

cuerpo y su capacidad de gestación. En virtud de ellas y, más concretamente, de la segunda, muchas personas provenientes de países donde estas prácticas están prohibidas, acuden a países donde hay una regulación permisiva al respecto o donde no la hay, para buscar una mujer dispuesta a gestar a su(s) hijo(s). Posteriormente, se realiza un acuerdo o contrato, que puede considerarse de naturaleza civil o comercial (no se ahondará en dicho debate por no ser el objeto de estudio del presente trabajo) y, por lo general, se pacta una retribución económica a cambio de la “capacidad reproductiva” de la mujer. Ella consiste, en términos generales, en la gestación, el alumbramiento y la posterior entrega del recién nacido a la pareja comitente.

Como se mencionó con anterioridad, si el cuerpo de la mujer es considerado desde la perspectiva jurídica como inalienable, los actos de disposición y su capacidad reproductiva, no podrían ser considerados como “servicios” que puedan ser parte del comercio. Esto ha generado numerosos debates sobre si la inalienabilidad del cuerpo de la mujer en materia de gestación subrogada es absoluta o no. Al respecto, existen posturas a favor y en contra que se presentan a continuación.

Dentro de las posturas a favor, se encuentra la tesis planteada por Satz (2010) en su libro “Why some things should not be for sale. The moral limits of markets”. Ella plantea la denominada “tesis esencialista” que afirma que “el trabajo reproductivo es algo que, por su naturaleza, no debe ser objeto de compra ni de venta”. (p. 132). Para ella, el cuerpo femenino y su capacidad reproductiva hace parte de la “esencia”

de la mujer y al ser éste fundamental para formar su identidad, no puede, bajo ninguna circunstancia, considerarse como un objeto enajenable o comerciable.

Sin embargo, existen posturas en contra del absolutismo de la inalienabilidad del cuerpo de la mujer en materia de gestación subrogada, como la de Petrucci y Santamaría (2020) que sostienen que “el principio de no comercialización del cuerpo humano nunca ha sido absoluto, pues ha convivido con el pleno reconocimiento social y jurídico de contratos que de alguna manera recaen sobre el cuerpo humano” (p. 283). Asimismo, ellos consideran que:

se advierte la posibilidad de individualizar ámbitos de disposición del cuerpo a cambio de una contraprestación económica, siempre que no impliquen una disminución permanente de la integridad física de la persona o de sus partes, o vayan en contra del orden público y las buenas costumbres (p.287).

Al ser la gestación subrogada una práctica con injerencia temporal en el cuerpo de la mujer (sólo la etapa de gestación), se desvirtuaría, según ellos, el carácter absoluto del principio de no comercialización del cuerpo humano. Por lo anterior, no resultaría problemático el pacto de una retribución económica a la gestante subrogada, a través de una especie de “enajenación” de su capacidad reproductiva. Por el contrario, podría ser algo aceptable, siempre y cuando se respeten los límites de la dignidad humana y el orden público (Petrucci y Santamaría 2020).

Por todo lo anterior, es posible afirmar que, el cuerpo de la mujer en materia de gestación subrogada podría, eventualmente, considerarse como una mercancía desde la economía, pero como una entidad inalienable desde el derecho. El carácter absoluto o no de la libre disposición del cuerpo por parte de las mujeres para tomar decisiones sobre sus capacidades reproductivas, cuenta con posturas a favor y en contra que aún no han sido conciliadas. Sin embargo, en la actualidad existe un mercado reproductivo en donde se evidencian los siguientes aspectos: primero, una oferta y demanda de servicios reproductivos y, segundo, en dichas negociaciones intervienen personas de todo tipo, especialmente, mujeres dispuestas a poner a disposición de terceros su cuerpo y su capacidad gestacional a cambio de una compensación económica. Esto puede resultar problemático, porque dichos acuerdos podrían considerarse como una transgresión de derechos fundamentales como la dignidad humana. Por tanto, también es importante abordar el tema de la gestación subrogada como forma de dominación y explotación del cuerpo de la mujer.

### **2.1.2 LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO FORMA DE DOMINACIÓN AL CUERPO DE LA MUJER**

La sociedad, en gran medida, rechaza el hecho de que una mujer geste y dé a luz a un niño que no será su hijo. De hecho, autores como Emaldi (2018), han afirmado que aquello “[p]odría atentar contra la dignidad del hijo nacido mediante esta práctica porque implicaría para éste tener un mínimo de dos posibles madres: la

gestante y la biológica o incluso, la posibilidad de tener tres madres: la comitente, la gestante y la donante del óvulo. En definitiva, se acabaría con el principio básico del Derecho Civil (...) «mater semper certa est» (p. 126). De hecho, este principio consagra que el proceso de gestación y parto determinan la maternidad del bebé concebido (Palacios, 2022). Así las cosas, comúnmente se considera que dicha decisión va en contra de la naturaleza misma de la reproducción humana. Pero, más allá de la crítica existente, debe plantearse la discusión sobre si su práctica implica actos de dominación por parte de terceros, sobre el cuerpo de la mujer que acepta ser gestante subrogada.

Para entender el concepto de dominación, puede acudirse a la *objectification theory* planteada por Fredrickson y Roberts (1997), quienes se reconocen como feministas cultural-radicales. Ellas exponen que:

Sexual objectification occurs whenever a woman's body, body parts, or sexual functions are separated out from her person, reduced to the status of mere instruments, or regarded as if they were capable of representing her (...) In other words, when objectified, women are treated as bodies-and in particular, as bodies that exist for the use and pleasure of others. (p.175).

A su vez, Franco (2017) afirma que la “objetificación, objetivación o cosificación no es más que una forma de violencia simbólica, ya que la persona pierde su calidad de ser humano y pasa a ser un simple objeto” (p.178). Lo anterior hace referencia a

que, en múltiples escenarios, el cuerpo de la mujer es considerado como un “objeto”, “instrumento” o “cosa” que puede estar al servicio de terceras personas. La gestación subrogada es considerada entonces, por muchos sectores de la doctrina, como uno de estos escenarios, ya que las mujeres que aceptan ser gestantes subrogadas son consideradas por las parejas comitentes no como personas sino como “*máquinas para hacer bebés*” (Satz, 2010, p.146).

A criterio de las autoras, cuando se habla de “cosas” y no de “personas”, en el imaginario social se entiende que dicho “objeto” es algo susceptible de ser usado en beneficio propio. Muchas veces ese uso está condicionado a una transacción dineraria que funge como contraprestación al beneficio obtenido. Esto otorga, a quien paga, el poder de dominar esa cosa, es decir, de controlarla a su antojo, hasta satisfacer los intereses propios. De hecho, cuando Foucault (1979) habla sobre la microfísica del poder (que se incluye por analogía al presente análisis, al equiparar la figura de “Estado” con la pareja comitente y a “los individuos” como la gestante subrogada), afirma que “el poder encuentra el núcleo mismo de los individuos, alcanza su cuerpo, se inserta en sus gestos, sus actitudes, sus discursos, su aprendizaje, su vida cotidiana” (p.89). Esto demuestra la gran injerencia que tiene las personas que ostentan el poder y ejercen dominación sobre determinada “cosa”, “objeto” o instrumento”.

En el caso en concreto, el cuerpo de la mujer que acepta ser gestante subrogada, podría considerarse, bajo esta lógica, como un “objeto” o “instrumento” susceptible

de ser usado por una pareja comitente que busca tener un hijo, y que tiene la capacidad económica para pagar el tratamiento, la asistencia médica y la capacidad gestacional de dicha mujer. En el momento en que se suscribe un acuerdo o contrato, esa pareja obtiene un poder sobre la gestante subrogada para condicionar su vida, por al menos nueve meses. El ejercicio de ese poder se materializa en la imposición de reglas, generalmente de carácter restrictivo, que condicionan el uso y la disposición del cuerpo de esa mujer antes y durante del tiempo de la gestación, con el fin de propender por el alumbramiento de un ser humano saludable, que es su interés último.

Entre dichas reglas se pueden mencionar: la prohibición de consumir bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas durante la gestación; la prohibición de sostener encuentros sexuales durante la gestación (incluso con la pareja de la gestante subrogada); la prohibición de consumir medicamentos o algunos alimentos sin autorización expresa del médico tratante; la prohibición de realizar actividad física durante la etapa de la gestación; la prohibición de desplazarse de ciudad o país sin consultar previamente con la pareja comitente, entre otras.

Al respecto, Uría (2020) manifiesta que

[E]n el caso de la disposición que una mujer hace de sí misma en el acuerdo de maternidad subrogada, no existe una afirmación de la dignidad humana, sino una objetivización de su persona y de la persona que habrá de gestar: se coloca en la

posición de una maquinaria al servicio de un proceso que deberá entregar un producto que cumpla con las especificaciones deseadas por los comitentes. Implica la utilización del cuerpo y la psique para obtener un resultado que queda fuera de la vida de la mujer al entregar al ser humano, fruto de su vientre, a terceros en el contexto de una transacción. Se trata de actos negatorios de la dignidad en tanto cualidad del ser humano de ser fin en sí mismo (p.62).

A su vez, Jóciles (2016) citando a Teman (2003) afirma que:

A este respecto, se pone de manifiesto la utilización de metáforas tomadas de los expertos/as (médicos y psicólogos, entre otros), de manera que se redefine lo que podría ser una transgresión, gestar y parir para otros, como una ruta alternativa en donde se transforma la gestante en un cuerpo artificial que se aleja de la naturaleza (no es la madre, sino que cuida en el embarazo y pare para otros). El cuerpo gestante deja de ser instintivo y natural para adaptarse a los discursos culturales de las nuevas tecnologías reproductivas (p.333).

Ahora bien, este escenario de dominación entre la pareja comitente y la gestante subrogada se puede profundizar si existe una marcada diferencia socioeconómica entre las partes. La doctrina ha expresado en numerosas ocasiones que, por lo general, las parejas que solicitan o contratan gestantes subrogadas son personas con una alta capacidad económica que les permite sufragar todos los gastos derivados de la asistencia en la reproducción. Por el contrario, las mujeres que aceptan ser gestantes subrogadas, por lo general, son personas en situaciones de



alta vulnerabilidad económica, que acceden a este tipo de prácticas con el fin de recaudar dinero para sufragar gastos de subsistencia básica.

Al respecto, García y Herrero (2018) citando a Shapiro (2014, pp.1349 y ss.) han afirmado que es la pareja comitente

[Y] no la madre subrogada quienes se encuentran en mejor posición económica y social e incluso quienes suelen conocer mejor los problemas jurídicos a los que se enfrentan al acceder a estas técnicas, de suerte que también tienen una mejor posición negociadora en el contrato (p.82).

Este posible desequilibrio, podría profundizar el escenario de dominación frente a la mujer gestante, ya que su voluntad de disposición sobre su propio cuerpo podría estar condicionada por una necesidad de tipo económico. Esto, evidentemente, puede llevarla a aceptar, de manera más rápida y sencilla, conductas restrictivas impuestas por la pareja que la contrata. Lo anterior, sin contar con que, la falta de regulación de la gestación subrogada en determinados territorios, puede favorecer un contexto de absoluta arbitrariedad en cuanto a las condiciones del acuerdo, y el poder que, en él, implícita o explícitamente se abroga la pareja comitente.

Al respecto, Petrucci y Santamaría (2020) han afirmado que

[N]o se puede desconocer el riesgo de que las desigualdades socioeconómicas que se presentan entre la mujer gestante y los comitentes, o la existencia de

intermediarios entre unos y otros, conlleven a que los acuerdos de gestación por encargo establezcan condiciones y prestaciones que afecten de manera intolerable la libertad de la mujer gestante y, en general, su dignidad. Así, por ejemplo, aquellas que obligan a la mujer gestante a vivir en un lugar determinado en condiciones no dignas o que obliguen a abstenerse de tener relaciones sexuales durante el embarazo, más allá del período necesario para evitar un embarazo diferente del contemplado en el acuerdo (p.298).

Del mismo modo, los autores han expresado que:

[L]a prohibición o la falta de regulación o el silencio de la ley conlleva a su potencialización, pues implica que la gestación por sustitución se realiza al margen de la ley, y en muchos casos en la clandestinidad, por lo que incrementa los posibles abusos e injusticias en su desarrollo (p.297).

Por lo anterior, se puede concluir que la gestación subrogada podría constituir una forma de dominación del cuerpo de la mujer, ya que favorece un escenario de objetivación frente a sí misma. Esta afirmación se justifica porque es una práctica mediada por un acuerdo o contrato que otorga poder a la pareja comitente sobre el cuerpo de la gestante subrogada. Este poder se materializa en la imposición de conductas restrictivas que condicionan el uso y disfrute de su cuerpo antes y durante del período de gestación. Frente a la pregunta ¿por qué a pesar de las limitaciones, las mujeres aceptan suscribir el acuerdo o contrato? La respuesta más frecuente es

el estado de vulnerabilidad socioeconómica en el que puede estar inmersa y la falta de regulación normativa, lo que puede generar escenarios de dominación sin restricciones. Sin embargo, es necesario realizar un estudio detallado de cuáles son las motivaciones que puede tener una mujer para disponer de su cuerpo para ser gestante subrogada.

## **2.2 MOTIVACIONES QUE UNA MUJER PUEDE TENER PARA SER GESTANTE SUBROGADA**

La motivación es un concepto que puede ser entendido como *“las inferencias relativas a propósitos conscientes que hacemos a partir de la observación de conductas”* (McClelland, 1989, p. 20). La motivación de un individuo “aparece dos veces, primero en el plano de la actividad social, interpsicológica, y después en el plano individual o intrapsicológico (y ella) aparece porque el sujeto participa en actividades que pretenden ser autodeterminadas” (Huertas, 1997, p. 16). En palabras más sencillas y a motu proprio se propone la siguiente definición: es un proceso racional del individuo, mediante el cual se hace uso de la autonomía de la voluntad para tomar decisiones conscientes.

Como cualquier otra actividad o práctica humana, la gestación subrogada requiere de una motivación, especialmente, por parte de la mujer que acepta decidir y disponer de su cuerpo y de su capacidad reproductiva a favor de terceros. Muchas pueden ser esas motivaciones, pero entre las más comunes se encuentra la

retribución económica (en el marco de la onerosidad) y el sentimiento altruista. Así que a continuación se abordarán cada una de ellas.

En el caso de la gestación subrogada donde existe el ánimo de recibir una retribución económica es necesario iniciar la reflexión a partir del concepto de “onerosidad” desde las tesis subjetiva y objetiva para, posteriormente, determinar el tipo de contraprestación que recibe la gestante subrogada y la destinación que se hace de ella. Enseguida se analizarán las cargas y beneficios que tiene cada una de las partes en el marco de un acuerdo de gestación subrogada y, finalmente, se expondrán las posturas doctrinales sobre el condicionamiento de la voluntad de la mujer gestante en relación con la compensación económica.

En el caso de la gestación subrogada altruista, el análisis debe comenzar por el concepto de altruismo desde el punto de vista biológico/antropológico, pasando por la teoría de la evolución y de la selección natural como el éxito reproductivo. Posteriormente, se abordará el concepto del altruismo desde el punto de vista psicológico, como un móvil caracterizado por el desinterés y soportado en el principio de solidaridad.

### **2.2.1 LA GESTACIÓN SUBROGADA ONEROSA**

Dentro del acuerdo de gestación subrogada, frecuentemente, se pacta una retribución económica como contraprestación por la capacidad reproductiva puesta

en favor de terceros a cargo de la persona o pareja comitente y a favor de la gestante. La doctrina ha llamado ese tipo de acuerdo gestación subrogada onerosa. Para entender este tipo de gestación subrogada es preciso entender el concepto de la onerosidad.

Este concepto que ha sido desarrollado principalmente por la doctrina francesa. Los autores han planteado dos teorías que estudian qué es lo que determina la voluntad de un individuo al momento de realizar actos jurídicos. La primera teoría denominada tesis subjetiva centra su atención en el interés de las partes, y la segunda, denominada tesis objetiva, se enfoca en la existencia o no de equivalentes entre las partes.

La tesis subjetiva afirma que la onerosidad implica que el acto de voluntad de las partes intervinientes en un acto jurídico está inspirado por un “pensamiento interesado”, es decir que “se hace por interés y utilidad recíproca” (De Prada, 1965, p.153). Bajo esta tesis, se busca un beneficio. Este beneficio toma en cuenta las condiciones de la causa, es decir, aquellas relaciones preexistentes entre las partes, que pueden determinar el interés por un mayor o menor beneficio. Por ejemplo, en los actos jurídicos entre familiares, por lo general, se crea un interés de menor beneficio, es decir, de un menor aprovechamiento en virtud de la relación de parentesco. Ahora bien, cuando el mismo acto jurídico es celebrado entre personas desconocidas, existe un interés por obtener el mayor beneficio posible. Esta tesis

ha sido criticada dado que, en la realidad, es muy difícil determinar cuál es el verdadero interés de las partes (De Prada, 1975).

Del lado de la tesis objetiva, ella se inspira en determinar la existencia o no de “un equivalente en la prestación que se realiza” (De Prada, 1965, p.159) entre las partes intervinientes en el acto jurídico. Esto es, lo que, en últimas, determina la voluntad de los individuos. La equivalencia puede entenderse desde cuatro aspectos: el moral, el pecuniario (o económico), el no pecuniario (o material) y el sacrificio. El primero se refiere a que el equivalente puede ser un simple interés moral, que en últimas puede asimilarse a la tesis subjetiva. El segundo considera que el equivalente es una contraprestación de tipo dinerario. El tercero tiene que ver con que el equivalente sea una contraprestación material y real, y no dinero, y el cuarto tiene que ver con que el equivalente no son las prestaciones que se exigen, sino los sacrificios que se imponen. (De Prada, 1965). Esta tesis ha sido mayormente aceptada para establecer parámetros más cuantificables.

Con base a lo anterior, se puede decir que la onerosidad en las relaciones humanas hace referencia a aquellas situaciones, actividades, acciones, prácticas, interacciones, actos o contratos en los que existe una contraprestación recíproca, es decir, una carga y un beneficio mutuo para cada una de las partes que intervienen en su realización. Para el caso de la gestación subrogada, puede decirse que ella es onerosa cuando la gestante “recibe de la pareja contratante una contraprestación

por concluir el embarazo y entregar al producto de la concepción al nacer” (Martínez, 2015, p.361).

Por lo general, la contraprestación que recibe la gestante subrogada se ve representada en una suma de dinero la cual tiene dos objetivos: primero, sufragar los gastos médicos, de alimentación, vivienda, y en general, todo lo necesario para que el tiempo de la gestación sus necesidades y las del bebé se encuentren cubiertas y segundo, una suma que ella podrá utilizar libremente de acuerdo a sus necesidades o deseos personales o familiares.

Respecto a las cargas y los beneficios de cada una de las partes, puede decirse que, por un lado, la pareja comitente tiene la carga de pagarle la suma de dinero a la gestante, para que, a cambio de ésta, ella les entregue al bebé concebido justo después del nacimiento. Por otro lado, la gestante subrogada tiene la carga de someter su cuerpo a un proceso de gestación y parto, entregar al recién nacido y renunciar a cualquier vínculo filial con el mismo, a cambio de dicha contraprestación económica.

Una mujer que acepta ser gestante subrogada a cambio de una suma de dinero, puede tener múltiples motivaciones, entre las cuáles se puede mencionar por ejemplo: la necesidad de suplir gastos de subsistencia básica para sí misma y para su núcleo familiar; la necesidad de pagar deudas; la intención de invertir el dinero en proyectos personales o familiares de cualquier índole; el deseo de viajar o de

adquirir bienes, recolectar dinero para pagar un procedimiento de fecundación in vitro, entre otros. A estas opciones debe agregarse el hecho de que hay mujeres que desean ser gestantes subrogadas porque les gusta sentirse en embarazo y la atención que reciben durante la gestación (Rivas y Álvarez, 2020). Para muchos sectores de la doctrina esto resulta problemático porque “la autonomía personal pueda estar condicionada por el enriquecimiento económico” (Redondo, 2017, p.143).

Sin embargo, autores como Petrucci y Santamaría (2020), han afirmado que:

[L]os principios de solidaridad y de libre actividad económica y libre iniciativa privada (...) respaldan la decisión de una mujer de disponer de su capacidad física, para que otros puedan cumplir sus deseos de ser padres, a cambio de una retribución económica (p.292).

Téngase en cuenta que:

[F]rente al argumento según el cual en los referidos acuerdos [de gestación subrogada] no opera una auténtica libertad de las mujeres para disponer de su cuerpo, ya que éstas se ven constreñidas aceptar este tipo de prácticas dominadas por la pobreza y la dificultad de encontrar otras fuentes de ingresos, se podrían plantear algunas réplicas razonables. En primer lugar, y en muchos países comprobado, afirmar que las mujeres de escasos recursos son las más propensas



a celebrar contratos de gestación para otros, no parece correcto afirmar que este hecho determina per se la anulación de una verdadera y auténtica libertad para expresar su consentimiento en un contrato de gestación por encargo, que invalide a priori este tipo de convenciones (p.296).

Además, el hecho de que exista una prestación económica no siempre se relaciona con la carencia de dinero o la existencia de necesidades. Lo anterior, se evidencia directamente en testimonios de las gestantes subrogadas. Por ejemplo: “Ana dice que la atrajo la posibilidad de ser madre sustituta porque "quería tener algo más", para poder permitirse "cosas caras", como reformar la casa, un carro, electrodomésticos” (BBC, 2018). También “Cuando Sandra aceptó rentar su vientre por más de 150 mil pesos [mexicanos] pensó que el dinero no le caería mal, podría dejar su trabajo como cajera de un supermercado y así pasaría más tiempo con su hija de 6 años” (El Universal, 2019).

Por todo lo expuesto, se puede afirmar que la onerosidad permite a las partes intervinientes en un acto jurídico tener cargas y beneficios recíprocos. En el caso de la gestación subrogada, por lo general, los beneficios son la contraprestación económica para la mujer gestante y la posibilidad de materializar una familia con hijos para la pareja comitente. Eventualmente, se puede considerar que la mediación de dinero en este tipo de acuerdos puede condicionar la voluntad de la mujer gestante, pero debe tenerse en cuenta que ello no puede generalizarse en

todos los casos. Además, pueden mediar otro tipo de motivaciones como el altruismo.

### **2.2.2. LA GESTACIÓN SUBROGADA ALTRUISTA**

Además del interés en la contraprestación económica, otra de las razones por las cuáles una mujer decide disponer de su cuerpo para ser gestante subrogada es el altruismo. Este concepto puede ser definido desde un punto de vista biológico y desde un punto de vista psicológico.

El altruismo es definido por Martínez (2003) como “el comportamiento que beneficia a otro organismo, no cercanamente relacionado, y que va en aparente detrimento del organismo que se comporta de manera altruista (beneficio y detrimento son definidos en términos de aptitud biológica)” (p. 29). La conceptualización que realiza este autor parte de la teoría de la evolución y de la selección natural de Charles Darwin, al sostener que “si bien el comportamiento altruista no beneficia al individuo mismo que lo realiza, sí beneficia al grupo al cual pertenece (...) los grupos con mayor porcentaje de altruistas son seleccionados.” (Martínez, 2003, p.30) Así, el altruismo es un concepto inicialmente biológico que posteriormente se dotó de una connotación más psicológica a través de las emociones y los sentimientos.

Desde la óptica biologicista, y en el caso de la gestación subrogada, el altruismo permite que en un grupo de individuos donde hay problemas de fertilidad, ingresen

otros individuos a suplir los mecanismos biológicos de reproducción, con el fin de perpetuar la línea genética de aquellos que no pueden reproducirse con sus propios cuerpos. Lo anterior beneficia la selección natural del grupo al cual se ayuda. Téngase en cuenta que la selección natural puede entenderse de la siguiente manera

[L]a evolución se produce porque no todos los individuos de una población o especie son iguales. Hay diferencias genéticas entre ellos (...) Como consecuencia de esas diferencias no todos los individuos tienen la misma aptitud biológica. Unos dejan más descendencia que otros, y las características de los que tienen un mayor “éxito reproductivo” (mayor descendencia) son las que, con el tiempo, acaban siendo más abundantes en la población o la especie (Pérez, s.f, p.3).

Pensemos en el altruismo en entornos familiares. Una pareja con problemas de fertilidad, acude a un familiar (una prima, una tía, una hermana, etc.) para que gestee a su hijo con gametos propios de la pareja. Este familiar acepta gestar por subrogación y después del alumbramiento lo entrega a la misma. Ese nuevo ser humano, que posee un vínculo biológico con la pareja que aportó los gametos, pero que no pudo ser gestado con sus propios cuerpos, podrá entonces perpetuar su línea genética. Si dicho familiar no hubiese aceptado gestar por subrogación, tal vez esa pareja no podría tener hijos biológicos, por lo que su línea genética no se perpetuaría en el tiempo y terminaría con el deceso de éstos. No serían parte de la selección natural porque no tuvieron la capacidad de reproducirse.

De lo anterior se puede deducir con claridad que el hecho de que un individuo coopere con la reproducción de otro u otros, es un acto altruista porque favorece la selección natural de la línea genética de aquellos que no pueden concebir con sus propios cuerpos. Por supuesto, esta concepción sólo hace referencia a la gestación subrogada gestacional altruista.

Desde un punto de vista psicológico, Poma (2022) tomando a López (1994) afirma que el altruismo

fue definido como una conducta voluntaria no motivada por la expectativa de recompensas externas o por la evasión de estímulos externos de aversión. El altruismo se basa en los motivos o intenciones de la persona cuya finalidad es el bienestar del otro o de los otros (p.7).

Así pues, a partir de una óptica psicológica, el altruismo conduce a la realización de un acto en favor de otro u otros individuos, sin esperar una contraprestación de ningún tipo. El móvil es la mera intención de ayudar al otro a cumplir ciertas expectativas que por sí mismo no puede lograr. En el caso de la gestación subrogada, la mujer acepta gestar al hijo de la pareja comitente, porque desea ayudarlos a “ser papás”, materializando así su proyecto parental. Generalmente, los casos de gestación subrogada altruista se dan en entornos familiares, en razón a la solidaridad, confianza y apoyo mutuo entre los parientes. Esto no quiere decir que la práctica de la gestación subrogada altruista no pueda darse en otros entornos,

sin embargo, los ejemplos son pocos en la literatura y en los ordenamientos jurídicos, como Canadá.

Un ejemplo, relativamente conocido de gestación subrogada altruista se vio en la serie televisiva *Friends*. Ahí, Phoebe Buffay, uno de los personajes principales, acepta gestar por subrogación al hijo de su hermano, Frank. Él se había casado con una profesora suya, Alice, quien por su avanzada edad no podía concebir hijos por ella misma. Frank, le pide a su hermana que “sea el horno” para su hijo, ya que el sueño más grande de la pareja era convertirse en padres. Phoebe, una mujer carismática y solidaria, accede a llevar a término el embarazo de los embriones fecundados in vitro con los gametos de Frank y Alice. Finalmente, Phoebe tiene un embarazo múltiple y da a luz a trillizos. Sus amigos y su madre cuestionaron en todo momento su decisión, y lo difícil que llegaría ser entregar a los bebés a la pareja. Sin embargo, Phoebe afirmó que su mayor satisfacción era la felicidad de su hermano.

En estos casos debe tenerse en cuenta que:

[E]ste tipo de decisiones están respaldadas, (...) por el principio constitucional de solidaridad, cuando se trata de un contrato gratuito en el que la decisión de la mujer está orientada por el deseo de colaborar con un familiar o una persona afectivamente cercana, a cumplir su deseo de tener un hijo (Petrucci y Santamaría, 2020, p.292.)

Por todo lo anterior, se puede decir que el altruismo es un concepto que hace referencia a aquellos comportamientos o acciones que ejecuta un individuo en favor de otros. La gestación subrogada con fines altruistas se da, mayormente, en entornos familiares, atendiendo al principio de solidaridad. Además, desde el punto de vista biológico, favorece la perpetuación de la línea genética de aquellos que no pueden concebir con sus propios cuerpos. Igualmente, desde el punto de vista psicológico, se refleja como el sentimiento de “ayudar al otro” de manera desinteresada. Ahora bien, una vez conocidas las diferentes motivaciones que puede tener una mujer para ser gestante subrogada, es pertinente verificar como esa decisión se toma en ejercicio de la autonomía en la toma de decisiones relacionadas con la disposición del cuerpo.

### **2.3 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA TOMA DE DECISIONES SOBRE LA DISPOSICIÓN DEL CUERPO**

Diversos autores han reflexionado sobre si la mujer que acepta ser gestante subrogada dispone libremente de su cuerpo o no. Sin duda, existen una gran cantidad de razones y argumentos que una mujer considera antes de tomar una decisión de esa naturaleza, en ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. Lo anterior, nos lleva precisamente a la necesidad de entender en primera medida qué es la autonomía, cómo la mujer toma decisiones de disposición con base a ella y cuáles son las consecuencias de dicha decisión. En segunda medida, se

abordarán los derechos que ejerce una mujer que es gestante subrogada, como un acto legítimo de disposición de su propio cuerpo.

### **2.3.1 LA AUTONOMÍA**

Según Álvarez (2012), la autonomía es “una capacidad - competencia o aptitud- de las personas y, como tal, admite desarrollos variados” (p. 2). A la pregunta ¿capacidad, competencia o aptitud para qué exactamente? Sieckmann (2008) afirma que “la autonomía es un rasgo del proceso de toma de decisiones o formación de juicios (...)”. (p. 474). Por lo anterior se puede afirmar que, la autonomía es la capacidad del ser humano para tomar una decisión, con base en un proceso racional y relacional, que incluye libertad informativa.

La autonomía tiene tres componentes: la racionalidad, la independencia y la opción contextual y relacionalmente relevante (Álvarez, 2012). El primero tiene que ver con un proceso interno de singularización y jerarquización de deseos y preferencias. El segundo se relaciona con la posición que un sujeto ocupa en su entorno inmediato y el tipo de relaciones que establece con el mismo. Finalmente, el tercero comprende la posibilidad de analizar, a partir de criterios objetivos, los diferentes escenarios de determinada situación, para poder decidirse por uno de estos de manera autónoma (Álvarez, 2012). En otras palabras, la autonomía comprende la motivación para la toma de decisión (ámbito interno), la manera cómo dicha decisión

impacta las relaciones con otras personas (ámbito externo) y el estudio de las posibles consecuencias y escenarios futuros (todos ellos variables) de la decisión.

Esto cobra relevancia porque, de manera indiscutible, la autonomía de una mujer que decide disponer de su propio cuerpo para ser gestante subrogada está ligada tanto al ámbito interno como al ámbito externo. Frente al ámbito interno, hay que tener en cuenta las motivaciones que tiene una mujer para gestar por subrogación las cuales ya se mencionaron previamente. Recordemos que esta práctica puede reducirse a dos móviles: la contraprestación económica (desde el punto de vista de la onerosidad) y el altruismo (desde el punto de vista de la solidaridad). Frente al ámbito externo de la autonomía y de las posibles consecuencias de la decisión es necesario, inicialmente, abordar el concepto de entorno inmediato y la relación que la gestante subrogada tiene con cada uno de los individuos de su entorno inmediato. Posteriormente, deben analizarse las posibles consecuencias, tanto positivas como negativas que la decisión de la mujer puede tener específicamente en relación con su cuerpo.

### **2.3.1.1 POSICIÓN DE LA GESTANTE SUBROGADA EN SU ENTORNO INMEDIATO**

Desde la psicología del ambiente, el concepto de entorno inmediato hace referencia, según Córdova (2007) a “todo aquello que se relaciona directamente con el [individuo] y con el cual él toma contacto sin necesidad de ser mediado.” (p.11). Por



su parte, Granada (2001), parafraseando a Baker (1968) afirma que es “un escenario de comportamientos donde el ambiente se trata como un sistema de interacciones entre características físicas y sociales que se combinan (positiva o negativamente) con los componentes culturales específicos en una situación concreta” (p. 390).

El entorno inmediato es entonces aquel espacio físico donde, de manera directa, el individuo interactúa con otros individuos. Esas interacciones o relaciones están marcadas por componentes culturales que hacen parte de la identidad del individuo perteneciente a determinada sociedad. Por supuesto, el ser humano, como ser social, al establecer relaciones con ese entorno inmediato, hace uso de su racionalidad al momento de tomar decisiones y ejecutar acciones de todo tipo. Estas, inevitablemente, pueden impactar dichas relaciones con otros individuos de una u otra manera.

Cuando una mujer decide disponer de su cuerpo para ser gestante subrogada existen varias relaciones con individuos de su entorno inmediato que se deben tener en cuenta. En primera medida, se encuentra su pareja (si la tiene); después está su familia (padres, hermanos, hijos, etc), le siguen todas aquellas personas involucradas en su entorno laboral y social (jefe, compañeros de trabajo, amigos, etc), se continúa con la pareja comitente (quienes pretenden materializar gracias a ella su proyecto parental), y, finalmente, el equipo de medicina reproductiva. Así cuando la mujer toma la decisión de ser gestante subrogada, su decisión,

indefectiblemente impactará sus relaciones interpersonales con estos individuos de manera positiva o negativa.

Frente a las relaciones específicas con la pareja, los familiares y los amigos, González (2018) afirma que

El marido o pareja de la mujer gestante (...) debe de ser evaluado de cara a establecer el nivel de apoyo, su madurez, motivación, juicio, deseo de relación con los padres (...) el impacto del embarazo en la relación y [con] los hijos. (...) También debemos evaluar la reacción del entorno social y comunitario de la mujer gestante y cómo esta decisión puede afectar a su entorno y su familia extensa. (p.34).

En este sentido, Ballester (2017-2018) aduce que en un estudio realizado en la ciudad de Isfahan (Israel) algunas gestantes subrogadas manifestaron que ellas

[T]emían las reacciones y comportamientos de sus maridos en la relación conyugal y aseguraron que incluso eso llegó a afectar su vida sexual. Las mujeres que tenían hijos pequeños no sabían cómo explicarles que el bebé que gestaban no sería su hermano y sobre todo les preocupaba qué decir al resto de familiares y amigos ya que el motivo principal de la práctica era por problemas económicos que atravesaban en esos momentos (p. 17).

Sin embargo, el impacto en las relaciones con la pareja, familiares y amigos no siempre es negativo. De hecho, algunas mujeres manifiestan que dichas relaciones se fortalecen principalmente por los sentimientos de apoyo mutuo incondicional que genera su decisión. Por ejemplo, Brenes (s.f) al relatar su experiencia como gestante subrogada manifestó que

Desde el momento en que solicité ser subrogada, mi familia me apoyó en todo momento. Al proceder de una gran familia cubana, siempre nos hemos apoyado mutuamente. Ellos fueron parte de mi camino tanto como yo. Los padres futuros son ahora cubanos honorarios y le dimos el apodo “Alberto” a mi pequeño bebé subrogado. (...) A veces me preguntaba qué legado dejaría a mis hijos y espero que verme pasar por este trayecto les haya enseñado a abrir sus corazones y ayudar a los demás si se les da la oportunidad (Sección “Su vocación de responder a las oraciones de una familia”, párrafos 3 y 4).

Ahora bien, respecto de la relación de la gestante subrogada con la pareja comitente, González (2018) afirma que

una gran parte de la garantía de éxito de este proceso es precisamente la confianza y el respeto que se establecen entre las mujeres gestantes y los padres de intención. La realización de un buen matching (emparejamiento) entre ambas partes será crucial para que se establezca una relación equilibrada y que genere las mismas expectativas en ambas partes.” (pp. 29-30).

En el mismo sentido, la autora insiste en que:

En el caso de que la mujer gestante y los padres intencionales sean familiares o conocidos, debe explorarse, además, si han existido conflictos en su historia relacional, así como los métodos que han utilizado para hacer frente a esos conflictos. Deben también explorarse temas como la frecuencia en el contacto, la privacidad y el potencial impacto negativo que puede tener en la relación (González, 2018, p.34).

Lo anterior cobra relevancia, porque, indudablemente, la gestante subrogada deberá establecer y/o fortalecer sus relaciones interpersonales con la pareja comitente. Asimismo, la pareja comitente debe atender y aceptar la realidad de la gestante subrogada. En un escenario ideal, se debe establecer, con absoluta claridad, la posición de cada una de las partes durante el proceso. En palabras de González (2018) “debe mantenerse una relación de equilibrio, confianza y respeto (mi hijo / tu cuerpo).” (p.37).

Por último, respecto a la relación de la gestante subrogada con el equipo de medicina reproductiva, debe decirse que “la mujer gestante tiene derecho a pedir referencias sobre el profesional y su experiencia y a recibir consejo externo” (González, 2018, p. 32). Igualmente, entre ellos debe existir una relación de confianza, ya que ese equipo será el encargado de velar por el bienestar y la salud de la gestante subrogada durante todo el proceso. En esa medida, para la gestante

es muy importante que dicho equipo cuente con la formación y experiencia profesional necesaria para garantizar que su cuerpo sea atendido adecuadamente.

Si bien en las relaciones positivas vale destacar el apoyo y respaldo del entorno familiar y social, el establecimiento/fortalecimiento de relación con los padres comitentes, la confianza frente al equipo de medicina reproductiva, la gestante también puede verse involucrada en relaciones negativas. Estas relaciones se manifiestan, generalmente, como problemas en la relación conyugal, conflictos en la relación materno-filial, dudas e inseguridades en la relación familiar y social, entre otros.

El impacto negativo o positivo en las relaciones no se convierte en una camisa de fuerza para que la mujer *per se* rechace o acepte ser gestante subrogada. Lo que se ha querido dejar en evidencia son los escenarios de impacto a los que eventualmente puede verse enfrentada en su entorno inmediato y que debe tener en cuenta al momento de tomar dicha decisión. Ahora para completar la argumentación que se ha construido al respecto es necesario ahondar en las posibles consecuencias, tanto negativas como positivas, que la decisión de ser gestante subrogada puede ocasionar en su cuerpo.

### **2.3.1.2 POSIBLES CONSECUENCIAS DE LA DECISIÓN EN RELACIÓN CON SU CUERPO**

Una mujer que decide disponer de su cuerpo para ser gestante subrogada, debe asumir las consecuencias de dicha decisión. Éstas pueden ser de varios tipos: físicas, emocionales, familiares, sociales, económicas, entre otras. Sin embargo, y con el fin de no desviar la atención del objeto de estudio de la presente monografía, se analizarán, específicamente, las consecuencias que tiene este tipo de decisión en relación con su cuerpo.

Según Rodríguez (2017), “una gestante subrogada tiene unos riesgos durante el embarazo similar a cualquier otra mujer embarazada, como puede ser aborto, embarazo ectópico u otras complicaciones obstétricas, que se incrementan en el caso de gestaciones múltiples” (p.11). En el mismo sentido, Marrades (2017) ha expresado que:

Además de los riesgos derivados de la gestación, hay que tener en cuenta los eventuales riesgos del parto o de la cesárea (como mayor riesgo de infecciones, de trombosis de los miembros inferiores o de hemorragias). Se han detectado, incluso, contratos que incluyen la exigencia de la cesárea para asegurar el «éxito» del nacimiento (p. 169).

Sin embargo, autores como Olza (2018), han manifestado algunas discrepancias respecto a estos escenarios, aduciendo que pueden llegar a ser aún más extremos.

Este autor aduce que:

[L]a afirmación de que una gestante por subrogación está expuesta a los mismos riesgos que cualquier otra embarazada no es cierta, ya que oculta el mayor riesgo mayor que tienen las gestantes por reproducción asistida frente a las que logran el embarazo de manera espontánea con sus propios óvulos. De hecho, ya solo la ovodonación habitual en la gestación subrogada conlleva un mayor riesgo de patologías con riesgo vital como la eclampsia. Además, se omite la medicalización del embarazo y parto que sufren estas madres precisamente por ser de reproducción asistida y que en el caso de la subrogación suele llegar a niveles extremos. También incrementa los riesgos para la salud de la gestante el hecho de que en subrogación son más frecuentes los embarazos múltiples (p.7)

Lo anterior da cuenta de una de las principales consecuencias a las cuáles se tiene que enfrentar una gestante subrogada respecto a su cuerpo. Estas son los riesgos a la salud derivados del proceso de gestación. Evidentemente, la gestante tiene el derecho a recibir información clara, completa y oportuna, por parte del equipo en medicina reproductiva, sobre todos estos posibles riesgos. Una información clara, comunicada en lenguaje comprensible, donde le expliquen los porcentajes de ocurrencia de estos riesgos desde los más hasta los menos frecuentes le permitirá a la gestante determinar si continúa o no con su decisión de gestar para otros. Esto

explica que se recomienda que la gestante subrogada haya tenido “al menos un hijo previo propio” porque ya “ha sufrido los rigores de la gestación”. (Lamm, 2013, p.258). Se considera que, a partir de esa experiencia previa, la gestante “comprende su compromiso (...)” y “presta un consentimiento verdaderamente informado” (Lamm, 2013, p.258).

Otra de las consecuencias que debe asumir una gestante subrogada frente a su cuerpo es la posibilidad de un embarazo múltiple. Este se produce cuando se gestan dos o más fetos en el mismo embarazo. Si bien los protocolos actuales en materia de reproducción asistida buscan evitarlos, es posible que ello ocurra porque a mayor número de embriones transferidos, mayores posibilidades de un embarazo. Puede ocurrir entonces que, si tres embriones son transferidos, atendiendo al número máximo establecido científicamente y avalado legalmente, la gestante subrogada logre un embarazo varios bebés al mismo tiempo.

Sin embargo, al respecto, Amador (2011) ha afirmado que un embarazo múltiple “aumenta la probabilidad de embarazo riesgoso, aborto prematuro, malformación del feto y daños colaterales como problemas reproductivos e incluso esterilidad para la mujer subrogante” (p. 45). Esto puede generar una gran presión, esfuerzo y sobrecarga en el cuerpo y en la psiquis de la gestante subrogada debido, no sólo al hecho de tener un parto múltiple, sino también a la posibilidad de tener secuelas de carácter permanente.



Igualmente, existe la posibilidad de que la gestante subrogada no tenga ninguna consecuencia adversa frente a su cuerpo, y lleve a término el embarazo de manera segura y sin complicaciones. En el caso de Nikki Kuska, madre de 3 hijos, quién aceptó gestar por subrogación al hijo de una pareja española, afirmó que “Fue todo de maravilla. Físicamente no noté ningún cambio respecto a los anteriores [embarazos]” (Abellán, 2017, párrafo 11).

Pueden existir muchas otras consecuencias sobre el cuerpo que pueden hacer ver la gestación subrogada como algo deseable. Por ejemplo, está científicamente comprobado que durante el embarazo el aspecto de la piel puede mejorar notablemente. Estrella et. al (2006) afirman que “los cambios se deben principalmente al incremento de los niveles de estrógenos. La piel se torna tersa, lisa, blanda, con aumento de la vascularización. Existe mayor contenido hídrico en dermis e hipodermis” (p.264). Además, ellos afirman también que “durante el embarazo aumenta el índice de crecimiento de las uñas, por lo tanto, se ve un crecimiento en longitud y mayor brillo” (Estrella et al, 2006, p.267).

Sin duda, existen numerosas consecuencias, tanto positivas como negativas, frente al cuerpo de la mujer que es gestante subrogada. Todas ellas deben ser ponderadas al momento de tomar la decisión para evitar decisiones irrealistas que subestimen los riesgos para la salud a raíz de complicaciones relacionadas con el embarazo, el parto o los embarazos múltiples. Vistas las consecuencias resulta necesario finalizar

este capítulo mencionando cuales son los derechos que una mujer ejerce cuando decide ser gestante subrogada.

### **2.3.2. DERECHOS EN CUESTIÓN**

La Organización de la Naciones Unidas (ONU) realizó, en septiembre de 1994, en el Cairo - Egipto, la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo. Esta contó con la participación de más de 179 países y tenía como objetivo determinar un programa de acción para “integrar de manera efectiva las cuestiones de población en las propuestas de desarrollo socioeconómico y lograr una mejor calidad de vida para todas las personas, incluidas las de las generaciones futuras” (ONU, s.f, párrafo 3). Esta conferencia cobra relevancia en la presente monografía, porque uno de los grandes temas que se debatieron fue la salud reproductiva y los derechos reproductivos de las mujeres.

En el informe de la Conferencia, se definió la salud reproductiva como “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos”. Dentro del ejercicio de este derecho hombres y mujeres pueden “adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos” (Informe Conferencia del Cairo, 1994, p. 37).

Dentro de esta conferencia se estableció igualmente que:

[L]a salud reproductiva está fuera del alcance de muchas personas de todo el mundo a causa de factores como: (...) las actitudes negativas hacia las mujeres y las niñas; y el limitado poder de decisión que tienen muchas mujeres respecto de su vida sexual y reproductiva.” (Informe Conferencia del Cairo, 1994, p.38)

Los actos de disposición de la mujer sobre su propio cuerpo constituyen una de las formas en que se ejerce el derecho a su salud reproductiva. Ahora bien, su ejercicio debe hacerse de manera libre, sin coacción ni discriminación. Por su puesto, como cualquier otro derecho, no tiene un carácter absoluto, pero el único límite que se establece allí es el respeto a los derechos humanos.

En el caso de la gestación subrogada, la duda que surge es si la mujer puede disponer de su cuerpo para gestar un hijo que no es suyo por considerarlo, algunos, un acto que *per se* transgrede sus propios derechos fundamentales, como por ejemplo la dignidad humana. Sin embargo, no puede dejarse de lado que este acto de disposición sobre el cuerpo también hace parte del ejercicio de otro derecho, el de la salud reproductiva. Frente a esta pregunta un sector de la doctrina ha tratado de dar claridad sobre la cuestión.

Así, para Lamm (2013) “la decisión de convertirse en gestante o de contratar a una gestante es una evolución natural del derecho a la libertad reproductiva” (p.245). En ese sentido, ella afirma que:

El derecho de la mujer a controlar su cuerpo es fundamental en la lucha por el control de su vida. Este control se manifiesta de muchas maneras, pero el elemento principal de control es la elección: (...) De esto se desprende que limitar las decisiones de las mujeres respecto a la GS [Gestación Subrogada] implica limitar las opciones que ya han sido garantizadas por la ley a las mujeres. En otras palabras, las mujeres, como seres libres e independientes, deben tener derecho a decidir si desean, o no, ser gestantes (p.245).

Por su parte, Petrucci y Santamaría (2020) afirman que los actos de disposición del cuerpo de la mujer en materia de gestación subrogada, además del derecho a la salud reproductiva comprenden el ejercicio de otros derechos así:

[E]l derecho de una mujer para otorgar su consentimiento en un acuerdo de gestación por encargo amplía su fundamento y contenido constitucionales en las libertades individuales como pilares del Estado social de derecho (...) éstas se concretan entre otras, en el libre desarrollo de la personalidad, (...) el derecho a la intimidad personal y familiar (...) y en las libertades de conciencia y religión (p.291.)

Se considera entonces que la idea de que los actos de disposición del cuerpo, específicamente en materia de gestación subrogada, no sólo representan el

ejercicio del derecho a la salud reproductiva, sino también otro tipo de derechos, entre los cuáles se pueden mencionar todos aquellos relacionados con la “libertad”: libre desarrollo de la personalidad, libertad de pensamiento, libertad de conciencia, libertad de opinión y de expresión. Y por supuesto, la materialización de estos derechos da lugar al efectivo ejercicio del derecho a la dignidad humana.

Adicionalmente, estos autores afirman, que el acto de disposición del cuerpo de la mujer gestante subrogada, permite el ejercicio de los derechos reproductivos de la pareja comitente. Al respecto manifiestan que las gestantes al dar su consentimiento para gestar un hijo a favor de la persona o pareja comitente permiten hacer efectivo el derecho a la reproducción de esas personas porque sin su ayuda, ellas no podrían conformar una familia según su proyecto de vida (Petrucci y Santamaría, 2020).

Esta afirmación no es apoyada unánimemente en el mundo académico, porque propone el ejercicio de derechos a través de terceras personas. Así, ella no considera que el derecho a la salud reproductiva es un derecho personalísimo que protege manifestaciones físicas propias de la persona que lo ejerce. Con dicha crítica habrá que esperar qué desarrollo tiene esta hipótesis en el futuro.

Adicional a lo ya mencionado, es importante mencionar que el escenario donde se ejercen los derechos de las mujeres ha estado, históricamente, enmarcado en un ambiente profundamente paternalista. Aceptar los actos de disposición del cuerpo en materia de gestación subrogada, no sólo posibilita el ejercicio de derechos como

los mencionados, sino que también rompe el yugo patriarcal que ha romantizado el papel de la maternidad. Al respecto Viteri (2019) afirmó que Carmel Shalev, presidenta del Centro Internacional de Derecho y Ética de la Salud de la Universidad de Haifa se declara:

[A] favor de la maternidad por sustitución porque en ella percibe un elemento liberador al refutar la cultura patriarcal: la madre subrogada engendra fuera del vínculo conyugal, rompe la conexión entre maternidad biológica y maternidad social y permite participar a las mujeres en la economía de mercado por medio del embarazo como un trabajo remunerado. Oponerse a ella es negar a las mujeres su autonomía y mantenerlas en una visión tradicional de la maternidad como un acto altruista y desinteresado. Pero no sólo se limita la autonomía y la responsabilidad de las mujeres cuando se prohíbe celebrar contratos de subrogación. Se actúa de forma paternalista cuando se permite que las mujeres gestantes vulneren el acuerdo inicial alegando que ello se justifica en el instinto materno que se desencadena de forma natural durante la gestación y el parto (p.82)

Por todo lo anterior, se puede concluir que cuando una mujer decide disponer de su cuerpo para ser gestante subrogada está haciendo ejercicio legítimo de sus derechos a la salud reproductiva, a la dignidad humana, a la libertad de pensamiento y consciencia, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de opinión y expresión. Restringir a la gestante subrogada en el uso de su cuerpo para concebir un hijo a favor de terceras personas, es restringir también el goce de sus propios

derechos. Un escenario donde el reproche social reconozca que las mujeres puedan disfrutar de sus derechos también es una forma de romper con la ética paternalista que ha acompañado la historia de las mujeres como un lastre.

Lo cierto es que, las amplias discusiones de expertos e idealistas en materia de gestación subrogada sólo han generado reflexiones que, en ocasiones, no logran impactar el órgano normativo. Ciertamente, a pesar de la evidente necesidad de regulación en la materia, los Estados parecen cómodos al limitarse con la simple omisión, descartando por completo el estudio detallado que el objeto exige, para dar una respuesta de fondo que supla las necesidades dinámicas de la sociedad. Es por eso que a continuación y desde el derecho comparado, se analizarán tres ejemplos puntuales sobre los diferentes alcances en las legislaciones existentes en materia de gestación subrogada.

## CAPÍTULO 3

### LA GESTACIÓN SUBROGADA DESDE EL DERECHO COMPARADO

“La importancia del derecho comparado es clara: no sólo nos ayuda a entender mejor el derecho como creación cultural, sino que proporciona una base intelectual para la interpretación y el análisis de distintos sistemas jurídicos, lo que en definitiva ayuda también a entender e interpretar el sistema propio”  
(Lerner, 2004, p. 919)

Los ordenamientos jurídicos de las sociedades occidentales tienen un punto de partida en común, gracias a que reconocen principios, valores e intereses generales similares. No obstante, estos son priorizados de manera diferente por cada país, a partir de su concepción de Estado, gobierno y sociedad. Lo anterior, permite explicar por qué, a pesar de compartir elementos en común, los ordenamientos jurídicos pueden llegar a ser diversos y discrepantes unos con otros, cómo se observará a continuación.

En el presente capítulo se analizará la gestación subrogada desde el derecho comparado a través de la metodología teórica del estructuralismo. Esta teoría, según Scarciglia (2018), reconoce que todo objeto de estudio tiene una estructura, que da nacimiento a los formantes legales (*legal formants*). Estos se entienden como “*el conjunto de reglas de derecho y proposiciones en las que se basa la solución de un problema o la regulación de un instituto o fenómeno jurídico, en un*



*determinado ordenamiento y en un preciso momento histórico”* (Scarciglia, 2018, p.108).

Los formantes legales se dividen en verbalizados y no verbalizados. Los primeros son aquellos plenamente identificables y generalmente conocidos, tales como la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Los segundos se conocen como "criptotipos", y hacen referencia a aquellas inferencias derivadas de cuestiones jurídicas, las cuales dan nacimiento a un razonamiento. De los formantes verbalizados no se incluirá en el presente análisis la doctrina, toda vez que el interés de esta monografía es analizar el estado actual de la práctica de la gestación subrogada, más no el discernimiento que pueden llegar a hacer doctrinantes al respecto.

Los países que serán objeto de estudio son: Colombia, Argentina y algunos estados de los Estados Unidos, específicamente, Arizona, Michigan, Idaho y California. Los anteriores fueron elegidos porque permitirán contrastar tres escenarios: el de la prohibición, el de la permisión y el de la omisión en la regulación de la práctica.

### **3.1 COLOMBIA**

En nuestro país, no se ha regulado la gestación subrogada a pesar de que ella es una práctica social medianamente aceptada. La ausencia de una legislación ha generado que, ante la existencia de un conflicto, el mismo se resuelva a partir de la aplicación analógica de disposiciones, que, al no haber sido creadas para

resolverlos, solo plantean soluciones a medias, discrecionales y en muchos casos en contra de la seguridad jurídica que merece toda persona o pareja que solo busca materializar su plan de vida. A continuación, se analizarán los formantes legales, a través del estudio de la parte motiva de dos proyectos de ley, uno que pretendía penalizar la práctica y otro que buscaba regular la misma siempre y cuando existiera un móvil altruista. No obstante, debe precisarse que ambos proyectos de ley fueron archivados. Posteriormente, se realizará un estudio de los formantes jurisprudenciales a través de dos sentencias proferidas por la Corte Constitucional sobre el tema. Por último, se analizarán los criptotipos o formantes no verbalizados a través de un informe periodístico televisivo.

### **3.1.1 FORMANTES LEGALES**

Si bien en Colombia no existe una ley que regule expresamente la gestación subrogada, el Congreso de la República, en reiteradas ocasiones, ha debatido proyectos de ley presentados por iniciativa de los mismos legisladores. Sin embargo, los proyectos han sido archivados porque los autores lo retiran o por no tramitarse dentro de una misma legislatura ya que al involucrar derechos fundamentales, se debe seguir el procedimiento descrito para leyes estatutarias. No obstante, a partir de dichos textos y su respectiva exposición de motivos, se pueden derivar proposiciones teóricas que podrían, eventualmente, incidir en la futura regulación sobre la materia.

La última iniciativa legislativa presentada ante el Congreso de la República con el fin de regular la gestación subrogada fue el Proyecto de Ley 113 de 2021. Este pretendía prohibir esta práctica con fines de lucro, creando un nuevo tipo penal y regularla cuando fuese con fines altruistas. Dicho proyecto fue elaborado por dos senadores y dos representantes a la cámara, todos ellos pertenecientes a un partido político de extrema derecha, lo que explica su motivación ideológicamente conservadora y de tendencia prohibicionista.

El tipo penal que se pretendía crear denominado “constreñimiento a la maternidad subrogada con fines de lucro”, incluía verbos rectores como promover, inducir, financiar, reclutar, colaborar y constreñir a una mujer para “alquilar su vientre” por un beneficio económico. El delito colocaba a la gestante subrogada como sujeto pasivo de la conducta punible y a los denominados “padres solicitantes” como sujetos activos. Esta tipificación fue justificada por los autores bajo el argumento que el simple hecho de que una mujer aceptara gestar y dar a luz a un hijo de otro por dinero, convertía sus cuerpos en un “objeto de consumo”, vulnerando la dignidad humana. Los autores del proyecto también indicaban que el cuerpo de la mujer no es una “mercancía” que se pueda vender, arrendar o negociar, ya que las personas no son objeto de comercio.

Otro de los argumentos que fundaba el proyecto era la creencia que, generalmente, las mujeres que aceptan ser gestantes subrogadas son personas en situaciones de alta vulnerabilidad socioeconómica. Por lo tanto, su consentimiento está claramente

viciado por la necesidad de suplir, tal vez, necesidades básicas para la subsistencia de ellas y de sus familias. Este argumento específico es una “falacia por generalización”, ya que si bien existen casos que concuerdan con lo descrito, no todos se pueden enmarcar en dichas circunstancias. De hecho, en los medios de comunicación, se han documentado ejemplos de mujeres que aceptan ser gestantes subrogadas con el fin de obtener un beneficio económico que las ayude a lo que ellas mismas denominan “cumplir sueños” como estudiar en una universidad, viajar o someterse ellas mismas a una TRHA.

Otro de los argumentos que según los autores del proyecto legislativo justificaba la prohibición de la gestación subrogada con fines de lucro, es que la desigualdad en oportunidades laborales para las mujeres en el país las “obligaba” a buscar otras alternativas de empleo. Asumir que ser gestante subrogada es un “trabajo”, cosifica *per se* a la mujer, porque su cuerpo no sería otra cosa que una máquina para producir un bien (un bebé) y prestar un servicio (ayudar a terceras personas a ser padres).

En la exposición de motivos del proyecto de ley se menciona que Colombia es un lugar de “turismo reproductivo”, ya que la mayoría de las “parejas solicitantes” son extranjeros que vienen al país en busca de mujeres que quieran y acepten ser gestantes subrogadas. A esto se suma que los tratamientos de fertilidad en Colombia son mucho más económicos que en países desarrollados, y que las mujeres de países en vía de desarrollo aceptan de manera más “fácil” el acuerdo.

A criterio propio, este argumento que crea un estereotipo frente a las mujeres colombianas, quienes, parece, no tendrían la suficiente capacidad para autodeterminarse por nacer, crecer y vivir en un país en vía de desarrollo.

A pesar de lo ya mencionado, los autores de este proyecto de ley buscaban permitir la gestación subrogada con fines altruistas. Así, todo parece indicar que la gestación subrogada solo atenta contra la dignidad de la mujer cuando existe una retribución económica. Visto desde otra perspectiva, como si el altruismo borrara automáticamente todo cuestionamiento porque, en ese caso, lo que interesa es que su práctica ayude a materializar el proyecto parental de personas que no pueden procrear con sus propios cuerpos. Se refuerza entonces los autores del proyecto cayeron en una falacia por generalización, toda vez que pretendían rechazar la práctica bajo unos criterios y permitirla debido a otros. En ese orden de ideas, pareciera ser que el móvil altruista no transgrede la dignidad humana, mientras que el móvil económico sí.

Sin embargo, la propuesta estaba condicionada al cumplimiento de tres requisitos *sine qua non* para ser ética, moral y legalmente aceptable. El primero consistía en exigir que la pareja solicitante (no se precisa si heterosexual o del mismo sexo) fuera colombiana y se encontrara unida por un vínculo matrimonial. Merece la pena aclarar que el proyecto de Ley no hace alusión a si la pareja debe ser heterosexual, o puede ser homosexual. El segundo, que la mujer solicitante presentara un certificado médico que diera fe de una imposibilidad biológica real para concebir.

Finalmente, que la potencial gestante subrogada tuviera algún parentesco con alguno de los miembros de la pareja solicitante.

Estos requisitos se consideran altamente discriminatorios porque excluye de plano parejas sin un vínculo conyugal; personas que pretendan ser padres/madres solteros/as; personas residentes en el país pero sin nacionalidad que, en principio, deben gozar de los mismos derechos que todos los colombianos; mujeres que por elección propia no quieran llevar un embarazo en su cuerpo, entre otras. Así que más que una regulación, la sensación que deja el texto es que el verdadero objetivo de los legisladores era desincentivar completamente la práctica, incluso con fines altruistas.

El aporte de este proyecto de ley para la configuración de futuros formantes legales, compartidos o no por las autoras, se puede resumir en: Primero, la gestación subrogada con fines de lucro es una práctica de explotación de la mujer con fines reproductivos. Segundo, las mujeres de países en vía de desarrollo no tienen capacidad de autodeterminación, por lo que aceptan ser gestantes subrogadas por simple necesidad económica. Tercero, el acuerdo de gestación subrogada tiene asidero exclusivamente por la condición socioeconómica de la potencial gestante y su condición de mujer. Cuarto, el cuerpo de la mujer no es una mercancía ni un objeto de consumo. Quinto, la gestación subrogada sólo puede permitirse cuando el fin es altruista y en condiciones muy específicas.

En el Congreso de la República también se han promovido iniciativas legislativas provenientes de sectores políticos más liberales. Es el caso del Proyecto de Ley 88 de 2017, presentado por dos senadores de la República. Este proyecto pretendía regular no sólo la gestación subrogada en Colombia, sino también la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. El texto, en su capítulo IX, artículo 27 y siguientes, estableció el denominado “uso solidario de vientre”, que no es otra cosa que la gestación subrogada con fines altruistas, la única que, en criterio de los autores, debería ser legal en Colombia.

Los autores del proyecto reconocen que la reproducción científicamente asistida es una realidad que se desarrolla en Colombia sin regulación normativa alguna, razón por la cual se hace imperiosa la regulación sobre la materia. Ellos también mencionan que, específicamente, la práctica de la gestación subrogada, ha desatado controversias jurídicas de difícil solución en los últimos años, porque involucra derechos no sólo de las gestantes, sino también de las parejas solicitantes y de los nasciturus. Además, involucra en gran medida profundas cuestiones morales y éticas de una sociedad que aún tiene una visión conservadora de la reproducción y la conformación de la familia.

En el proyecto se menciona que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido reconocidos en convenios internacionales como “derechos humanos”, por lo que ahora hacen parte del núcleo esencial del ordenamiento jurídico y del Estado Colombiano. Así, en el ejercicio de su autonomía, una mujer

puede disponer libremente de su cuerpo aceptando ser gestante subrogada, siempre y cuando respete los límites establecidos por las normas de orden público como la no vulneración de derechos fundamentales, particularmente, de las mujeres gestantes y de los recién nacidos.

Los autores de dicho proyecto de ley manejaron una lógica similar a los autores del proyecto precedente, respecto a que se debe descartar cualquier pacto de retribución económica a una mujer para que sea gestante subrogada. Sin embargo, se diferencian respecto a la penalización de la práctica cuando se realiza de manera onerosa. Así, se deben privilegiar aquellos casos donde la mujer, por principio de solidaridad, quiere ayudar de manera desinteresada a terceros a materializar, a través de ella o gracias a su intervención, su proyecto parental. De este modo, la gestante estaría tomando una decisión completamente libre sobre su cuerpo, su sexualidad y su reproducción.

Para los autores, la gestación subrogada con fines altruistas debe cumplir con algunos requisitos. Por un lado, la mujer solicitante debe acreditar alguna condición patológica que le impida concebir por ella misma; la pareja solicitante debe asumir la totalidad de los gastos médicos generados en razón del embarazo y el alumbramiento y ellos deben aceptar al nasciturus bajo cualquier circunstancia. Además, la gestante debe ser mayor de edad, gozar de buena salud física y mental, someterse a un estudio previo de idoneidad por parte de un grupo interdisciplinario, comprometerse a renunciar al recién nacido, entregarlo a la pareja solicitante tan



pronto nazca y desistir de toda intención de acudir a la justicia para impugnar la maternidad.

Un aspecto interesante que se evidencia en la exposición de motivos del mencionado proyecto de ley, es que para establecer la filiación debe imperar la voluntad procreativa de la pareja solicitante. Lo anterior porque sus integrantes son los que desean asumir la responsabilidad derivada del hecho de ser padres y el cuidado y crianza del hijo concebido. Esta afirmación se sustenta en el hecho de que procrear hace parte del proyecto de vida de los seres humanos, y no poder hacerlo, produciría un daño en el propio ser de la persona. Si bien la voluntad procreativa debe marcar la pauta en materia de regulación de gestación subrogada resulta falaz afirmar que todas las personas, por su condición humana, deben procrear o desean ser padres ya que más que una aseveración respecto a la autonomía del individuo, es un argumento circular en pro de la perpetuación de la especie.

En concreto, los aportes de este proyecto de ley para la configuración de futuros formantes legales para la regulación de la gestación subrogada en Colombia son: primero, las mujeres pueden tomar decisiones libres sobre su cuerpo, su sexualidad y su reproducción, respetando las normas de orden público. Segundo, sería aceptable únicamente la práctica de gestación subrogada con fines altruistas, atendiendo al principio de solidaridad. Tercero, la mujer que acepta ser gestante subrogada debe someterse a un estudio de idoneidad y a estricto control médico

antes, durante y después del embarazo. Cuarto, la voluntad procreativa debe marcar la pauta en la regulación.

Adicional a los dos proyectos de ley mencionados, en Colombia, la Ley 919 de 2004, prohibió la comercialización de componentes anatómicos en los siguientes términos:

Quien done o suministre un órgano, tejido o fluido corporal deberá hacerlo a título gratuito, sin recibir ningún tipo de remuneración por el componente anatómico. Ni el beneficiario del componente, ni sus familiares, ni cualquier otra persona podrá pagar precio alguno por el mismo, o recibir algún tipo de compensación. (artículo 1º Ley 919, 2004)

A su vez, el artículo 188 A de la Ley 599 de 2000 y las leyes 985 de 2005 y 136 de 2021 tipificaron la trata de personas. El mencionado artículo define este delito así:

El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación (...)

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

El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal (Ley 906, 2004)

En esa medida, la sola existencia de estas normas vetaría de plano cualquier intento de legalización de la práctica de la gestación subrogada con fines de lucro, porque las partes involucradas (gestante, pareja solicitante y Centro Médico de Fertilidad) estarían incurriendo en conductas fuertemente castigadas no sólo por la legislación colombiana sino también por normas del derecho internacional. Ello debido a que, para algunos autores, la gestación subrogada implica un tráfico de personas dado que el bebé es entregado por la “madre” a la pareja comitente por una suma de dinero cuando dentro de la gestación se pacta una retribución económica. Bajo esas condiciones, cualquier reglamentación sobre la gestación subrogada debe pasar por una revisión exhaustiva de las disposiciones mencionadas.

Estos proyectos de ley presentan, en cierta medida, la visión de los legisladores sobre el contenido de una regulación en materia de gestación subrogada. Sin embargo, ellos no son suficientes para conocer la gestión de la gestación subrogada en el país. Por ello, que se hace imperante analizar los denominados formantes jurisprudenciales para verificar cómo ha sido la intervención del juez en la materia.

### 3.1.2 FORMANTES JURISPRUDENCIALES

El primer formante jurisprudencial en Colombia respecto a la gestación subrogada se encuentra en la sentencia T - 968 de 2009. Al ser un fallo proferido en sede de revisión de la acción constitucional de tutela, tiene un efecto *inter partes*, por lo que su *ratio decidendi* no posee, en principio, un carácter vinculante más allá de las partes que se vieron involucradas en el proceso. Sin embargo, su *obiter dicta* puede dar luces respecto a la motivación autónoma de la Corte respecto al tema, y las reglas operativas que en ella se miden.

En el caso concreto, una pareja residente en Estados Unidos con problemas de fertilidad acudió a un centro médico colombiano para someterse a un tratamiento de fecundación in vitro (FIV) con sus propios gametos con el fin de procrear. Después de varios intentos, el estado de salud de la cónyuge se deterioró, por lo que los médicos recomendaron intentar el procedimiento con una gestante subrogada. El mismo centro médico recomendó a la pareja una mujer colombiana de 26 años de edad, joven, saludable y con un hijo de 1 año, para que gestara al bebé. Después de varias transferencias, la mujer no logró quedar en embarazo porque ninguno de los embriones de la pareja anidó.

Posteriormente, la cónyuge regresó a Estados Unidos y su pareja decidió quedarse en el país para comenzar una relación sentimental con la potencial gestante subrogada. Meses después decidieron acudir a otro centro médico de fertilidad para

someterse nuevamente a un tratamiento de FIV, pero con los óvulos de su actual pareja, que dio como resultado un embarazo gemelar. Cuando los bebés nacieron, la gestante subrogada se negó a entregar a los recién nacidos a su padre, que pretendía llevarlos a Estados Unidos para que fueran criados por la pareja de cónyuges. Después de varios procesos administrativos y judiciales de custodia, asignación de cuota alimentaria y permiso para salir del país, la gestante decidió interponer acción de tutela, para evitar que los gemelos fueran sacados del país y separados de ella, pues consideraba que ella era la madre, no sólo por haberlos gestado sino también porque ella misma aportó sus gametos.

El juez constitucional en sede de revisión tuteló los derechos de la mujer, aduciendo que no existía ningún contrato de gestación subrogada, porque para que éste se configurara, la mujer que gesta y da luz no puede aportar sus óvulos. Así que, al ser ella la aportante genética, era la madre de los menores y poseía todos los derechos parentales que pretendía hacer valer.

La Corte reconoce, de manera explícita, que Colombia no tiene una regulación sobre la gestación subrogada. Sin embargo, al no existir una prohibición expresa, considera que su práctica se legitima de manera implícita a través del artículo 42 inciso 6 de la Constitución Política, el cuál consagra que aquellos hijos procreados con asistencia científica tendrán los mismos derechos y deberes. La Corte reconoce, asimismo, la necesidad imperiosa de regular integralmente esta práctica para evitar, entre otras cosas, que las mujeres ejerzan actos de disposición sobre

su propio cuerpo contrarios a la ley. Para tomar una decisión, la Corte toma de la doctrina española, en cabeza de Emaldi (2001) diez requisitos que podrían, eventualmente, tenerse en cuenta para regular las condiciones bajo las cuáles se desarrolla la gestación subrogada. Estas son:

1. Que la mujer que busque establecer su proyecto parental a través de la gestación subrogada, tenga imposibilidad de procrear con su propio cuerpo, en virtud de alguna condición patológica.
2. Que los gametos (óvulo y espermatozoide) provengan bien sea de la pareja que busca materializar su proyecto parental o de bancos de gametos. Bajo ninguna circunstancia se podrán utilizar los gametos de la gestante subrogada, ya que ella exclusivamente gestará y dará a luz.
3. Que la gestante subrogada tenga un fin netamente altruista, y bajo ninguna circunstancia medie un beneficio económico.
4. Que la gestante subrogada goce de buena salud física y mental, sea mayor de edad y haya tenido por lo menos un (1) embarazo previo.
5. Que la gestante subrogada se someta a un riguroso seguimiento médico y psicológico antes, durante y después del embarazo.
6. Que siempre se preserve la identidad de las partes.
7. Que la gestante subrogada no pueda retractarse si ya firmó el consentimiento informado y se implantó el embrión en su útero.
8. Que la pareja que busca materializar su proyecto parental no pueda rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia durante la gestación o después del parto.

9. Que se tomen las medidas pertinentes para que en caso de fallecimiento de la pareja que busca materializar su proyecto parental, no quede desprotegido el hijo concebido.
10. La gestante subrogada sólo puede interrumpir el embarazo bajo prescripción médica.

En principio, puede considerarse que la Corte buscó establecer criterios específicos para que el legislador los tomara como referencia y pudiera regular la materia posteriormente. Sin embargo, la Corte no explicó en ningún momento por qué seleccionó esos criterios y si existen otros criterios que podrían ser considerados. No obstante, la sentencia es un aporte sumamente importante desde la jurisprudencia, al tratarse de la primera providencia judicial de una alta corte que se refería directamente al tema.

El aporte de esta sentencia podría resumirse en cuatro aspectos fundamentales: El primero, es que la Corte legitima la gestación por subrogación gestacional (donde la mujer sólo gesta y da a luz) pero prohíbe la gestación por subrogación tradicional (la mujer no sólo gesta y da luz, sino que también aporta su óvulo). Esto a razón de que, si la gestante aporta su óvulo, su embarazo no sería subrogado, sino que estaría “vendiendo a su hijo biológico”, contrariando normas de orden público como la prohibición de trata de personas o la de tráfico de componentes anatómicos. El segundo, es que la Corte legitima la gestación subrogada por motivos altruistas, pero la prohíbe cuando el fin es obtener una retribución económica. La Corte no

realiza un discernimiento profundo sobre el porqué es aceptable en una circunstancia y no en la otra, pero lo que se entiende, implícitamente, es que el hecho de pagar por gestar y dar a luz a un bebé, no es otra cosa que la comercialización del cuerpo de la mujer. El tercero, que la mujer que acepta ser gestante subrogada debe someter su cuerpo no sólo a los cambios físicos propios de un embarazo, sino que también pierde libertad sobre el mismo, al tener que cumplir con restricciones personales y médicas en el uso, disfrute y disposición de su cuerpo, antes, durante e incluso después de la gestación y el alumbramiento. El cuarto, más que un aporte, denota una confusión conceptual de la Corte, ya que establece que la gestación subrogada es una TRHA, cuando en realidad es sólo un “medio”, o “método” para materializar técnicas como la inseminación artificial, la FIV o la inyección intracitoplasmática de espermatozoide.

El segundo formante jurisprudencial respecto a la gestación subrogada, se encuentra en la sentencia T - 275 de 2022. Al ser también un fallo proferido en sede de revisión de tutela, goza únicamente de efecto *inter partes*. Sin embargo, en la parte resolutive de dicha providencia, la Corte ordena al Gobierno Nacional para que, en un plazo de 6 meses, radique un proyecto de ley que regule la materia.

En el caso concreto, un hombre soltero que pretendía ser padre, contrató a una mujer para que gestara a su hijo. Él utilizó sus propios espermatozoides y un óvulo proveniente de una donante anónima. A través de la FIV, se logró un embarazo exitoso. Cuando la bebé nació, el padre pidió a su EPS que le reconociera la



“licencia de maternidad” consistente de 18 semanas remuneradas, pues consideraba tener derecho a la misma por ser padre soltero y responsable del cuidado exclusivo de la recién nacida. La EPS negó la petición argumentando que la licencia de maternidad se reconoce a la mujer que dio a luz, y que, a él, por su condición de hombre y padre, sólo le correspondía la licencia de paternidad correspondiente a 14 días remunerados después del nacimiento de su hija.

A través de acción de tutela, él buscó la protección de sus derechos fundamentales y los de su hija recién nacida a la igualdad, a la dignidad, al derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, entre otros. Dicha acción no prosperó, y ante la ausencia de impugnación, fue enviada a sede de revisión en la Corte Constitucional. Posteriormente, la Corte tuteló los derechos del accionante, al considerar que el hecho de ser padre soltero y que su hija fuese concebida a través de FIV con una gestante subrogada, podía asimilarse a aquellos casos donde existe ausencia de la madre en los primeros meses de vida del menor, por enfermedad o muerte. La Corte reconoció al padre licencia de maternidad por 18 semanas y a la gestante subrogada una incapacidad médica de 6 semanas, tiempo suficiente, según los expertos, para recuperarse físicamente de su estado de gravidez.

En dicha sentencia, la Corte volvió a reconocer el vacío normativo existente en Colombia en materia de gestación subrogada, pero expresó que desde una providencia judicial no se pueden establecer reglas de carácter general con vocación legal. Por tanto, consideró que es deber exclusivo del legislador, a partir

de un debate amplio y público, regular la materia, teniendo en cuenta que es un asunto que merece una “alta intervención estatal” por estar de por medio derechos fundamentales de las mujeres y de los recién nacidos como la igualdad y la dignidad humana.

En la sentencia, la Corte también deja en evidencia la reiterada omisión del Congreso de la República de legislar sobre la materia, ya que entre 1998 y 2021 se han presentado más de 16 proyectos de ley que han sido archivados por las razones antes mencionadas. La Corte hace claridad en que la falta de normativa no es predicable sólo de la gestación subrogada sino también de la aplicación de las TRHA en Colombia. Sin embargo, en la parte motiva de la sentencia, la Corte no profundiza en las razones por las cuáles no se ha logrado una regulación y en los beneficios que la misma tendría a pesar de que la gestación subrogada y las TRHA son prácticas en auge en el país. La Corte simplemente se limitó a exhortar a otras autoridades.

El aporte de esta sentencia al tema de estudio podría resumirse en tres aspectos fundamentales. El primero, la gestación subrogada es una práctica en auge en el país que requiere regulación integral. El segundo, que dicha regulación debe tramitarse por el procedimiento previsto para leyes estatutarias por involucrar derechos fundamentales. El tercero, que las gestantes subrogadas, no tienen derecho a licencia de maternidad post parto porque dicha licencia se ha previsto para el cuidado personal del recién nacido; por tanto, ellas sólo serían acreedoras

de una incapacidad médica por el tiempo aproximado de 6 semanas para su recuperación física.

Como se evidenció, la ausencia de una regulación no impide que se celebren acuerdos o contratos de gestación subrogada. Ahora bien, cuando las situaciones derivadas de esos acuerdos o contratos, por ejemplo, la entrega del hijo/a concebido o el reconocimiento de una prestación social relacionada con el cuidado, llegan a los despachos judiciales, las autoridades han debido fallar sin fundamento normativo. Es por ello, que los operadores judiciales exhortan a los legisladores para que sean quienes regulen la materia. Como ya se observó, esto tampoco ha generado avances significativos; así que, la atención también debe centrarse en los denominados criptotipos o formantes no verbalizados, con el fin de encontrar otros criterios para una futura regulación.

### **3.1.3 FORMANTES NO VERBALIZADOS O CRIPTOTIPOS**

La gestación subrogada puede considerarse como un tema tabú en Colombia por las implicaciones éticas y morales que representa. Es por esto que en la cotidianidad se habla muy poco sobre el tema. Sin embargo, algunos medios de comunicación han tratado de difundir historias de mujeres que han sido gestantes por subrogación y las implicaciones físicas, psicológicas, jurídicas y económicas a las que se han visto sometidas.

El programa “Los Informantes” que se transmite los domingos por un canal de televisión nacional, es un espacio de análisis y opinión periodística, a través del cual se tocan temas de interés actual. En el tercer trimestre del año 2020, se presentó una crónica denominada “Vientres de Alquiler” en la cual realizaron dos entrevistas a mujeres colombianas que habían sido gestantes subrogadas en el pasado. Ellas contaron su historia de vida, las razones que las llevaron a tomar tal decisión y los pormenores de todo el proceso antes, durante y después del embarazo. Estas mujeres compartían circunstancias en común: eran jóvenes; saludables; ya tenían hijos propios; sus familias y parejas estuvieron de acuerdo; ellas mismas fueron las que se informaron sobre el tema y tomaron la decisión y ambas se sometieron a la modalidad de gestación por subrogación gestacional con gametos de la propia pareja solicitante.

Ambas, a través de una búsqueda propia en internet, descubrieron que existen numerosos grupos y foros en redes sociales, de personas que buscan gestantes subrogadas para tener a sus hijos y mujeres que se ofrecen a hacerlo. La comunicación entre las partes resulta siendo en principio muy informal y escueta. Por lo general, se pacta un primer encuentro presencial donde deciden conocerse, para, posteriormente, acudir a un centro médico de fertilidad y realizar a la potencial gestante un exhaustivo chequeo médico. Si las cosas están bien, deciden establecer una relación de pareja solicitante - gestante subrogada.

Ellas manifestaron que su voluntad fue expresada a través de un contrato escrito, elaborado por los abogados de la pareja solicitante, donde se estipulaban todas las condiciones del mismo. Como en Colombia “es madre quien da luz”, existía un conflicto en cuanto al establecimiento de la filiación del menor con sus padres. Frente a este aspecto, una de ellas expresó, que en el acuerdo que suscribió se estableció que al nacer el bebé se impugnaría la maternidad, y a través de una prueba de ADN se demostraría que la gestante no es la madre biológica. De esta manera, en un proceso paralelo, se investigaría la maternidad con la aportante del óvulo, para que ella fuera declarada madre.

Entre los muchos aspectos sobre los que dialogaron, se destaca el hecho de que, si bien recibieron una retribución económica por parte de las parejas solicitantes, ese no fue su principal móvil. Ambas coincidieron en afirmar que su actuar fue una muestra de solidaridad con las parejas que acudieron a ellas, porque les ayudaron a cumplir el sueño de ser padres. Precisamente, ese deseo de ayudar a los demás fue el que las motivó a gestar por subrogación. Contrario a lo que muchas personas pueden pensar, el dinero no lo utilizaron para suplir necesidades básicas sino para satisfacer deseos de vida: una de ellas quería obtener recursos para someterse con su esposo a un tratamiento de FIV mientras que la otra quería ahorrar el dinero para pagar, en un futuro, la universidad de una de sus hijas.

Ellas reconocieron lo difícil que fue desprenderse del recién nacido, porque quieran o no, el vínculo es imposible de suprimir. Llevar nueve meses en el vientre a un ser

humano frágil que depende exclusivamente de la mujer, despierta el instinto de amor y protección. Sin embargo, desde el comienzo, fueron conscientes de que llevaban en su vientre un bebé que no era suyo, ni biológica, ni legalmente. Una de ellas manifestó que ha seguido en contacto con la pareja solicitante, y se siente tranquila al saber, a través de fotografías y videos, que el menor se encuentra en excelentes condiciones.

A través de estos testimonios, se puede establecer una serie de aportes importantes como formantes no verbales para el establecimiento de reglas de derecho que pretendan regular la figura. Entre ellos se pueden destacar: Primero, las mujeres son libres de decidir sobre su cuerpo, independientemente del móvil, ya que son personas racionales y autónomas que pueden tomar decisiones tan trascendentales por ellas mismas. Segundo, el hecho de que medie una contraprestación económica no significa que su actuar sea menos loable o altruista. Tercero, las mujeres que han vivido la experiencia de ser gestantes subrogadas no consideran que se les han vulnerado derechos fundamentales. Cuarto, se sienten juzgadas por el prejuicio social y desearían que en un futuro esta práctica deje de ser tabú.

En suma, si bien se ha intentado regular la gestación subrogada, los resultados no han sido aún satisfactorios. Desde los formantes legales, cabe decir que no existen, y los intentos por establecerlos se han quedado cortos tanto en aspectos sustanciales como procedimentales. El legislador está llamado a establecerlos de una manera oportuna, realizando un estudio más profundo sobre las

particularidades del tema y evitando dilaciones que retrasen la adopción de dicha normativa. Desde los formantes jurisprudenciales, puede decirse que existen algunas pautas que pueden orientar la toma de decisiones, pero que a su vez necesitan ser estudiadas más a fondo, para que al implementarlas sean armónicas con el ordenamiento jurídico colombiano. Desde los criptotipos, se evidenció que es una práctica latente en el país y que las mismas gestantes subrogadas tienen visiones positivas respecto al desarrollo de la práctica. Después de presentar los formantes verbales y no verbales en Colombia, presentaremos cuáles son esos formantes en Argentina.

### **3.2 ARGENTINA**

Este país resuelve los cuestionamientos que genera la gestación subrogada a través de las decisiones de los jueces. Estos, establecen ciertos requisitos no solo para avalar la práctica, sino para que la misma no suscite conflictos a futuro, entre las personas que participan en esta. La visión sobre el tema en este país es más progresiva, comparada con la de Colombia. Para evidenciarlo, inicialmente, se analizarán los formantes legales que sirven de base para que los jueces decidan respecto a la práctica. Posteriormente, se estudiarán los criptotipos o formantes no verbalizados en este país, centrándose el estudio en mención en los comités de bioética.

### 3.2.1 FORMANTES LEGALES

Si bien en Argentina tampoco hay una regulación legal expresa sobre la materia, existe una concepción jurídica diferente a la de Colombia. Lo anterior tiene fundamento en que, con la promulgación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se empezó a entender la filiación y el uso del cuerpo desde perspectivas menos restrictivas. En primer lugar, el Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la Ley 26.994 y promulgado según Decreto 1795 de 2014, reconoce, en su artículo 17, los derechos sobre el cuerpo humano de la siguiente manera:

Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

Inicialmente, en el proyecto de ley para la promulgación de este Código Civil y Comercial de la Nación, se encontraba regulada la gestación por sustitución en su artículo 562 de la siguiente forma:

El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el



consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

No obstante, dicho proyecto de Ley se modificó dentro del proyecto de reforma y unificación por parte de la Comisión Bicameral, mediante la remoción del artículo citado. Esta es una de las razones por la cuales, en 2020, se presentó otro proyecto de ley el cual busca modificar el Código Civil y Comercial de la Nación. Dicha iniciativa legal tiene como antecedentes la Ley 26.529, la cual regula los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud y la Ley 26.862, la cual tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

El proyecto de ley mencionado busca, entre otras cosas, que:

1. La gestante debe otorgar un consentimiento previo, informado y libre para someterse a la práctica de la gestación por sustitución.
2. Se modifique la voluntad procreacional establecida en el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, pasando del entendido de que los nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también prestaron su consentimiento previo, para establecer que *“los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistidas son hijos de quién o quiénes prestan su voluntad procreacional manifestada en el correspondiente consentimiento previo, informado y libre”*.
3. Establece los requisitos para la autorización judicial de gestación por sustitución, dentro de los cuales se encuentran: Cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país, excepto cuando se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país; la persona gestante no podrá aportar sus gametos; la persona gestante no puede haberse sometido a un procedimiento de este tipo por más de dos (2) veces; la persona gestante debe tener un hijo propio el cual haya dado a luz y los pretensos progenitores deben tener imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo.
4. Pretende establecer que, en los casos de filiación por gestación por sustitución, la filiación sea determinada por la sentencia judicial que la autoriza.

5. Busca regular el hecho de que cuando se recurre a gestación por sustitución y se utilizan gametos de terceros, no se genera un vínculo jurídico con estos y la persona gestante.

Este proyecto de ley tiene, además, como antecedente dos (2) proyectos de ley presentados con anterioridad, identificados con el código: 5759-D-2016, 0084-D-2018. Estos proyectos tenían como objetivo:

Regular un conflicto socio jurídico que cada vez tiene mayor incidencia cuantitativa en la realidad social (...) La denominada “gestación por sustitución” que obliga a la justicia a tener que intervenir con la consecuente inseguridad jurídica que genera en un ámbito tan sensible como lo es la filiación de las personas que nacen por esta vía.

Es necesario mencionar que no fue posible rastrear el estado actual del trámite del proyecto de Ley presentado en el año 2020. No obstante, se puede afirmar que los aportes de todos los proyectos legislativos son: Primero, se legitima la gestación por sustitución con fines altruistas. Segundo, se avala la práctica de la gestación por sustitución gestacional. Tercero, se da prevalencia a la voluntad procreativa de los padres de intención. Cuarto, se requiere para la realización de la práctica una autorización judicial que establece cómo se reconocerán las relaciones filiales. Quinto, la mujer que pretenda ser gestante subrogada debe cumplir una serie de requisitos específicos para llevar a cabo la práctica.

Los avances evidenciados en los proyectos de ley estudiados se reflejan tanto teórica como prácticamente. Respecto a lo primero, debe decirse que, es un logro inmenso, el hecho de que esta práctica pretenda ser regulada dando voz a las partes intervinientes que buscan materializar su proyecto parental. Respecto a lo segundo, es una herramienta que ha facultado a los jueces para tomar decisiones que se expondrán a continuación.

### **3.2.2 FORMANTE JURISPRUDENCIALES**

En Argentina, al 14 de julio de 2020, el proyecto de ley menciona que se tuvo conocimiento de un total de 52 actuaciones jurisdiccionales sobre gestación subrogada, divididas en 8 fallos judiciales expedidos con anterioridad a la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial y 44 fallos judiciales expedidos con posterioridad a su entrada en vigencia. Para efectos del presente rastreo jurisprudencial, se analizarán tres (03) sentencias dictadas por jueces de la República. Se iniciará con el primer formante jurisprudencial, el cual es, la sentencia del Juzgado de Familia Nro. 1 de Pergamino proferida el 22 de abril de 2019.

En este caso, una pareja homosexual con matrimonio inscrito, solicita que los menores gestados por la hermana de uno de ellos, sean inscritos como hijos de la pareja homosexual, en razón a los consentimientos informados otorgados por los tres en la técnica de gestación subrogada. En la providencia judicial, se analiza la inaplicabilidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en virtud

de la voluntad procreacional de los comitentes. Mediante sentencia, el juez de conocimiento concedió la inscripción de los menores a nombre de los integrantes de la pareja homosexual.

Como segundo formante jurisprudencial, el Juzgado de Familia Nro. 8 de La Plata profirió providencia el 27 de abril de 2020, dentro del expediente No. 80155/2019. En dicha providencia judicial se especifica que una pareja solicitó autorización judicial para la realización de la TRHA de gestación por sustitución y la consecuente determinación de la filiación conforme a la voluntad procreacional de ambos; razón por la cual se debía declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. Los integrantes de la pareja manifestaron su imposibilidad para lograr un embarazo, razón por la cual la hermana de uno de ellos, quien ya ha tenido tres hijos, se ofreció a gestar al bebé de la pareja en un acto altruista.

Dentro del procedimiento previsto en Argentina para la práctica de la gestación subrogada es necesario solicitar autorización judicial. Sin embargo, el operador judicial se encuentra en una disyuntiva con lo preceptuado en el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual reconoce la voluntad procreacional de la siguiente forma:

Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente

inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

En razón a la normatividad citada, el juez de conocimiento realizó un estudio sobre la voluntad procreacional, determinando que esta se puede entender como “*el deseo o intención de crear una nueva vida*” (Díaz de Guíjarro, 1960), o en palabras Gil Domínguez (2015):

La voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano cuya garantía para muchas personas heterosexuales, gays, lesbianas, travestis y transexuales se traduce en el acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida (...) Este derecho surge directa y operativamente de la regla de reconocimiento constitucional y convencional. Y más allá de que un Cód. Civil lo desarrolle o no de manera general, los titulares lo podrán ejercer plenamente, aunque para ello deban transitar el sendero de la jurisdicción constitucional particular en busca de poder gozar del amor filial y del linaje (p.36).

Además, el juez de conocimiento estudió factores como el principio de igualdad, el interés superior del menor y las características fácticas del caso en concreto. Por ejemplo, el hecho de que la gestante subrogada no iba a aportar el material genético, sino que eran los propios comitentes, con la finalidad de aplicar el principio de inconstitucionalidad y así apartarse del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. En su acápite resolutivo, el Juez determinó que:

No se evidencian vulneraciones de derechos fundamentales que impidan al Suscripto acogerse favorablemente a la autorización pretendida, correspondiendo autorizar la transferencia embrionaria con material genético de los comitentes en el útero de la aquí gestante, adelantando que el NN que nazca producto de esta técnica deberá ser inscripto inmediatamente en el Registro respetando la voluntad procreacional exteriorizada por los comitentes a través del consentimiento informado.

Por último, el Juzgado Civil, Comercial y de Familia de Villa María profirió, el 21 de mayo de 2020, sentencia en un caso donde se le solicitó autorización judicial para llevar a cabo la práctica de gestación por sustitución, en la cual los integrantes de una pareja obran como comitentes y padres intencionales. En dicho caso, se transferiría a la gestante el embrión formado con gametos de uno de los padres intencionales y óvulo de donante. La pareja comitente presentó un acuerdo suscrito entre ellos y la gestante subrogada, con la finalidad de que el operador judicial además de otorgar la respectiva autorización, realizará una homologación judicial a dicho acuerdo. El juez de conocimiento, manifestó que este acuerdo contractual lo entendería como la expresión de voluntad de las partes, más no como una disposición eventualmente ejecutable en vía judicial, puesto que, en caso de incumplimiento, las cláusulas no serían plenamente vinculantes.

Una vez analizadas por el operador judicial las figuras de las TRHA, la gestación subrogada, la voluntad procreacional, el derecho a la salud sexual y reproductiva,

el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y la voluntad de la gestante, decidió: (i) Declarar la inaplicabilidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación; (ii) Ordenar que el menor nacido de la práctica de gestación por sustitución sea inscrito como hijo de los comitentes, sin vínculo jurídico alguno con la gestante; (iii) Instar a los comitentes a que hagan conocer al niño su realidad gestacional cuando sea mayor de edad.

Los tres formantes jurisprudenciales presentados guardan relación en tanto que: primero, ponen de presente el principio de voluntad procreacional, figura reconocida expresamente en el Código Civil y Comercial de la Nación, como fuente de la filiación. Segundo, son conscientes de que la gestación subrogada es una realidad social que se evidencia en el país, razón por la cual los operadores judiciales están llamados a responder a su acontecimiento, so pena de que los nacionales argentinos tengan que acudir al extranjero a llevar a cabo la práctica conocida como “turismo reproductivo”. Tercero, avalan la gestación por sustitución como un acto altruista, con la finalidad de evitar actos conocidos socialmente como “la venta de niños” o “el comercio de menores”.

De los fallos presentados, se evidencia que los operadores judiciales cuentan con una importante discrecionalidad a la hora de autorizar la práctica de la gestación por sustitución. Por tanto, es menester analizar los denominados criptotipos o formantes no verbalizados para entender la razón por la cual fallan de esta manera.



### 3.2.3 FORMANTES NO VERBALIZADOS O CRIPTOTIPOS

Para abordar los criptotipos encontrados sobre gestación subrogada en la República de Argentina, debe decirse que uno de estos se configura a partir de los comités de bioética, entendidos como “una instancia asesora a las decisiones judiciales en todas aquellas cuestiones que excedan los conocimientos de los jueces y juezas o que, sin excederlos, involucre valores cuya incertidumbre y complejidad necesiten una definición” (Mancuso, 2021, p.7).

A partir de la autorización judicial necesaria en Argentina para llevar a cabo la gestación por sustitución, diversos doctrinantes han propuesto la creación de un Comité de Bioética, el cual debe “tratar de comprender y analizar los conflictos morales en salud (...) ofrecer, previo proceso deliberativo, algún tipo de guía para la toma de decisiones” (Mancuso, 2021, p.8). Como lo propone el autor citado, “los debates legales deben ceder su lugar a una discusión de mayor nivel, en el que intervengan además del derecho otras ciencias, para obtener una respuesta integral de cara a la sociedad sobre la gestación por sustitución” (p.9).

La creación de comités de bioética, los cuáles constituyen un formante no verbalizado, son de suma importancia para la regulación de una práctica que abarca diversas esferas del conocimiento. La opinión y perspectiva de un equipo interdisciplinario podría disminuir el tabú social que existe en torno a la práctica, haciéndola ver como la utilización de los avances científicos por aquellos que tienen

un proyecto parental establecido. Además, estos profesionales de distintas áreas podrían velar porque la práctica se lleve a cabo de manera que se protejan los derechos fundamentales de todas las partes intervinientes.

En suma, la República de Argentina se ha configurado como uno de los países con más ansias de regular, al menos desde los formantes jurisprudenciales, la práctica de la gestación subrogada. A partir de la presentación de diversos proyectos de Ley y proyectos de reforma al Código Civil y Comercial de la Nación, se han intentado establecer los formantes legales bajo los cuales se podría llevar a cabo la gestación por sustitución, según su realidad social inminente. A su vez, desde los criptotipos ya se ha establecido de manera amplia la necesidad de crear comités de bioética, como equipos interdisciplinarios, que asesoren las decisiones judiciales en cuanto a la práctica de gestación subrogada. Después de presentar los formantes verbales y no verbales en Argentina, presentaremos cuáles son esos formantes en algunos estados de Estados Unidos.

### **3.3 ESTADOS UNIDOS**

Con el fin de extender el panorama de la gestación subrogada en el presente estudio comparado, es conveniente estudiar un país que, gracias a su organización política, permite analizar diferentes escenarios y contextos, tanto normativos como jurisprudenciales dentro de un mismo sistema jurídico. Esto es posible gracias a las

“bendiciones de la libertad” que permite establecer reglas acordes con la geografía y costumbres particulares de cada estado.

El país seleccionado donde se pueden encontrar regulaciones restrictivas y otras más permisivas es Estados Unidos. Ahora bien, antes de profundizar sobre las disposiciones específicas en materia de gestación subrogada, es necesario explicar sucintamente el sistema bajo el cual se desarrollan los procesos judiciales y que permite, a su vez, una participación activa de los jueces en la materia.

El sistema jurídico de Estados Unidos, de procedencia británica, se conoce como derecho anglosajón o *Common Law*. Este régimen, para los escritores liberales, puede entenderse de la siguiente manera:

The term common law has several meanings in describing those institutions. Libertarian writers in particular use common law to contrast, on the one hand, the body of judge-made legal rules developed through the resolution of disputes between private parties with, on the other hand, the statutes and regulations created by legislatures and enforced by state authorities. (Hamowy, 2008. p.2)

Igualmente, debe mencionarse que el sistema político que cobija a las naciones unidas, recibe el nombre de “Federalismo”, lo que en otras palabras se interpreta como diferentes corrientes estatales que confluyen por canales diferentes, pero intrínsecamente paralelos (Elazar, 1964). En consecuencia, esta situación permite

que casos bajo los mismos presupuestos, puedan fallarse de forma diferente dependiendo el Estado en el cual se toma la decisión.

### **3.3.1 FORMANTES LEGALES**

Con los antecedentes anteriormente descritos y considerando que la gestación subrogada puede ser regulada de forma restrictiva (prohíbe la gestación subrogada en cualquier modalidad), progresista (regulación permisiva de la práctica, indicando incluso el procedimiento que se debe llevar a cabo conforme a los diferentes escenarios) o no regulada (ausencia de mención expresa en la normatividad) abordaremos los formantes legales en los estados de Arizona, Michigan, Idaho y California.

Bajo la teoría restrictiva, se encuentra el estado de Arizona, donde se prohíbe expresamente en la Ley Estatutaria “The Arizona Revised Statutes”, concretamente en el Capítulo II, Artículo 2, Sección 25-218, celebrar contratos en materia de gestación subrogada así:

25-218. Surrogate parentage contracts; prohibition; custody; definition

A. No person may enter into, induce, arrange, procure or otherwise assist in the formation of a surrogate parentage contract.

B. A surrogate is the legal mother of a child born as a result of a surrogate parentage contract and is entitled to custody of that child.

C. If the mother of a child born as a result of a surrogate contract is married, her husband is presumed to be the legal father of the child. This presumption is rebuttable.

D. For the purposes of this section, "surrogate parentage contract" means a contract, agreement or arrangement in which a woman agrees to the implantation of an embryo not related to that woman or agrees to conceive a child through natural or artificial insemination and to voluntarily relinquish her parental rights to the child.

Por su parte, el estado de Michigan a través del Acta 199 de 1988, en sus artículos 722-851 al 722.857 establece que los contratos y acuerdos en materia de gestación subrogada son nulos por ser contrarios a la política pública y que, en caso de ser una relación onerosa, se estará sujeto a las sanciones penales de ley. En el acta se dispone igualmente que:

722.855 Surrogate parentage contract as void and unenforceable. A surrogate parentage contract is void and unenforceable as contrary to public policy.

Igualmente, el artículo 722.857 de la misma acta consagra que:

722.857 Surrogate parentage contract prohibited; surrogate parentage contract as felony; penalty. (1) A person shall not enter into, induce, arrange, procure, or otherwise assist in the formation of a surrogate parentage contract under which an unemancipated minor female or a female diagnosed as being mentally retarded or as having a mental illness or developmental disability is the surrogate mother or

surrogate carrier. (2) A person other than an unemancipated minor female or a female diagnosed as being mentally retarded or as having a mental illness or developmental disability who enters into, induces, arranges, procures, or otherwise assists in the formation of a contract described in subsection (1) is guilty of a felony punishable by a fine of not more than \$50,000.00 or imprisonment for not more than 5 years, or both.

Bajo la teoría permisiva se encuentra el estado de Idaho. No obstante, no se encontraron formantes legales dentro del mismo, razón por la cual se analizará en el subcapítulo siguiente, el cual abarca sus formantes jurisprudenciales.

Ahora bien, en las regulaciones progresistas se encuentra el estado de California ya que en dicho estado no solo se permite la celebración de contratos de gestación subrogada, sino que también, su normativa se cataloga como la más completa de todo el país. Lo anterior, justificado en legislaciones como el Código de Familia de California (1992), el cual, se expondrá con mayor detalle a continuación.

El Código de Familia de California, como uno de los 29 códigos que conforman la Ley Estatutaria General de California, regula en su División 12, parte 7 todo lo relacionado con “*surrogacy and donor facilitators, assisted reproduction agreements for gestational carriers, and oocyte donations*”. Dentro de esta división, se encuentran diversas secciones que van regulando con más detalle los contratos de gestación subrogada. Así, la sección 7960 (2020) define las partes que integran el acuerdo a

suscribir. Por un lado, se encuentran los futuros padres llamados por la ley “padres potenciales” y la gestante subrogada llamada como “sustituta” (que puede ser “sustituta tradicional” cuando gesta y aporta el óvulo y “portadora gestacional” cuando solo gesta). Por otro lado, se encuentra el facilitador que es aquella persona u organización que funge como intermediario entre las partes respecto al manejo del acuerdo y de los recursos económicos. Su gestión se encuentra regulada en la sección 7961.

Finalmente, en la sección 7962, se describe el contenido mínimo que todo acuerdo suscrito en materia de gestación subrogada debe contener, así como el procedimiento que se debe seguir antes, durante y después del desarrollo de la práctica. Se destaca una medida relevante, contenida en el literal f, numeral 2, la cual dicta:

(2) Upon petition of any party to a properly executed assisted reproduction agreement for gestational carriers, the court shall issue a judgment or order establishing a parent and child relationship, whether pursuant to Section 7630 or otherwise. The judgment or order may be issued before or after the child's or children's birth subject to the limitations of Section 7633. Subject to proof of compliance with this section, the judgment or order shall establish the parent and child relationship of the intended parent or intended parents identified in the surrogacy agreement and shall establish that the surrogate, and the surrogate's spouse or partner, is not a parent of, and has no parental rights or duties with respect

to, the child or children. The judgment or order shall be issued forthwith and without further hearing or evidence, unless the court or a party to the assisted reproduction agreement for gestational carriers has a good faith, reasonable belief that the assisted reproduction agreement for gestational carriers or attorney declarations were not executed in accordance with this section.

En concreto, los aportes provenientes de formantes legales respecto a la regulación/prohibición de la práctica de la gestación subrogada son: En Arizona existe una prohibición expresa que impide la celebración de contratos de gestación subrogada y se entiende, además que, la madre sustituta es la que tiene derecho a la custodia del menor. No obstante, existe una confusión conceptual respecto a la práctica de la gestación subrogada a través de inseminación artificial o fecundación in vitro, prohibiendo la primera, pero dejando un vacío frente a la segunda. A su turno, el Estado de Michigan entiende que el contrato de parentalidad subrogada es nulo e inejecutable por ser contrario a la política pública. Además, contempla que el mismo es un delito grave que puede ser castigado con una multa y/o pena privativa de la libertad. En lo que concierne al Estado de Idaho, no existe una ley específica sobre la materia. Por último, California permite los contratos de gestación subrogada, estableciendo que los integrantes del acuerdo son los padres potenciales, la sustituta tradicional/portadora gestacional y el facilitador. Este estado avala la gestación subrogada gestacional y tradicional, estableciendo que la filiación entre el hijo concebido y los padres potenciales la determina el juez, antes o después del nacimiento del menor, basado en el contrato suscrito.



Una vez analizados los formantes legales en los estados de Arizona, Michigan, Idaho y California, es menester acudir a las decisiones judiciales proferidas en dichos estados, las cuáles constituyen formantes jurisprudenciales.

### **3.3.2 FORMANTES JURISPRUDENCIALES**

A pesar de que pueden existir diversos fallos sobre gestación subrogada, sólo se presentarán los fallos que a continuación se detallan dado que ellos permiten comprobar si las reglas operativas consagradas en la normatividad de cada uno de los estados analizados son efectivamente utilizadas o aplicadas al momento de decidir casos concretos.

En el estado de Arizona, se analizó la sentencia “Soos v. ex rel. County of Maricopa”. En el caso concreto, el señor y la señora Soos, una pareja con imposibilidad para concebir, contrataron a la señora Balls para que gestara por subrogación a su hijo. La futura madre, la señora Soos, había sufrido una histerectomía parcial en la cual se le extrajo el útero, pero conservó sus ovarios. La pareja decidió entonces utilizar sus propios gametos para concebir un embrión por medio de FIV para, posteriormente, solicitar la transferencia en el útero de la señora Balls. Fruto de dicho procedimiento, se logró un embarazo exitoso de trillizos en la gestante subrogada.

Durante el tiempo de gestación, la pareja decidió divorciarse, y la señora Soos solicitó la custodia compartida de los hijos que estaban por nacer. Su esposo alegó, ante el Tribunal Superior del Condado de Maricopa (quien resolvió en primera instancia) que él era el padre biológico de los nasciturus, y que legalmente la mujer que los estaba gestando, es decir, la señora Balls, era la verdadera madre. Tal afirmación hecha por el señor Soos se apoyó en la sección 25 - 218 de la Ley Estatutaria de Arizona la cuál prohíbe, de manera expresa, la celebración de contratos de gestación subrogada según lo mencionado previamente y establece que, en dichos casos, la madre sustituta es la madre legal. Cuando los trillizos nacieron en 1993, la señora Soos presentó una moción para nombrar un abogado que representara a los trillizos y solicitó que no se aplicara la sección 25 - 218 por ser inconstitucional. El Tribunal de primera instancia le dio la razón a la señora Soos, al determinar que tal precepto normativo era inconstitucional y ordenó que se llevara a cabo una audiencia en la que se practicarían pruebas para determinar “cuál era la mejor madre para los trillizos”. También se determinó que la custodia de los menores estaría temporalmente en cabeza del padre y que la señora Soos podía visitarlos mientras se dirimía el conflicto.

El Tribunal Superior del condado de Maricopa consideró que el Estado no podía vulnerar los derechos de la señora Soos a la igualdad y al debido proceso por ser ella la madre “genética”. A su vez, manifestó que, por lo general, las gestantes subrogadas no tenían intención de asumir la maternidad, porque lo que les interesaba era cumplir con el encargo: gestar y dar a luz. Por tanto, no podía dejarse

a los trillizos sin madre y debía determinarse cuál de las dos mujeres (si la gestante o la aportante genética) asumiría mejor dicho rol.

El señor Soos presentó una acción especial de petición ante el Tribunal de Apelaciones, manifestando que el Tribunal de primera instancia se había extralimitado en sus funciones al determinar que la sección 25- 218 de la Ley Estatutaria de Arizona era inconstitucional. También afirmó que se tomó una decisión caprichosa al ordenar una audiencia probatoria para determinar quién era la mejor madre para los trillizos. Igualmente, alegó que dicho Tribunal abusó de su discrecionalidad al otorgar derecho de visitas a la señora Soos.

El Tribunal de Apelaciones dio trámite a la acción de petición especial elevada por el señor Soos y finalmente la negó. Dicho Tribunal argumentó que la sección 25- 218 se había creado con el fin de evitar el tráfico de seres humanos. Sin embargo, más allá de las razones por las cuáles el Estado había promulgado tal normativa, no se podían desconocer los derechos a la igualdad, al debido proceso, a la privacidad y a la protección de la madre biológica, es decir, de la señora Soos.

El Tribunal de Apelaciones consideró que la Décimo Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos niega expresamente a los Estados la posibilidad de legislar otorgando un trato diferencial de cualquier índole a las personas. La sección 25 - 218 de la Ley Estatutaria de Arizona permite refutar la paternidad, pero no da la misma opción a la mujer. Por lo tanto, es una norma que claramente admite

una distinción basada en el género. La señora Soos, aportante genética, tenía intereses parentales que merecían igual protección que los del padre. Por tanto, si él tenía la opción de probar su paternidad a través de prueba biológica, no había razón para negarle tal posibilidad a la señora Soos. Así pues, se determinó que la sección 25 - 218 de la Ley Estatutaria de Arizona sí era inconstitucional y que el Tribunal Superior del condado de Maricopa había actuado de manera correcta.

El juez Gerbert concurrió de manera especial dicha sentencia argumentando que, si bien compartía el hecho de que la normativa en cuestión era inconstitucional, no era por las razones que había expuesto la mayoría de jueces de la sala plena. Para él, la verdadera razón de la inconstitucionalidad es que la sección 25 - 218 manifiesta que la mujer que gesta y da a luz, a partir de un contrato de gestación subrogada, es la madre legal de aquel nacido lo que le impone a dicha mujer la carga de la maternidad. Para el juez, esa imposición es desmedida porque las gestantes subrogadas, en la mayoría de los casos, no quieren ser mamás. Además, se les impone una carga mucho mayor que la que se estipuló inicialmente en el contrato. Esta disposición también viola el principio del interés superior del menor, ya que al niño/a se le niega la posibilidad de que la mujer que está realmente interesada en su cuidado y crianza no pueda ejercer el rol de madre.

Concretamente, el aporte que otorga dicha jurisprudencia puede resumirse en: Primero, la regulación de los contratos de gestación subrogada (bien sea permisiva o restrictiva) tiene que proteger el interés superior de los menores, evitar su

cosificación y prevenir el tráfico de personas. Segundo, en los contratos de gestación subrogada debe de respetarse la igualdad de género. Tercero, la biología si bien no es la única fuente de filiación, es la más importante y debe protegerse. Por tanto, se confirma la hipótesis planteada en el párrafo introductorio del presente subcapítulo, bajo la cual, a pesar de que Arizona tiene reglas legislativas que restringen la práctica de la gestación subrogada, los operadores judiciales pueden a través de su discrecionalidad, apartarse o inaplicar dichas normas, y crear así sus reglas jurisprudenciales.

Por otro lado, en el Estado de Michigan se analizó la sentencia Doe v. Attorney General. En el caso en concreto, el señor y la señora Doe deseaban tener un hijo. Sin embargo, como a la señora Doe se le practicó una ligadura de trompas, ella no podía concebir ni tampoco se le podían extraer sus óvulos. Decidieron entonces contratar a la señora Roe, para que gestara a su hijo por subrogación. La técnica que se practicó fue la de inseminación artificial, donde la fecundación se haría intrauterinamente con un óvulo de la misma gestante y con espermatozoides del señor Doe. En el contrato de gestación subrogada se estipuló, entre otras cosas, que el señor Doe reconocería al recién nacido como su padre biológico y que la gestante subrogada consentiría para que él fuera adoptado por la señora Doe. Además, se convino que la pareja pagaría a la señora Roe la suma de \$5.000 dólares más gastos médicos.

Posteriormente, el señor y la señora Doe fueron acusados penalmente por infringir el Acto 199 de 1988, al celebrar un contrato de gestación subrogada donde se había pactado una retribución económica a la gestante. En virtud de la acusación, la pareja presentó una Acción de Declaración ante el Tribunal del Condado de Wayne, con el fin de que el Fiscal de su caso le diera una correcta interpretación al Acto 199 de 1988, artículos 722-851 y siguientes que regulan la gestación subrogada en el Estado de Michigan. Los demandantes argumentaban que, si dicha normativa se interpretaba como una prohibición absoluta para los contratos de subrogación remunerados, se vulnerarían sus derechos a la igualdad, al debido proceso y a la protección consagrados en la Constitución de los Estados Unidos. Por lo tanto, consideraban que la correcta interpretación de tal normativa es que están permitidos los contratos de subrogación con remuneración, siempre y cuando el dinero no sea la razón por la cual la gestante subrogada renuncia a la patria potestad del recién nacido para su posterior adopción.

El Tribunal que resolvió la primera instancia declaró que la normativa en cuestión prohibía todos los contratos de gestación subrogada cuando mediara cualquier tipo de contraprestación económica. El caso subió al Tribunal de Apelaciones de Michigan, que confirmó una parte de la decisión y revocó en otra la decisión de primera instancia.

En cuanto a lo que el Tribunal de Apelaciones confirmó, se encuentra el hecho de que el interés de tal regulación es evitar que los bebés sean tratados como

“mercancías” al mediar un lucro por parte de la gestante subrogada. En esa medida, justifica la intromisión del Estado en la esfera de los derechos individuales de las partes para celebrar este tipo de contratos. En todo momento, el interés superior del menor debe prevalecer frente a los deseos individuales de los potenciales padres y de la gestante subrogada, por lo que se debe evitar cualquier situación que ponga en riesgo su estabilidad emocional y física del menor, cuando, por ejemplo, las partes del contrato se arrepienten del mismo.

El Tribunal también manifestó la necesidad de prevenir la explotación de la mujer como “máquinas reproductivas”, ya que, al celebrar este tipo de contratos mediando una remuneración, dicho pago permite considerar la gestación como un servicio. En este aspecto, el debate tiene que ver con el hecho de que las mujeres de niveles socioeconómicos bajos, son más susceptibles a ser gestantes subrogadas para satisfacer deseos de parejas de niveles socioeconómicos más altos.

El Tribunal de Apelaciones revocó la consideración de que todos los contratos de subrogación estén prohibidos cuando medie contraprestación económica. Los demandantes basaron su argumento en el uso de la conjunción "y" en la definición de "contrato de paternidad subrogada" contenida en el artículo 722-853 de la normativa en cuestión que dispone que:

Surrogate parentage contract means a contract, agreement, or arrangement in which a female agrees to conceive a child through natural or artificial insemination, or in

which a female agrees to surrogate gestation, **and** to voluntarily relinquish her parental or custodial rights to the child. (Negrilla fuera de texto)

Para el señor y la señora Doe, la conjunción “y” denota que los contratos de gestación subrogada sólo están prohibidos cuando en el acuerdo se estipula tanto la gestación como la renuncia a la patria potestad por una compensación económica. El Tribunal de Apelaciones les dio la razón, al considerar que aquellos casos donde sólo mediara la contraprestación económica por la mera gestación no eran ilegales. Por lo tanto, al no haber ellos pactado un pago por la renuncia a la patria potestad de la mujer gestante, no se estaría bajo una transgresión legal con consecuencias penales.

En concreto, la sentencia aporta los siguientes criterios: Primero, los bebés que nacen por gestación subrogada no pueden ser considerados como mercancías. Segundo, las mujeres que son gestantes subrogadas no pueden considerarse como “máquinas reproductivas que prestan un servicio”. Tercero, la contraprestación económica en un contrato de subrogación puede generar la nulidad del contrato, dependiendo de las acciones o decisiones a que se someta a la gestante subrogada.

El Estado de Idaho no tiene regulación escrita en materia de gestación subrogada, razón por la cual los Tribunales del Distrito han sido los encargados de resolver las controversias (Supreme Court Of The State Of Idaho, 2016). Un ejemplo de ello, se



presenta en el caso de “Jane Doe” (Madre de intención) y su esposo “John Doe”, que acuden a la Corte Suprema del Estado de Idaho en uso del recurso de apelación, (se precisa que estas personas si bien son personas homónimas no son las mismas del caso analizado en el estado de Michigan). El Juzgado del Cuarto Distrito del Estado de Idaho, condado de Ada, negó la corrección del registro de los menores, que pretendían ser inscritos como hijos de los padres con voluntad procreativa. Tal decisión se fundó en que el procedimiento no se ajustaba a un proceso declarativo y que, por tanto, debía acogerse a las normas civiles de la adopción (Idaho Statutes, 1963).

El estado de Idaho, al carecer de normativa que indique el procedimiento a seguir cuando exista un contrato de gestación subrogada, permite a los Tribunales de Distrito gozar de una mayor discrecionalidad al momento de tomar decisiones en un caso concreto. En el caso de Jane y John se estimó que la solicitud de modificar el registro civil de los menores, no era procedente bajo las condiciones en que se elevó la petición, pues para modificar la relación parental de los mismos, se requería que la gestante subrogada renunciara a su patria potestad (Idaho Statutes, 1963), y los padres con voluntad procreativa se postularan como candidatos en un proceso de adopción (Idaho Statutes, 1998). Lo anterior, bajo los postulados que reposan en los capítulos 15 y 20 de los Estatutos de Idaho.

Finalmente, el material jurisprudencial en California es limitado, pues al estar regulada en dicho estado la práctica de la gestación subrogada, los jueces han

tenido que intervenir no para regular la práctica, sino para ordenar a las autoridades administrativas la forma como se establecerá la filiación. Al respecto, se puede analizar el caso “Menesson contra Francia” el cual data del año 2014, donde una pareja heterosexual francesa, incapaz de concebir hijos de forma natural, acude a la práctica de la gestación subrogada en el estado de California.

El Tribunal Supremo de California dictaminó que la pareja de intención figuraría como el padre y la madre del niño que diera a luz la gestante subrogada. La autoridad judicial especificó entonces que en el certificado de nacimiento se debería establecer a los solicitantes como padre y madre de las gemelas que finalmente nacieron. No obstante, la autorización judicial dada en California, el Consulado Francés en Los Ángeles se negó a realizar la inscripción correspondiente y remitió el expediente a la Fiscalía de Nantes argumentando que el contrato de gestación subrogada contrariaba el orden público francés.

El establecimiento de la filiación de las menores en el territorio francés sufrió múltiples negativas por distintas autoridades de este país. Sin embargo, el aporte del mencionado caso se centra en la decisión tomada por el Tribunal Supremo de California, que avaló la práctica y siguió de manera precisa las reglas claramente establecidas en la ley, con la finalidad de determinar la forma de inscribir a los menores que nazcan a través de la práctica de la gestación subrogada. En este caso, el Tribunal Supremo no hizo uso de su discrecionalidad como se evidenció en otros Estados.

En conclusión, se puede observar que, en el estado de Arizona, a pesar de contar con una regulación legislativa restrictiva en materia de gestación subrogada, los jueces han tomado voz en la regulación de la práctica a partir del reconocimiento del interés superior de los menores. Por su parte, en el Estado de Michigan se evidencia un claro reproche frente a la realización de la práctica por cuestiones meramente económicas, pero se avala la misma cuando media la voluntad de la gestante subrogada de renunciar a su maternidad, para que la madre de intención sea declarada legalmente como tal.

A su vez, en el Estado de Idaho no hay regulación, pero sí algunas jurisprudencias. No obstante, de lo mencionado se puede observar que los operadores judiciales no han definido unas reglas claras para la materialización de la gestación subrogada. Por último, en el Estado de California, se evidenció que la práctica está permitida, razón por la cual los jueces únicamente intervienen en esta para determinar la filiación, no para establecer parámetros sobre los cuales se ejecutará la gestación subrogada. Finalmente, una vez estudiados los formantes jurisprudenciales, se dará paso a los criptotipos, los cuales son de suma importancia para el análisis que se ha estado realizando.

### **3.3.3 FORMANTES NO VERBALIZADOS O CRIPTOTIPOS**

En el estado de Arizona, en 2017, el periódico AZCENTRAL publicó un caso controversial, el cual giraba en torno al legislador Trent Franks, a quien lo acusaban

de presionar a su asistente para que fuera ella quien gestara los hijos que él deseaba tener en compañía de su esposa. El legislador y su esposa habían intentado ser padres, pero a pesar de los múltiples intentos, nunca lograron un embarazo. Lo anterior permite evidenciar que, para algunas personas que desean ser padres, la gestación subrogada es un mecanismo que están dispuestos a considerar. En este orden de ideas y a título personal, se considera que la invisibilización de la práctica no lleva consigo la no práctica de la misma.

En Michigan, el caso más conocido es el de Tammy y Jordan Myers, una pareja que se vio obligada a iniciar un proceso de adopción frente a sus hijos mellizos porque la gestación no fue llevada a cabo por la señora Tammy sino por la señora Vermilye. La situación acaparó la atención de los medios de comunicación y The New York Times expuso su caso, resaltando los aspectos que dificultaron la relación de la pareja Myers con los recién nacidos debido a que sus integrantes se vieron en la necesidad de pedir autorización a la señora Vermilye para poder llevar a los menores a su hogar.

Como se especificó en los acápites correspondientes, en Idaho no existe legislación en materia de gestación subrogada. En ese orden de ideas, es menester hacer mención a los Centros de Medicina Reproductiva, los cuales ofrecen ayuda a las personas que deseen acudir a la práctica de la gestación subrogada. En estos establecimientos se orienta no solo sobre el camino a seguir, sino que también se

brinda información tanto médica como psicológica sobre el procedimiento que se llevará a cabo.

A criterio de las autoras, estos centros médicos entran en la categoría de formantes no verbalizados, toda vez que a partir de estos pueden nacer razonamientos que orienten al legislador a observar y regular la práctica. Se considera entonces que estos establecimientos son importantes para darle visibilidad a una práctica que se encuentra en constante auge, la cual no puede seguir dejándose a la gestión de los particulares.

Por último, en California se encontró el reportaje de la periodista Emily Baumgaertner en el medio de comunicación Los Angeles Times, titulado “Prometió bebés a precios de ganga utilizando vientres de alquiler en México. Ahora el FBI la investiga”. En el caso en concreto, Lilly Frost, estableció una empresa dedicada a la gestación subrogada, que funcionaba como intermediaria entre las personas que pretendían ser padres y las futuras gestantes. Su discurso se basaba en ofrecer una tarifa fija que cubriera todos los rubros en los que se pudiera incurrir en un proceso de gestación subrogada: gastos médicos, pago a la gestante y trámites legales, entre otros. También ofrecía una garantía de 100% de éxito a sus clientes, por lo que captó rápidamente numerosos contratos.

Su modelo de negocio consistía en: a) la subcontratación de Clínicas de Fertilidad en México para que practicasen los procedimientos médicos de FIV, b) la captación

de mujeres mexicanas para que fueran las gestantes subrogadas de los hijos de sus clientes, c) durante la etapa de la gestación, estas mujeres viajarían a San Diego, California para que allí se diera el nacimiento del bebé, d) en dicho Estado, al ser legales los contratos de gestación subrogada onerosos, se realizarían todos los trámites para que la pareja solicitante estableciera finalmente el vínculo de filiación con el recién nacido.

Las practicas promovidas por la señora Frost permitían reducir los costos de la gestación subrogada hasta en un 60%. Por un lado, los procedimientos médicos en México eran mucho más económicos; y por otro, las mujeres mexicanas aceptaban por mucho menos dinero, que una mujer estadounidense, ser gestante subrogada.

Las personas que acudían a Frost pagaban por adelantado la tarifa fija para acceder a los servicios de su empresa, consignando el dinero en una fiducia que era administrada por la misma Frost. A medida que se fuera necesitando el dinero para cubrir los gastos médicos de la gestante, los trámites legales y el pago a la misma, Frost descontaba el dinero del depósito y hacía las respectivas transferencias. Esta oferta parecía la opción perfecta para aquellas personas que deseaban ser padres y que no contaban con el tiempo, el conocimiento y la gran cantidad de dinero que exigía realizar la totalidad del tratamiento directamente en California.

No obstante, Frost no pudo cumplir con lo que le prometía sus clientes, ya que se suscitaron numerosos inconvenientes: los procedimientos muchas veces no

resultaban en embarazos exitosos, muchas gestantes no pudieron ingresar a Estados Unidos por no contar con los requisitos de estatus migratorio, las gestantes se arrepentían y abortaban, entre otros. Además, Frost realizaba un inadecuado manejo de los dineros de sus clientes. Constantemente los centros médicos mexicanos suspendían sus servicios por falta de pago o las gestantes reclamaban directamente a los futuros padres el pago de los gastos médicos, a pesar de que el dinero ya se había pagado por adelantado. Al parecer, Frost desocupaba los depósitos de uno de sus clientes, para cubrir los gastos de otros de sus clientes, y así sucesivamente moviendo dineros de una fiducia a otra como un multinivel. Las personas que acudieron a Frost no sólo perdieron su dinero, sino que también frustraron su ilusión de ser padres. En virtud de ello, el *Federal Bureau of Investigation* (FBI) la investiga actualmente.

Se puede evidenciar que una regulación amplia y permisiva respecto a la gestación subrogada con fines de lucro, tal como se establece en California, puede, eventualmente, convertirse en un blanco perfecto para perpetrar estafas. No se pretende, de modo alguno, satanizar la libertad con la que allí se ha desarrollado esta práctica durante años. Sin embargo, no se puede ocultar el hecho de que tal libertad puede ser usada con malas intenciones, que no son otras que aprovecharse de la ilusión de parejas y personas que buscan ser padres.

Indudablemente, esta práctica se ha convertido en una industria, donde numerosos intermediarios buscan captar potenciales clientes y futuras gestantes. Lo anterior da

muestra de un mercado en crecimiento, que si bien permite el ejercicio de la autonomía de las personas que intervienen en este tipo de contratos, podría vulnerar derechos fundamentales como la dignidad. En esa medida, una regulación no solo necesita ser estatal sino también internacional.

Los aportes puntuales que se pueden rescatar del criptotipo californiano son: Primero, los contratos de gestación subrogada en el marco de una regulación altamente permisiva pueden dar lugar a escenarios de explotación en razón al género. Lo anterior toda vez que cuando el motivo principal para la realización de la práctica es un acuerdo oneroso, se evidencia que aparecen las figuras comúnmente conocidas como “mercantilización del cuerpo de la mujer”, “turismo reproductivo” y “venta de seres humanos”.

Por todo lo anterior, se puede concluir que existen 19 criterios frente a los cuáles se pueden comparar los formantes legales, jurisprudenciales y criptotipos identificados en Colombia, Argentina y Estados Unidos. Ellos serán expuestos a continuación.

### 3.4 CUADRO COMPARATIVO

CRITERIO	COLOMBIA	ARGENTINA	ESTADOS UNIDOS
<b>Prohibición o regulación de la práctica desde los formantes verbalizados inmediatamente</b>	Prohibir la práctica cuando se realiza con fines económicos y permitir cuando es por fines altruistas.	Permitir y regular la práctica de la gestación por sustitución con fines altruistas, pero restringirla por fines	Arizona: La ley prohíbe expresamente la práctica. Desde la jurisprudencia se inaplican las



<p><b>identificables (legales y jurisprudenciales)</b></p>		<p>económicos.</p>	<p>disposiciones normativas restrictivas con el fin de regular la práctica.</p> <p>Michigan: La ley prohíbe la práctica por considerarla como un contrato nulo contrario a la política pública. La jurisprudencia es más flexible al permitir la práctica con fines altruistas y con fines onerosos cuando no se minimice la voluntad de la gestante subrogada.</p> <p>Idaho: Desde la ley no hay regulación escrita y desde la jurisprudencia, los jueces tampoco tienen un real interés en regular la práctica.</p> <p>California: Desde la ley se aprueban y se legalizan los contratos de gestación subrogada onerosos a través del Código Familia de California.</p> <p>A pesar de que lo define expresamente, no regula la gestación subrogada tradicional (donde gesta y aporta el óvulo).</p> <p>Desde la jurisprudencia, ella se ha limitado a dar aplicación estricta a los postulados legales que regulan la materia.</p>
--	--	--------------------	--

<b>Penalización de la práctica</b>	Se intentó crear un tipo penal titulado "Constreñimiento a la maternidad subrogada con fines de lucro"	Nunca se ha intentado penalizar la práctica.	Michigan: Hay sanciones penales por celebrar contratos de gestación subrogada de manera onerosa.  En Arizona, Idaho y California no se evidencia intento de penalizar la práctica.
<b>Transgresión de derechos humanos</b>	Esta práctica transgrede derechos fundamentales como la dignidad humana, al tratar el cuerpo de la mujer como una mercancía	Esta práctica no transgrede derechos fundamentales.	Arizona: Los jueces han establecido que la restricción de la práctica vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad, privacidad y libertad.  Michigan: Los jueces han considerado que la prohibición absoluta vulnera los derechos fundamentales a la libertad, al debido proceso, a la protección y al interés superior del menor.  Idaho: No se hace mención expresa sobre los derechos fundamentales en la realización o restricción de la práctica.  California: La práctica no transgrede derechos fundamentales, por el contrario, garantizan su ejercicio.
<b>Noción de la gestación subrogada desde el</b>	Se ve la gestación subrogada como un trabajo.	Se ve la gestación subrogada como una práctica.	Se ve la gestación subrogada como una práctica.

ordenamiento jurídico			
<b>Motivos que conducen a la regulación de la práctica</b>	<p>Uno de los motivos para regular esta práctica es evitar el turismo reproductivo.</p>	<p>Uno de los motivos para regular esta práctica es evitar que los argentinos viajen al exterior por turismo reproductivo.</p>	<p>Arizona: Uno de los motivos para regular esta práctica es evitar la trasgresión a derechos fundamentales.</p> <p>Michigan: Uno de los motivos para regular la práctica es evitar la explotación de la mujer y proteger el interés superior del menor.</p> <p>Idaho: No hay intención de regular la práctica.</p> <p>California: Uno de los motivos para regular la práctica es el alto número de personas que acuden a ella.</p>
<b>Requisitos para llevar a cabo la práctica desde la ley</b>	<p>Como criterios establecidos en el proyecto de ley, la jurisprudencia y los criptotipos se encuentran:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Que la mujer gestante tenga al menos un embarazo previo.</li> <li>-La pareja solicitante debe aportar los gametos o buscar en bancos de donantes. La gestante no debe aportar sus óvulos.</li> <li>-La pareja solicitante debe ser integrada por nacionales colombianos unidos</li> </ul>	<p>Como criterios establecidos en el proyecto de reforma al Código Civil y Comercial de la Nación, se encuentran:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Proteger el interés superior del niño que pueda nacer.</li> <li>-Que la gestante subrogada tenga buena salud física y psíquica.</li> <li>-Que al menos uno de los comitentes haya aportado sus gametos.</li> <li>-Que los comitentes no puedan concebir o de llevar un embarazo</li> </ul>	<p>Arizona: No existen requisitos bajo los cuales se avale la práctica.</p> <p>Michigan: Desde la ley se establece que una mujer menor de edad, sin buena salud física y mental, no puede celebrar un contrato de parentalidad subrogada.</p> <p>Idaho: No existen requisitos bajo los cuales se pueda llevar a cabo la práctica.</p> <p>California:</p>

	<p>por un vínculo conyugal.</p> <p>-Que siempre se preserve la identidad de las partes.</p> <p>-Que la gestante subrogada no pueda retractarse si ya se implantó el embrión en su útero.</p> <p>-La mujer solicitante debe certificar que tenía una real imposibilidad para concebir.</p> <p>-La gestante subrogada debe tener algún parentesco con un miembro de la pareja.</p> <p>-La pareja solicitante debe sufragar todos los gastos derivados del embarazo y el alumbramiento.</p> <p>-La pareja solicitante debe aceptar el nasciturus bajo cualquier circunstancia.</p> <p>-La gestante subrogada debe ser mayor de edad y gozar de buena salud física y mental.</p> <p>-La gestante subrogada debe someterse a un estudio de idoneidad por parte de un grupo interdisciplinario.</p> <p>-La gestante subrogada debe entregar el recién nacido a la pareja solicitante y desistir de la intención de acudir a la justicia para impugnar la maternidad.</p>	<p>a término.</p> <p>-Que la gestante no aporte sus óvulos.</p> <p>-Que la gestante no haya recibido retribución económica.</p> <p>-Que la gestante no se haya sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces.</p> <p>-Que la gestante haya dado a luz al menos a un hijo propio</p> <p>-Se requiere autorización judicial previa para establecer la filiación.</p> <p>Como criterios establecidos en el Proyecto de Ley, se encuentran:</p> <p>-La gestante debe otorgar su consentimiento previo, informado y libre para someterse a la práctica de gestación por sustitución.</p> <p>-Cinco años de residencia ininterrumpida en el país, excepto cuando se trate de personas de nacionalidad argentina.</p>	<p>-Los progenitores intencionales deben contratar a un facilitador, entendido como un profesional de la subrogación que puede ejercer la abogacía en dicho Estado.</p> <p>-La gestante y el facilitador deben cobrar una tarifa o contraprestación valiosa por la realización del acuerdo.</p> <p>-Se debe crear una cuenta fiduciaria administrada por un abogado.</p> <p>-No hay criterios respecto a quién o quiénes pueden ser progenitores intencionales ni las calidades que debe tener la gestante subrogada para llevar a cabo la práctica.</p>
--	--	--	--

	<p>-Se deben tomar las medidas pertinentes para que, en caso de fallecimiento de los padres solicitantes, el hijo concebido no quede desprotegido.</p> <p>-La gestante subrogada solo puede interrumpir el embarazo bajo prescripción médica.</p>		
<p><b>Uso del lenguaje: denominaciones de los intervinientes en la práctica de gestación subrogada y denominación de la práctica en sí misma.</b></p>	<p>Los legisladores se refieren a la gestación subrogada como "Uso solidario de vientre". Los legisladores se refieren a los futuros padres como "padres solicitantes". Organizaciones como centros médicos de fertilidad.</p>	<p>Los diputados se refieren a la gestación subrogada como "gestación por sustitución". Los diputados se refieren a los futuros padres como "comitentes", y desde la jurisprudencia se les nombra "padres de intención". Los jueces se refieren a esta práctica como "gestación subrogada"</p>	<p>Arizona: Se refieren a la gestación subrogada como "Contrato de Parentalidad Subrogada".</p> <p>Michigan: Se refieren a la gestación subrogada como "Contrato de Parentalidad Subrogada".</p> <p>Idaho: Contrato de gestación subrogada.</p> <p>California: Se refiere a los futuros padres como padres potenciales A la gestante subrogada como sustituta tradicional o portadora gestacional y a las organizaciones como facilitadores o intermediarios.</p>
<p><b>Exigencias para la realización de la práctica.</b></p>	<p>Exigen que esta práctica debe respetar las normas de orden público</p>	<p>Exigen que esta práctica debe respetar la autorización judicial previa</p>	<p>Arizona: Se determinó por parte de las autoridades judiciales que la práctica se puede llevar a cabo siempre y cuando no se transgrede la voluntad de la</p>

			<p>gestante subrogada.</p> <p>Michigan: Exigencia de respetar política pública.</p> <p>Idaho: No hay requerimientos adicionales porque la práctica no está regulada.</p> <p>California: No hay requerimientos adicionales porque la práctica ya está regulada.</p>
<b>Prevalencia de la voluntad procreativa</b>	Se concibe la gestación subrogada como una práctica que se puede llevar a cabo por la prevalencia e importancia de la voluntad procreativa	Se concibe la gestación por sustitución como una práctica que se puede llevar a cabo por la prevalencia e importancia de la voluntad procreativa, toda vez que esta se concibe doctrinalmente como un derecho fundamental.	<p>Arizona: No dan prevalencia a la voluntad procreacional.</p> <p>Michigan: No hay referencia a la voluntad procreacional, pero se da prevalencia al interés superior del menor y a quién tiene voluntad de velar por el cuidado del mismo.</p> <p>Idaho: No se da prevalencia a la voluntad procreacional, se tiene que seguir el proceso de adopción.</p> <p>California: Se da prevalencia a los acuerdos contractuales celebrados por las partes, quiere decir, a la voluntad de estos.</p>
<b>Requisitos para desarrollar la</b>	Desde la jurisprudencia se	Desde la jurisprudencia se	Ni en Arizona, Michigan, Idaho y

<p><b>práctica desde la jurisprudencia</b></p>	<p>puede desarrollar la práctica teniendo en cuenta los siguientes criterios: -La persona que gesta y da a luz no puede aportar sus óvulos, en ese orden de ideas, solo está permitido la gestación subrogada gestacional.</p>	<p>puede desarrollar la práctica teniendo en cuenta los siguientes criterios: -La persona que gesta y da a luz no puede aportar sus óvulos, en ese orden de ideas, solo está permitido la gestación subrogada gestacional.</p>	<p>California se encontró alusión en la jurisprudencia.</p>
<p><b>Sobre los actos de disposición del cuerpo de la mujer.</b></p>	<p>La gestación subrogada es un acto de disposición del cuerpo de la mujer, y se debe evitar que estos actos sean contrarios a la Ley.</p>	<p>Los actos de disposición sobre el cuerpo humano en materia de gestación subrogada, deben respetar las leyes especiales y los valores afectivo, terapéutico, científico, humanitario y social.</p>	<p>Arizona: No hablan sobre actos de disposición del cuerpo.  Michigan: Los actos de disposición del cuerpo en materia de gestación subrogada no pueden mercantilizar el cuerpo femenino.  Idaho: No hablan sobre actos de disposición del cuerpo.  California: No hablan sobre actos de disposición del cuerpo.</p>
<p><b>Concepto técnico de la gestación subrogada desde la jurisprudencia.</b></p>	<p>La jurisprudencia considera que la gestación subrogada es una TRHA.</p>	<p>La jurisprudencia considera que la gestación subrogada es una TRHA.</p>	<p>Ni en Arizona, Michigan, Idaho y California se encontró alusión en la jurisprudencia.</p>
<p><b>A partir de qué actores se pretende regular la práctica.</b></p>	<p>Busca la regulación de la práctica a través de la intervención estatal y del legislador.</p>	<p>Busca la regulación de la práctica a través de la intervención del operador judicial, de la acción de inconstitucional e inaplicabilidad del artículo 562 del</p>	<p>Arizona: Busca la regulación de la práctica a través de la intervención del legislador junto con la interpretación judicial de la norma, evidenciándose así</p>

		Código Civil y Comercial de la Nación.	<p>un claro conflicto de poderes.</p> <p>Michigan: Busca la regulación de la práctica a través de la intervención del legislador junto con la interpretación judicial de la norma, evidenciando una clara controversia entre ambos.</p> <p>Idaho: No se ha intentado regular la práctica por parte del legislador ni del operador judicial.</p> <p>California: Busca la regulación de la práctica a través de la intervención directa del legislador.</p>
<b>Establecimiento de la filiación en la gestación subrogada.</b>	Se establece la filiación, desde los criptotipos, a través de un proceso de impugnación de la maternidad y después investigación de la misma a través de prueba de ADN.	Se establece la filiación desde la prueba de nacimiento, la identidad de los comitentes, y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. También la voluntad procreacional es fuente de filiación reconocida expresamente.	<p>Arizona: Se establece la filiación, a partir de sus leyes estatutarias, respecto a la mujer que da a luz y su esposo. Jurisprudencialmente se da prevalencia a la biología.</p> <p>Michigan: Se establece la filiación a través de la renuncia voluntaria a la patria potestad de la gestante subrogada y su posterior consentimiento para la adopción.</p> <p>Idaho: La filiación debe establecerse a través: renuncia a la patria potestad de los</p>



			<p>padres biológicos y posterior proceso de adopción.</p> <p>California: Se establece la filiación a través de una sentencia judicial que determina que son padres los padres potenciales. Esta puede emitirse antes o después del nacimiento del hijo concebido. Es una sentencia sin audiencia y sin pruebas, más allá del documento que registra el acuerdo.</p>
<b>Perspectiva de las gestantes subrogadas respecto a la práctica.</b>	Las gestantes subrogadas no ven esta práctica como aquella que deba ser castigada, prohibida o limitada.	Las gestantes subrogadas no ven esta práctica como aquella que deba ser castigada, prohibida o limitada.	Las gestantes subrogadas no ven esta práctica como aquella que deba ser castigada, prohibida o limitada.
<b>Consentimiento para la realización de la práctica de gestación subrogada.</b>	No se hace alusión al consentimiento previo, informado y libre desde la Ley y la Jurisprudencia.	En los proyectos de ley presentados, es primordial el consentimiento previo, informado y libre de las partes intervinientes, en el proceso de gestación por sustitución.	<p>Arizona: No se requiere consentimiento porque la práctica está restringida.</p> <p>Michigan: Es importante el consentimiento voluntario de la gestante subrogada en la renuncia a la patria potestad, más no se habla del consentimiento de someterse a la práctica en sí misma.</p> <p>Idaho: No se hace alusión al consentimiento de los</p>

			<p>intervinientes.</p> <p>California: Se debe suscribir un contrato de gestación subrogada, en el cual prevalece el consentimiento de cada uno de los intervinientes.</p>
<p><b>Discrecionalidad del operador judicial al enfrentarse a un caso de gestación subrogada.</b></p>	<p>Los operadores judiciales deciden aplicar una discrecionalidad débil, al no tomar decisiones que involucren de manera directa el ámbito personal y privado de las partes.</p>	<p>Los operadores judiciales deciden aplicar una discrecionalidad fuerte a través de órdenes cómo por ejemplo instar a que el hijo concebido conozca su procedencia cuando cumpla la mayoría de edad.</p>	<p>Arizona: Discrecionalidad fuerte, toda vez que aplican o incluso declaran la inconstitucionalidad de las normas que restringen/prohíben la gestación subrogada.</p> <p>Michigan: Discrecionalidad fuerte, toda vez que, a pesar de la claridad de la ley, la dotan de su propia interpretación (que puede alejarse de la voluntad del legislador) para resolver el caso en concreto.</p> <p>Idaho: Discrecionalidad absoluta porque no hay legislación, sin embargo, a pesar de que tienen la posibilidad de actuar activamente, no lo hacen.</p> <p>California: No hay discrecionalidad, ya que los jueces siguen de manera estricta los postulados de la ley que regula la materia.</p>

<b>Interdisciplinaria en la práctica de la gestación subrogada.</b>	Nada se habla sobre la necesidad de la interdisciplinaria que requiere la regulación de la gestación subrogada en el país, limitando a un debate meramente jurídico.	Desde los criptotipos, existe la necesidad de crear comités de bioética que analicen y comprendan los conflictos morales en salud respecto a la gestación por sustitución, para que después de un proceso deliberativo se tomen decisiones que involucren otras ciencias además del derecho.	Arizona: No se habla de la necesidad de interdisciplinaria  Michigan: No se basa en la necesidad de la interdisciplinaria.  Idaho: Desde los criptotipos, los centros médicos, establecen la necesidad de un acompañamiento interdisciplinario a los intervinientes en la gestación subrogada.  California: La interdisciplinaria está implícita en una regulación altamente permisiva.
---	--	--	---

Tabla 1. Cuadro comparativo. Creación propia

Desde el derecho comparado, se evidencian numerosas perspectivas respecto a la gestación subrogada como forma de materializar el proyecto parental de personas que no pueden concebir en sus propios cuerpos. En general, los Estados se han enfocado en prohibir el desarrollo de esta práctica o en regular los aspectos formales del acuerdo contractual y la relación entre las partes. Sin embargo, se han dejado en un segundo plano aspectos sustanciales como la libre disposición del cuerpo de la mujer que acepta ser gestante subrogada, como una forma de ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. Aún falta camino para alcanzar perspectivas más progresistas y que las mismas se integren de manera adecuada a los ordenamientos jurídicos. Es por ello que en el siguiente capítulo se presentarán las

reflexiones, críticas y proposiciones que se derivan del análisis desplegado, haciendo especial énfasis la forma como se debe legislar y en los actos de libre disposición del cuerpo de la mujer frente a la gestación subrogada.

## CAPÍTULO 4

### HACIA UN MARCO REGULATIVO

*Las sociedades, a través de toda la historia hasta la actualidad convulsiva de hoy,  
han estado sometidas a diferentes cambios, en consecuencia, esos cambios  
han de ser institucionalizados, y la manera más importante para ello,  
es a través del Derecho (...)  
(Diéguez, 2011, p. 20)*

Hacer parte de una sociedad implica, necesariamente, la interacción entre individuos. Esa interacción puede suscitar conflictos de diversa índole por ir en contra del *status quo*. Piénsese por ejemplo cuando las mujeres debían montar a caballo con sus dos piernas al lado izquierdo del lomo, debido a que hacerlo tal y como lo hacían los hombres (con una pierna a cada lado), era considerado inaceptable, porque su entrepierna debía ser protegida de todo acto mundano. Sin embargo, poco a poco las mujeres comenzaron a montar a caballo como lo hacían los hombres, generando conmoción y una profunda crítica social. No obstante, ante la inminencia del cambio en la práctica, la sociedad no tuvo más remedio que aceptarlo.

Las perturbaciones en un estado de cosas que prevalece en determinado momento histórico y en determinada sociedad promueve escenarios de cambio social. Según Wróblewski (1993) por cambio social deben entenderse "(...) las diferencias

significativas entre fenómenos sociales en determinada dimensión espacio-temporal” (p. 122). Ese cambio viene acompañado de un proceso de adaptación que permite establecer un nuevo *status quo*, a partir de los nuevos puntos de vista de la sociedad frente a determinada práctica o fenómeno.

El derecho, como parte integrante del sistema social, hace parte de ese proceso de adaptación. De hecho, se puede decir, sin lugar a dudas, que juega un rol activo como modulador del cambio regulando los conflictos que se generen entre los individuos en virtud del cambio en el *status quo*. Al respecto, Diéguez (2011) afirma que “el Derecho no solo viene a resolver los conflictos, sino que también se propone como preverlos, de manera que se encargue (...) de orientar a la sociedad para que no surjan tales conflictos” (p. 10). Este autor señala además que “el Derecho tiene una función permanente dentro de la vida social del hombre, dando respuestas a las necesidades y relaciones que dentro del actuar de este realiza en su medio social” (p.26).

El derecho entonces no puede permanecer estático, sino que debe adaptarse al cambio social a pesar de que no lo hace a la velocidad que los cambios se producen. Sin embargo, es claro que él debe adaptarse a los cambios porque de lo contrario perderá eficacia para regular las relaciones humanas. Autores como Diéguez (2011) han manifestado sobre la primera idea que el derecho es

[U]n fenómeno posterior al hecho, como ente legitimador jurídico, portador de la validez formal posterior en tanto asiste al cambio, pero consolidando jurídicamente las modificaciones que en las costumbres, concepciones e instituciones de la sociedad se vienen produciendo durante un determinado periodo histórico (p.2).

Ahora bien, dentro del objeto de estudio de la presente monografía, es claro que la gestación subrogada se realiza con relativa frecuencia en diversos países. En principio, su práctica ha generado un gran rechazo y crítica social por considerar que atenta contra el orden público y contra los derechos fundamentales de las mujeres y de los bebés concebidos. Sin embargo, esto no ha detenido el creciente uso de esta práctica como posibilidad de materializar el proyecto parental de personas que no pueden concebir en sus propios cuerpos.

Frente a lo anterior, el derecho ha tenido que intervenir para gestionar los conflictos susceptibles de producirse entre los individuos que participan en la gestación subrogada y entre estos y la sociedad. Sin embargo, como se evidenció en el capítulo anterior, existen grandes vacíos normativos que demuestran la necesidad de establecer un marco regulativo que permita reflejar el cambio social que viene ocurriendo frente al desarrollo de esta práctica. Específicamente, se requiere legitimar jurídicamente la posibilidad de que la mujer pueda disponer libremente de su cuerpo para ser gestante subrogada.

Así pues, en este capítulo se abordarán los principales elementos a tener en cuenta, para establecer un marco normativo que regule la gestación subrogada. Para ello, en primera medida se estudiarán algunas generalidades de la técnica legislativa que deberían aplicar las autoridades, con el fin de que la norma jurídica sea clara, precisa y eficaz. Para ello se abordarán tanto la vertiente jurídica como la vertiente lingüística de aquella, destacando la importancia de que el legislador tenga un adecuado conocimiento de la gestación subrogada y la necesidad de un uso correcto del lenguaje. Posteriormente, se expondrán algunas reflexiones, críticas y proposiciones desde los tratados internacionales, la protección a los derechos fundamentales, la práctica en sí misma y los límites a no transgredir.

#### **4.1. LA TÉCNICA LEGISLATIVA**

Según García (s.f) la técnica legislativa “constituye el arte de legislar clara y eficazmente. Constituye una parte de la llamada ciencia de la legislación” (p.122). Para otros sectores de la doctrina, la técnica legislativa es “simplemente el procedimiento al que se sujeta un proyecto de Ley desde su nacimiento, en tanto a idea o génesis del criterio de formación hasta la efectivización material” (Campero, 2014, p.15).

Para efectos de la presente monografía, se adopta la definición de Sánchez (2012), que considera que la técnica legislativa es “una disciplina comprendida en la teoría de la legislación que tiene como finalidad lograr que los enunciados normativos se



inserten adecuadamente en el ordenamiento jurídico del que formarán parte” (p.71). En otras palabras, la aplicación de la técnica legislativa garantiza una buena formación de normas jurídicas, con el fin de que sean claras, precisas, coherentes y armónicas con el ordenamiento jurídico.

La técnica legislativa “está integrada por áreas o vertientes claramente identificadas: la que atiende a los aspectos de carácter lógico formal y jurídicos; y la lingüística que atiende a los gramaticales para una correcta redacción de los proyectos de ley.” (Sanchez, 2012, p. 71). Así, la técnica legislativa posee dos vertientes: una jurídica y otra lingüística. La primera enfocada a los aspectos sustanciales y procedimentales de la ley y la segunda a los aspectos gramaticales y del lenguaje.

Por lo tanto, a continuación, el estudio se centrará en cada una de las vertientes de la técnica legislativa. En primera medida, se abordará la vertiente jurídica insistiendo en la importancia de que el legislador conozca el objeto de la norma que pretende adoptar y la necesidad de promover escenarios deliberativos. En segunda medida, se abordará la vertiente lingüística desde la importancia de un uso claro del lenguaje en los enunciados normativos. Seguidamente se analizarán dos niveles de estructuración del lenguaje: por un lado, el semántico a través del estudio de la modalidad y el contenido, y por otro, el pragmático que recomienda, para el caso concreto, la utilización de un lenguaje técnico y no uno común.

#### 4.1.1 VERTIENTE JURÍDICA

Respecto a los aspectos sustanciales, lo primero que debe decirse es que, para adoptar una regulación eficaz, en cualquier materia, es fundamental que el legislador conozca de manera clara cuál es el objeto de la norma que pretende incluir en el ordenamiento jurídico. Al respecto autores como Atienza (2003) han afirmado que

El derecho de las sociedades contemporáneas plantea diversos problemas cuyo estudio exige la adopción de una perspectiva funcional que, por lo demás, no es incompatible, sino más bien complementaria, con respecto a la estructural: es difícil saber cómo funciona algo sino tenemos una idea en qué consiste ese algo (p.148)

En el caso en particular, resulta entonces obligatorio que el legislador conozca qué es la gestación subrogada, en qué consiste, cuáles son sus modalidades y las implicaciones sociales y económicas que se derivan de su práctica. Para ello, en este documento, se desarrollaron en los capítulos primero y segundos a diversos aspectos que el legislador debe conocer al momento de legislar.

Ahora bien, se debe tener mucha cautela para que el conocimiento sobre la gestación subrogada no se vea sesgado por prejuicios religiosos, políticos o ideológicos. La única forma de evitarlo es a través del desarrollo de un proceso deliberativo que permita establecer cuáles son las diferentes perspectivas que

tienen los individuos respecto a dicha práctica. Al respecto Grosso y Svetaz (2001) han afirmado que

[L]a deliberación es un proceso por el cual se arriba a la decisión a partir de someter los hechos a un análisis exhaustivo, contraponiendo y confrontando los puntos de vista surgidos de las concepciones políticas de los partidos presentes en el Parlamento. (p.38).

Para que ese proceso deliberativo se haga de una manera correcta, no basta con que el legislador contraponga las diferentes perspectivas que tiene la sociedad respecto a la gestación subrogada. También es necesario que realice un análisis holístico del ordenamiento jurídico en el que se pretende incluir la nueva regulación sobre la materia. Esto permitirá a la autoridad que legisla entender cuáles son las demandas e intereses de la sociedad al respecto. Frente a este punto, se espera que el estudio de derecho comparado realizado en el capítulo tercero de la presente monografía, contribuya a dicho análisis.

Después del proceso deliberativo, se surte un proceso legislativo que dará como resultado una norma jurídica que regule la gestación subrogada. Dicha normativa puede ser entendida entonces como

[U]n conjunto de normas emanadas de una autoridad legislativa [que] expresa, en un texto escrito, una decisión política. Es por tanto el producto final de un proceso

que tiene su origen en una demanda social y en el que se interrelacionan dos funciones básicas: la política y la técnica. El decisor político, el legislador, representante del pueblo, recepta la demanda social, considera distintas soluciones y expresa una voluntad política. El técnico es el encargado de transformar en un texto de contenido normativo esa voluntad política. (p.40)

Por todo lo anterior, desde el punto de vista jurídico, no bastará con que el legislador entienda en qué consiste esta práctica y cuáles son sus implicaciones, sino que debe promover un espacio deliberativo. En este espacio es necesario evidenciar las diferentes posturas sociales, políticas y económicas que se tengan respecto a la gestación subrogada con el fin de entender por qué es necesario un marco regulativo en la materia, así como lo que la sociedad está dispuesta a aceptar, rechazar y los límites a no traspasar. A continuación, se abordará la vertiente lingüística, necesaria para la aplicación de una correcta técnica legislativa.

#### **4.1.2. VERTIENTE LINGÜÍSTICA**

Un correcto uso del lenguaje es fundamental para que la norma sea clara, precisa y completa. Al respecto Sánchez (2012) afirma que debe adoptarse una racionalidad lingüística siguiendo tres niveles básicos de estructuración del lenguaje: el nivel semántico, el nivel sintáctico y el nivel pragmático. De ellos tres, sólo se abordarán el primero y el último, ya que el nivel sintáctico está enfocado exclusivamente en el orden de las palabras que podrían hacer parte de enunciados normativos. Este, por

pertenecer a un ámbito especializado de la lingüística, sale del objeto de estudio de la presente monografía. Los niveles semántico y pragmático pueden abordarse de manera general desde el derecho, una disciplina que, aunque no está especializada en el lenguaje, puede realizar análisis interpretativos al respecto.

#### **4.1.2.1 NIVEL SEMÁNTICO**

El nivel semántico hace referencia a “(...) una adecuada selección del vocabulario con el que se ha de formular el enunciado normativo” (Sánchez, 2012, p.82). En términos más sencillos, se refiere a la selección de palabras que tengan un significado correcto y comprensible para los miembros de la sociedad a quienes va dirigida la norma. En este nivel se deben de tomar en cuenta, entre otras, la modalidad y el contenido semántico de las palabras elegidas, es decir, la postura del emisor y el significado de las mismas, respectivamente. La modalidad se entiende como

[L]a forma y la postura que el emisor expresa respecto del enunciado elaborado. Los estudios lingüísticos han focalizado los aspectos relacionados con el grado de conocimiento, certeza, duda, incertidumbre, obligación, predicción, deseo, valoración, entre otros, que se tiene respecto de la enunciación (Sánchez, 2012, pp.85-86).

Lo anterior cobra relevancia para el caso en concreto porque, la postura ideológica del legislador, puede afectar la forma como se expresa el enunciado normativo. Por ejemplo, no va a tener la misma connotación decir que se va a regular la “gestación subrogada” que decir que se va a regular la “maternidad subrogada” o el “alquiler de vientre”. Podría decirse que, si bien todos estos términos se refieren al mismo fenómeno, la connotación de los dos últimos términos es claramente negativa mientras que la connotación del primero es un poco más positiva, o si se quiere, más neutral.

Decir que se va regular la “maternidad subrogada” tiene una connotación negativa, en el sentido de que se refiere al rol de madre que, según los estereotipos, debe ser asumido por la mujer que da a luz. Es decir que no puede ser madre una mujer que nada tuvo que ver con el proceso de gestación y parto. Cuando se piensa entonces que la gestante subrogada entrega el niño a terceras personas, se entiende, para algunos, que ella “abandona” a su hijo, lo entrega a personas desconocidas y renuncia por completo a ejercer su rol de madre, así como a todos los derechos y obligaciones que se derivan de la relación materno-filial. De ahí que muchas personas, al hablar de gestación subrogada, piensen inexorablemente en el “tráfico de bebés”, o la “trata de personas”. Bajo ese escenario, se entiende que la única posibilidad normativa en la mente del legislador sea la prohibición, porque así se protegen los derechos fundamentales de los niños y niñas concebidos por esta práctica.

A su vez, decir que se va a regular el “alquiler de vientre” tiene una connotación negativa, ya que se instrumentaliza y cosifica el cuerpo de la mujer. Ciertamente, en la interpretación del término se piensa que, a través del acuerdo, una mujer cede el uso temporal de su útero y su capacidad reproductiva a terceros. Aquí se percibe a la mujer como una cosa y no como una persona, que es susceptible de ser “negociada”, “vendida” o “alquilada”. Por supuesto, en la mente del legislador la mejor opción normativa vuelve a ser la prohibición, para proteger los derechos fundamentales de la mujer que eventualmente dispone de su cuerpo para dicha práctica.

Por el contrario, decir que se va a regular la “gestación subrogada” tiene una connotación más neutral. Se refiere de manera clara al hecho de que aquello en lo que se está sustituyendo a la madre es únicamente el proceso de gestación y alumbramiento, ya que ella no puede hacerlo en su propio cuerpo. La percepción puede trasladarse entonces del tráfico de bebés y la instrumentalización de la mujer al deseo de una persona o de una pareja de construir un proyecto parental para lo que necesitan ayuda de una tercera persona y de la asistencia médico-científica para lograrlo. En este caso, en la mente del legislador se abre la posibilidad de regular la práctica, a través de una norma que determine, o establezca criterios para determinar, los supuestos de hecho en los que se permitiría esta práctica, y las condiciones en las que se podría desarrollar. Por lo anterior, a criterio de las autoras, la gestación subrogada es el término que debería utilizarse para un eventual marco

regulativo, pues, la modalidad, es decir, la postura del emisor (legislador) sería más neutral y podría tener una mayor aceptabilidad en la sociedad.

Ahora bien, en relación con el contenido semántico de las palabras, debe decirse que por él se entiende el “conocimiento del significado” (Sánchez, 2012, p. 89). A criterio de las autoras, se puede decir que el significado es entonces aquella idea o concepto que da identidad a una expresión y que es fundamental para evitar lo que la doctrina denomina “ambigüedad”. Al respecto, Sánchez (2012) afirma que “la función de los términos es contrarrestar la ambigüedad que subyace a toda lengua natural, con el fin de que una palabra o expresión sólo pueda ser usada en un único y específico sentido; por tanto, la acuñación y la asignación de significado debe hacerse procurando no causar confusión” (p.92).

En el caso de la gestación subrogada, es fundamental conocer el significado de los términos que potencialmente podrían usarse en los enunciados normativos que pretendan regularla. Esto busca asegurar que las palabras o expresiones elegidas para hacer alusión a esta práctica sean lo más precisas posible. Para ello es necesario acudir a la Real Academia de la Lengua Española, máxima institución de regulación lingüística del idioma español.

Por un lado, debe entenderse el significado de “gestación” como la “*Acción y efecto de gestar*” (RAE, 2014). Del mismo modo “gestar” debe entenderse como “Dicho de una hembra: Llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del



parto.” (RAE, 2014). Por otro lado, debe entenderse el significado de “subrogación”, como la “Acción y efecto de subrogar” (RAE, 2014). A su vez, “subrogar” debe entenderse como “Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa” (RAE, 2014). Por lo anterior, la expresión “gestación subrogada” debe entenderse como aquella acción en la cual una mujer gesta un embrión y da a luz en lugar de otra persona. Una vez más se considera que éstas son las palabras correctas que deberían utilizarse en los enunciados normativos que pretendan la regulación de la práctica, por ser más precisos.

Se descartan de plano expresiones como “maternidad subrogada” porque la palabra “maternidad” significa “Estado o cualidad de madre” (RAE, 2014). Por lo tanto, la expresión “maternidad subrogada” podría entenderse como el ejercicio del rol de madre en lugar de otra persona. Para el caso en concreto, esta expresión es imprecisa, porque en la presente monografía ha quedado claro que lo que se subroga no es la maternidad, sino la gestación y el alumbramiento. Teóricamente, tampoco se pone en duda quien debe ejercer el rol de madre, que es en últimas la madre comitente, es decir, aquella que desea establecer su proyecto marental a través de una gestante subrogada.

Tampoco se acepta la expresión “alquiler de vientre” ya que la palabra “alquiler” significa “Acción y efecto de alquilar” (RAE, 2014); y a su vez alquilar significa “Tomar de alguien algo para usarlo por el tiempo y precio convenidos” (RAE, 2014). Por su parte la palabra “vientre” significa “Cavidad del cuerpo de los animales

vertebrados, en la que se contienen los órganos principales del aparato digestivo y del genitourinario” (RAE, 2014). Así pues, la expresión “alquiler de vientre” puede entenderse como usar por un tiempo el vientre (órganos reproductivos) de un vertebrado (en el caso concreto una mujer) por un precio convenido. Dejando de lado el hecho de que es una expresión que vulnera el derecho a la dignidad de las mujeres, semánticamente es imprecisa. Lo anterior porque, primero el verbo “alquilar” sólo se aplica a las cosas y no a las personas; segundo, en la gestación subrogada no se utilizan todos los órganos reproductivos de la mujer, únicamente su útero (cavidad donde se anida el embrión) y su vagina (canal por donde se expulsa al feto).

Por lo tanto, desde el nivel semántico de estructuración lingüística, la expresión más adecuada para realizar un marco regulativo en la materia es “gestación subrogada”. Lo anterior en razón a que semánticamente tiene palabras con significados más precisos y modalmente tiene una connotación más neutral que las otras expresiones que coloquialmente se suelen usar. Ahora bien, es necesario entonces continuar con el nivel pragmático.

#### **4.1.2.2 NIVEL PRAGMÁTICO**

En segunda medida, el nivel pragmático hace referencia a “las características de la situación comunicativa en la que los textos han de ser usados, para hacer las adecuaciones necesarias tanto en función del destinatario como del formato y del

mensaje mismo” (Sánchez, 2012, p. 83). En términos más claros, el nivel pragmático se enfoca en el uso de las palabras y expresiones en un determinado contexto social, con la pretensión de comunicar algo.

Respecto a la aplicación del nivel pragmático en la estructuración del lenguaje de un enunciado normativo, Sánchez (2012) toma como referencia a Atienza (2012), y manifiesta que

[L]a “racionalidad pragmática” de las normas: no es suficiente que el destinatario quiera cumplir un mandato, debe poder hacerlo, y para ello lo primero es que entienda lo que debe hacer; por esta razón, los enunciados normativos deben ser redactados de forma comprensible para los destinatarios, así sabrán con precisión qué se espera que hagan o dejen de hacer (p.83).

Lo anterior cobra relevancia porque, en la elaboración de un enunciado normativo es fundamental, no sólo que se elijan palabras o expresiones con un contenido semántico claro, cómo ya se explicó, sino que también es necesario que los destinatarios puedan entender aquellos supuestos fácticos que se regulan y la forma como deben actuar. De lo contrario la norma sería lingüísticamente correcta pero poco eficaz.

Se podría pensar, bajo esta lógica, que para que los individuos entiendan las normas que regulan su comportamiento, es necesario utilizar un lenguaje común;

pero la realidad es que esto podría generar inconvenientes de tipo racional y lingüístico que se traducirían en imprecisión en la norma. Por ejemplo, en el caso en concreto, el legislador podría aducir que sería mejor regular “el alquiler de vientres” que la “gestación subrogada”, puesto que en el imaginario social es más fácil comprender la primera que la segunda expresión. Sin embargo, a través de un ejercicio sencillo de preguntarle a algunas personas qué entienden por una u otra expresión, probablemente, ellas respondan que la primera hace referencia a una mujer que presta su vientre para gestar a un hijo de otro y que la segunda no la entienden muy bien.

Por ello es que la doctrina rechaza que, en las normas, se utilicen palabras provenientes de la jerga común. Al respecto Atienza (1999) afirma que “el lenguaje corriente no sólo está plagado de ambigüedades, vaguedades y toda suerte de imprecisiones significativas que justifican apartarse de él en los procesos de reconstrucción racional” (p.41-42).

Debido a las impresiones que podría generar el uso de un lenguaje común, se requiere que los enunciados normativos, para el caso objeto de estudio, sean estructurados en un lenguaje más técnico. De allí, debería surgir el compromiso, por parte del legislador, de promover un ambiente pedagógico y de divulgación, con el fin de que la sociedad entienda por qué se elige este tipo de expresiones en enunciados normativos y cuál es su razón de ser.

Todo lo anterior permitirá una regulación de la gestación subrogada objetiva, integral, clara y precisa. Después de la explicación sobre cómo elaborar la regulación desde el punto de vista jurídico y pragmático, se presentarán algunas reflexiones, críticas y proposiciones finales, con la finalidad de invitar al lector a una introspección personal respecto a todo lo abordado de manera previa.

## **4.2 REFLEXIONES, CRÍTICAS Y PROPOSICIONES**

En la presente monografía se estudió la disposición del cuerpo de manera general y concretamente, de la mujer a través de la gestación subrogada. Para ello se tuvieron en cuenta las corrientes feministas y, más precisamente, aquellas que soportan la toma de decisiones por parte de las mujeres. Seguidamente, se realizaron las precisiones pertinentes frente a la práctica de la gestación subrogada, definiendo el término y el origen de la misma. También se estudiaron, entre otros aspectos, los móviles que llevan a la mujer a recurrir a dicha práctica y el poder de decisión y autonomía que tiene esta frente a la realización de la misma.

Todo lo anterior se abordó en los capítulos primero y segundo, los cuales dieron origen al capítulo tercero donde se realizó un análisis de derecho comparado entre Colombia, Argentina y algunos estados de Estados Unidos. Del análisis realizado y la teoría estudiada nacen las reflexiones, críticas y proposiciones que se presentan en este aparte. El objeto entonces es condensar lo teorizado en los capítulos anteriores, con la finalidad de cuestionar el estado actual de las cosas, criticar el

mismo y proponer soluciones u otras alternativas para la regulación de la gestación subrogada.

La reflexión se propondrá a partir de los tratados internacionales, la protección de los derechos fundamentales, las personas que recurren a la gestación subrogada y los límites a no transgredir.

#### **4.2.1 DESDE LOS TRATADOS INTERNACIONALES**

Como se mencionó en los capítulos precedentes, la Conferencia del Cairo marcó un hito de suma importancia en cuanto al reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Lo anterior, se puede evidenciar en el capítulo IV del Informe expedido por las Naciones Unidas, el cual aborda la “Igualdad y equidad entre los sexos y habilitación de la mujer”. Concretamente frente al mejoramiento de la condición de la mujer, el informe establece que:

La habilitación y la autonomía de la mujer y el mejoramiento de su condición política, social, económica y sanitaria constituyen en sí un fin de la mayor importancia. Además, son indispensables para lograr el desarrollo sostenible. Es preciso que mujeres y hombres participen e intervengan por igual en la vida productiva y reproductiva, incluida la división de responsabilidades en cuanto a la crianza de los hijos y al mantenimiento del hogar. En todo el mundo, la mujer ve en peligro su vida, su salud y su bienestar porque está sobrecargada de trabajo y carece de poder e

influencia (...). Además, el mejoramiento de la condición de la mujer también favorece su capacidad de adopción de decisiones a todos los niveles en todas las esferas de la vida, especialmente en el terreno de la sexualidad y la reproducción. (Informe Conferencia del Cairo, 1994, p.26)

Como se puede observar en la anterior cita, en la Conferencia se reconocieron diversos aspectos como la importancia del papel de la mujer en la sociedad, su conciencia frente al poder que tiene sobre sí misma y su capacidad reproductiva, el poder de decisión frente a los hijos que desee tener y la forma como engendrará los mismos, el deber por parte de los Estados de informar a las mujeres acerca de la planificación familiar y la importancia de la educación sexual en las mujeres para que puedan tomar decisiones libres e informadas.

No obstante, en el capítulo tercero se evidenció que diversos Estados aún no reconocen la libre disposición del cuerpo de la mujer, pues cuentan con legislaciones restrictivas o con vacíos legales frente a la gestación subrogada. Así, la gestación subrogada se limita o restringe en muchas ocasiones atendiendo a los intereses generales de la sociedad, los cuales hacen parte integral de los principios y valores de cada Estado. Lo anterior se engloba en la definición de orden público dada en el capítulo primero, y permite afirmar a las autoras que, para diversos Estados, es más importante preservar el interés general y el orden público, que permitirle a la mujer decidir libremente sobre sí misma.

La anterior crítica pretende hacer ver que la Conferencia de El Cairo reconoce la autonomía de la mujer, lo cual la faculta para decidir sobre su propio cuerpo. No obstante, países como Colombia y algunos estados de Estados Unidos, han preferido guardar silencio frente a la regulación de dicha práctica o restringirla expresamente. En estos casos, la libre disposición del cuerpo de la mujer pasa a un segundo plano por la protección prioritaria de interés o fines considerados relevantes como el orden público.

Se propone entonces que los Estados atiendan a lo preceptuado en la Conferencia reconociendo y protegiendo la libertad sexual y reproductiva de la mujer en un sentido amplio, así como la autonomía que la misma posee. Lo anterior se puede contrastar con los límites del orden público, de tal manera que las dos prerrogativas se puedan evidenciar en el ordenamiento jurídico. Una forma para lograr tal cometido es establecer proyectos de ley amparados por los límites al orden público, pero enfocados en los derechos de la mujer. Así, se pueden definir parámetros claros donde la mujer pueda ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, disponiendo plenamente de su propio cuerpo, pero protegiendo, al mismo tiempo el orden público. Por ejemplo, se pueden definir condiciones como las estudiadas en Argentina.

Los postulados internacionales acerca de la disposición del cuerpo de la mujer y la autonomía que esta posee son claros. También es claro el concepto de orden público expuesto en el capítulo primero, y la forma en la que cada Estado adapta



sus propios límites, atendiendo a la teleología y principios que cada ordenamiento jurídico posee. En definitiva, se encuentran dos intereses en combate: el orden público y la libertad sexual y reproductiva de la mujer. La propuesta de las autoras se condensa en encontrar un justo medio, donde a ambos derechos se les otorgue la visibilización necesaria para lograr un equilibrio social. Concretamente, se podría adoptar la política establecida en Argentina, donde los operadores judiciales revisan caso a caso las condiciones concretas, con la finalidad de fijar los criterios necesarios para proteger ambos intereses de todas las personas que participan en la realización de la práctica.

Así, las mujeres podrían decidir libremente qué hacer con sus cuerpos, sin ser juzgadas con base en prejuicios sociales. Igualmente, la sociedad podría establecer parámetros claros y justos para regular la práctica, de manera tal que la misma se compadezca con los principios y valores del Estado mismo. Tales parámetros pueden ser: (i) La necesidad de que la gestante subrogada tenga al menos un hijo previo para que pueda dar un consentimiento libre e informado; (ii) La valoración por parte un comité de bioética, el cual pueda establecer las condiciones necesarias en cada caso concreto para la realización de la práctica. Lo anterior, permite proteger la salud física y mental de la gestante subrogada; (iii) El interés superior del menor en toda decisión que se tome en el transcurso de la gestación.

#### **4.2.2 DESDE LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

La gestación subrogada compromete la materialización de diversos derechos fundamentales dependiendo de la persona que se observe en la relación. Así, por ejemplo, la gestante subrogada al aceptar libre y conscientemente materializar el proyecto parental de otra u otras personas, está ejerciendo sus derechos fundamentales a la libertad reproductiva, de consciencia, de opinión y de expresión. Por otro lado, la pareja comitente o la persona que desee recurrir a una gestante por subrogación, está materializando sus derechos fundamentales a la familia, a la libertad reproductiva y a la no discriminación. Aunado a lo anterior, el equipo de asistencia médica, ejerce sus derechos a la investigación y a la utilización de los progresos científicos.

A criterio de las autoras, estos diversos derechos fundamentales se pueden ver transgredidos cuando:

1. El Estado prohíbe la práctica, de manera tal que los comitentes y la gestante subrogada recurren, en varias ocasiones, a la clandestinidad. Lo anterior transgrede no solo la libertad de cada sujeto, sino también su derecho a conformar una familia, atendiendo a los avances científicos.
2. El Estado no regula la práctica, presupuesto bajo el cual se pueden presentar situaciones como el turismo reproductivo y los vicios en el consentimiento por

condiciones socioeconómicas precarias de la gestante subrogada. Lo anterior deja en evidencia que, en esos casos, se vulneran notablemente derechos como la igualdad y la protección a la mujer.

3. El Estado permite la práctica sin ningún tipo de requisito y/o limitación, toda vez que puede desamparar a los actores que intervienen en la práctica, permitiendo el abuso de los comitentes hacia la gestante subrogada o viceversa.

Las eventuales transgresiones a los derechos fundamentales por parte del ente estatal en la gestación subrogada dejan en evidencia escenarios contrarios con el fin último de la gestación subrogada: materializar el proyecto parental de otra u otras personas. Estos escenarios, abordados a lo largo de la presente monografía, se pueden resumir en:

1. Violencia psicológica y/o económica por parte de los comitentes en contra de la gestante subrogada, obligando a la misma a ejecutar prácticas que se desbordan de la relación que se sostiene entre ambos. Por ejemplo, prohibirle caminar al aire libre por temor a que algo le suceda, u ofrecer una contraprestación económica no por la gestación de su futuro hijo, sino por situaciones conexas a la gestación. Tal sería el caso de una pareja comitente que ofrece a la gestante subrogada dinero extra por no consumir ciertos alimentos durante la gestación. Los anteriores escenarios ponen en una situación de indefensión, vulnerabilidad y violencia a la gestante subrogada.

2. Autonomía y libre disposición del cuerpo frente a la violencia psicológica y/o económica por parte de la gestante subrogada a la pareja comitente, en escenarios donde la primera exija condiciones que se desbordan de la relación que une a estas personas. Por ejemplo, la gestante subrogada exige una cantidad mayor de dinero con la finalidad de mantener el anonimato. Lo anterior evidencia una exigencia desproporcionada, si se analiza de manera integral el fin último de dicha práctica.

Los anteriores escenarios pueden presentarse en casos donde el Estado, por no cumplir con su función legislativa, omite la creación de una normativa que regule una realidad latente a nivel global. Esto conlleva a que los derechos fundamentales expuestos con anterioridad, se vean en situación de vulnerabilidad, pues las personas, ante una vulneración, no pueden acudir a ninguna autoridad para exigir su protección y restablecimiento. La crítica se centra nuevamente en la poca o inexistente regulación que existe en algunos países, por ejemplo, Colombia.

Como propuestas para lograr una regulación efectiva de la práctica, so pena de menoscabar derechos fundamentales de las personas que intervienen en dicha relación se sugiere:

1. Que los proyectos de ley, debates y discusiones necesarias para legislar la gestación subrogada sean precedidos por mujeres. Ellas son las únicas llamadas a responder por la libertad que desean ejercer frente a su propio

cuerpo. El hecho de que en el debate legislativo participen de manera activa y prioritaria mujeres, permite que los demás actores de la sociedad, se enteren de las perspectivas que aquellas tienen, disminuyendo de esta forma los prejuicios y las decisiones de los demás frente a sí mismas.

2. Plantear límites necesarios para el ejercicio sano de la práctica. Un claro ejemplo de esto se evidencia en Argentina, donde se establecen requisitos para que la gestación subrogada sea ejercida de manera libre y consciente, como la condición de que la gestante debe tener al menos un hijo propio.
3. Educar a la sociedad acerca de los avances científicos en materia reproductiva, con la finalidad de disminuir poco a poco los tabúes que existen frente a la realización de la gestación subrogada.

Mientras los Estados se nieguen a legislar o a permitir la seguirán presentándose situaciones donde los derechos de las personas pueden ser desconocidos. Con la finalidad de evitar esta vulneración a prerrogativas constitucionales, se insta a los diversos países que aún no han regulado la práctica, a que lo realicen. A aquellos Estados que la restringen completamente, se los invita a que observen la realidad social latente, con la finalidad de que la misma se vea reflejada e integrada en derecho actual. Por último, a los Estados que la permiten sin ningún tipo de condición o requisito la recomendación es a que se establezcan algunos criterios que busquen la protección de los actores que intervienen en dicha relación.

### **4.2.3 DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS PERSONAS QUE RECURREN A LA PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA**

Los actores principales que intervienen en la práctica de la gestación subrogada son tres, tal y como ya se mencionó: Los comitentes (entendiendo que los mismos pueden ser una pareja o personas solas); la gestante subrogada y el equipo de medicina reproductiva. Cada uno de estos intervinientes, tiene posiciones y perspectivas distintas respecto a la gestación subrogada. A continuación, se puede observar la opinión de una gestante por subrogación:

Carmenza (periodista), 35 años de edad, soltera, sin hijos, residente en una ciudad colombiana. En 1988 decide ayudar a la cuñada de su prima a quien le habían diagnosticado que “su aparato reproductor no servía para nada”, observaba el sufrimiento que esto le causaba pues nunca estuvo embarazada, “le operaron los ovarios, le sacaron unos miomas, le reconstruyeron las trompas”. Se ofrece como madre sustituta más aún cuando sabía que la pareja no optaba por la adopción, se decía a sí misma: “si esta pobre mujer está sufriendo tanto porque no puede tener un hijo... creo que eso viene de mi papá... él nos acostumbró a ser como muy altruistas, a amar mucho a los seres humanos y a luchar por los seres humanos”. Se entrevistaron con la cuñada de la prima para determinar el costo, la primera pregunta fue: “¿y cuánto va a cobrar por esto? No, es que uno los favores uno en la vida nunca los cobra, después la vida le retribuye a uno. (García, 2014, p.151)

Si bien esta gestante subrogada toma una decisión desde el móvil altruista, bajo el cual realizó la práctica, se debe tener en cuenta que también existen casos, como se observó en el capítulo segundo, donde las gestantes subrogadas recurren a esta por una contraprestación económica. En este segundo evento, las gestantes subrogadas manifiestan:

Hola, me gustaría ser vientre de alquiler, soy de Chile y no tengo problemas para realizar el proceso en otros lugares. Quisiera poder ayudar a una familia para realizar la grata concepción de un hijo y así también poder ofrecer un mejor bienestar a los míos. Por lo tanto, me gustaría saber qué debo hacer para alquilar mi vientre. Muchas gracias. (Babygest, 2016b)

Las gestantes subrogadas ofrecen su capacidad de engendrar de manera altruista o con un fin económico. A su motivación puede unirse, la petición de la persona o pareja comitente. Ahora se cita el anhelo de una mujer que desea ser madre a través de la gestación por subrogación, expresado a través de un blog de internet:

Hola necesito vuestra ayuda. Tengo 34 años y desde siempre he querido tener hijos. A los 25 años tuve un embarazo, pero no llegué hasta el parto. Aunque me duela mucho recordarlo necesito escribir y pedir vuestra ayuda. Mi marido y yo queríamos mucho a nuestro primer bebé, pero durante la ecografía de la semana 12 nos dijeron que el corazón de nuestro bebé ya no latía. Me sentía como si un camión me pasara por encima, no quería creer en ello para nada. Pero los procedimientos posteriores

me hicieron creer en esta pérdida horrible. Al expulsar el feto me extrajeron una parte del útero. Y desde aquel tiempo la horrible palabra “infertilidad” es mi condena. Y hasta un cierto tiempo ya ni pensamos en ser padres por lo tanto que nos dañó aquella situación. Pero empecé a prestar cada día más atención a la maternidad subrogada. Leí muchas historias exitosas sobre la maternidad subrogada y por fin estamos listos para probar de nuevo porque es la única manera de volver a ser padres, aunque resulta bastante caro y necesita mucho tiempo y mucha paciencia. Pensamos que ahora es el momento de intentarlo. Necesito vuestras recomendaciones, vuestra experiencia en la maternidad subrogada, cuánto cuesta y dónde lo hicisteis. Ayudadme por favor, lo necesitamos mucho con mi marido. (Babygest, 2016a)

Deseos como el transcrito, o el que se presenta a continuación, motivan a las personas o parejas a recurrir a la gestación subrogada, en pro de materializar su proyecto parental, así:

Hola, me han detectado una anomalía en el útero que me impide quedarme embarazada. Por eso busco una mujer que quiera alquilar su vientre para mí y de esa manera poder tener un hijo que es una de las ilusiones de mi vida. Me he quedado destrozada cuando me han informado de la incapacidad del embarazo, pero quiero luchar por cumplir mi sueño de ser mamá. ¿Alguien está interesada? (...) Gracias. (Babygest, 2015)



Por su parte, los equipos en medicina reproductiva o cualquier otro tipo de intermediario gracias a la ayuda de las TRHA facilitan la gestación por subrogación gestacional. Sin dejar a un lado que, las clínicas de fertilidad son de suma importancia para las relaciones entre la gestante subrogada y los comitentes, pues fijan condiciones y pautas de comportamiento de suma importancia en la relación.

Son múltiples las perspectivas de cada uno de los intervinientes en la gestación subrogada. A criterio de las autoras, ningún punto de vista u opinión es más válido que el otro, pues se coincide en que todos los anhelos, argumentos y deseos buscan un fin en común: materializar el proyecto parental de las personas que no pueden realizarlo en sus propios cuerpos. En suma, se puede reflexionar que la puesta en marcha de esta práctica, bajo condiciones previamente establecidas y respetando los límites impuestos por cada Estado, no vulnera los derechos fundamentales de las personas que intervienen en la misma.

Lo anterior toda vez que la gestación subrogada se materializa por un fin legítimo. Este, debe ser expuesto a la sociedad a través de educación parental, avances reproductivos gracias a la asistencia científica y argumentos imparciales que se desprendan de prejuicios machistas, misóginos, religiosos y demás. Todo esto permitiría que, los diversos actores sociales puedan conocer más a fondo la práctica, no con la finalidad de que estén de acuerdo con la misma, sino que legitimen el fin que las gestantes subrogadas materializan a través de la libre

disposición de sus cuerpos, el cual hace referencia a alcanzar el proyecto parental de los comitentes.

#### **4.2.4 CUÁLES SON LOS LÍMITES A NO TRANSGREDIR**

La gestación subrogada no se puede llevar a cabo sin ningún tipo de condición y/o limitación. De permitirlo, se correrían riesgos al permitir una práctica libre de restricciones, tales como: aprovechamiento de las condiciones socioeconómicas de la gestante subrogada; vulneración a derechos fundamentales de la misma; turismo reproductivo; instrumentalización del cuerpo de la mujer; defraudación de la gestante subrogada frente a los comitentes, entre otros. Por lo anterior, con fundamento en lo expuesto a lo largo de la presente monografía y a partir del estudio de derecho comparado llevado a cabo, se consideran que los límites a no transgredir son:

1. En ningún caso se puede permitir la omisión del consentimiento expreso, libre e informado de la gestante subrogada. Toda vez que, a través de este, la gestante manifiesta de manera explícita su voluntad de disponer de su cuerpo para la realización de la práctica. Con la suscripción de este documento, se están verificando aspectos de suma importancia como la salud mental de la gestante, la cual es necesaria para expresar la voluntad de forma libre y sin constreñimientos ajenos.

2. Teniendo en cuenta que el consentimiento es totalmente necesario, la gestante no puede expresar su voluntad sin saber los efectos y/o consecuencias de la decisión que está asumiendo. Es por ello que se considera que, la gestante debe tener al menos un hijo propio previo a la realización de la práctica, con la finalidad de que entienda, de manera plena, el tipo de acuerdo que está suscribiendo, y exprese su decisión libre de vicios.
3. Los comitentes deben aceptar al menor que está por nacer bajo cualquier circunstancia. Lo anterior, previene que los mismos se retracten de su deseo de ser padres ante eventualidades desafortunadas en el nasciturus, por ejemplo, enfermedades o condiciones médicas. Debe priorizarse siempre el interés superior del niño o niña, so pena de que el mismo quede en estado de desprotección e indefensión.
4. La gestante subrogada, posterior al consentimiento libre, expreso e informado suscrito, no puede retractarse de la decisión que tomó. Lo anterior, toda vez que la gestante subrogada debe entender a profundidad que la madre del menor que está por nacer no es ella, sino la pareja comitente. De esta forma, los comitentes evitan desgastes económicos, físicos, mentales y emocionales.

Se considera que la práctica es legítima y puede regularse con las observaciones y criterios detallados previamente, respetando lo expuesto en los capítulos anteriores: el orden público y los derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta que para

lograr una regulación adecuada de la práctica es necesario atender a una técnica legislativa precisa desde el punto de vista lingüístico. Se insiste en la importancia de que la deliberación sea llevada por mujeres, quienes pueden darle relevancia al derecho a decidir libremente sobre sus cuerpos. Dado que la gestación subrogada es frecuente, mucho más en países con legislaciones liberales o países que no cuentan con una legislación, es necesario dejar a un lado conceptos subjetivos que tergiversan el fin último de la misma, para dar paso hacia un marco regulativo integral en la materia.

## CONCLUSIÓN

“Existe una antigua y venerable tradición doctrinal, según la cual, para que haya Derecho, tiene que haber sociedad. Esta doctrina se recoge formulada como tesis en un aforismo latino, que dice: Ubi ius, ibi societas; donde hay Derecho, hay sociedad”  
(Rodríguez, 1990, p.1)

El presente trabajo de grado abordó el reconocimiento de la disposición del cuerpo como derecho individual y de las regulaciones que existen en materia de gestación subrogada o la ausencia de las mismas. Lo anterior, con la finalidad de determinar a partir de los ordenamientos jurídicos de Colombia, Argentina y algunos estados de los Estados Unidos, cual es el reconocimiento a la libre disposición del cuerpo como derecho individual en materia de gestación subrogada. Inicialmente, se pensó que estos Estados tendían a la no regulación, por la invisibilización en la que se mantiene hoy día la práctica. No obstante, se encontró que la gestación subrogada se encuentra, en algunos países, regulada total o parcialmente, inclusive prohibida o penalizada.

En el capítulo primero se abordó la importancia del cuerpo humano a partir de la perspectiva filosófica y jurídica. Se determinó entonces que el cuerpo es una estructura biológica que contiene la existencia del ser y que es, a partir de ella, que se desarrolla la identidad de la persona en aspectos psíquicos, mentales y emocionales. A partir de la anterior afirmación se pudo establecer que, el cuerpo

humano permite la existencia físico-corpórea del ser, y que gracias a ella el individuo se desarrolla en sociedad.

Posteriormente, se abordó al ser humano como individuo social, quien debe someterse a las normas de orden público. Las mismas hacen referencia al conjunto de principios, valores, normas y disposiciones en las que se sustenta el ordenamiento jurídico para salvaguardar el interés general, el cual, en todo caso, prima sobre el interés particular. Estas normas de orden público permiten establecer límites claros para que el individuo pueda ejercer la disposición sobre su propio cuerpo, sin transgredir los principios, valores y bienes del Estado del cual hace parte. Es por lo anterior que, diversos autores han determinado que los actos de disposición sobre el propio cuerpo, son legítimos mientras no transgredan el orden público y las buenas costumbres.

A partir de la anterior premisa, se evidenció que diversos Estados contemplan actos legítimos de disposición del cuerpo como el trasplante de órganos, la adecuación del sexo, las transfusiones de sangre, entre otros. Sin embargo, y a pesar de que existe un extenso desarrollo teórico al respecto, pareciera ser que las mujeres no pueden decidir en igual medida que los hombres sobre su propio cuerpo. Es por esto que, se estudiaron de manera sucinta, dos olas del movimiento feminista. Gracias a ellas, se reconocieron, a favor de la mujer, derechos sexuales y reproductivos, los cuales se plasmaron en la Conferencia de El Cairo suscrita en 1994.

Una vez establecido que la mujer teóricamente sí puede disponer sobre su cuerpo, se analizaron las similitudes existentes entre disposición y decisión, con la finalidad de cuestionar si la mujer dispone plenamente sobre sí misma o sí, por el contrario, está sujeta a los límites que impone el orden público. Tras estudiar estos dos conceptos, se plantearon escenarios en los cuales la mujer ha adquirido el poder de decisión frente a su cuerpo a lo largo del tiempo a través de decisiones como la planificación familiar o la interrupción voluntaria del embarazo.

A pesar de los anteriores escenarios, en los cuales es evidente el poder de decisión, disposición y autonomía de la mujer frente a su propio cuerpo, se encontró que la gestación subrogada no está permitida en algunos Estados y muchos de ellos ni siquiera la han regulado. En virtud de ello se puede concluir que la mujer puede decidir sobre su cuerpo cuando su decisión no involucre intereses impuestos por la sociedad, a través de actores como la sociedad, la iglesia o los legisladores. En este caso se evidenció que la mujer no puede decidir plenamente sobre sí misma porque hay intereses superiores que deben ser protegidos prioritariamente.

En el capítulo segundo, se analizó la gestación subrogada como un acto de libre disposición del cuerpo de la mujer. Se evidenció a través de un breve recuento histórico que la gestación subrogada ha sido utilizada por personas de diversas culturas y en diversos momentos de la historia, y que no es una práctica reciente.

Posteriormente, se problematizó la gestación subrogada a través del análisis de dos enfoques a partir de los cuáles se rechaza su práctica: la comercialización y dominación del cuerpo de la mujer. Respecto del primero, se analizó la tesis económica de la mercantilización universal, que ubica al cuerpo humano como un bien que eventualmente podría ser objeto de comercio. Sin embargo, se contraponen la tesis jurídica de la inalienabilidad del mismo, que afirma que aquel no puede “estar en venta” por su especial connotación en la identidad y humanidad de los individuos.

A su vez, respecto a la gestación subrogada como forma de comercialización del cuerpo de la mujer, se presentaron posturas a favor y en contra del carácter absoluto de la inalienabilidad del cuerpo femenino. Las posturas a favor aducen que la función reproductiva hace parte de la esencia misma de la mujer y que, por tanto, el cuerpo femenino no puede considerarse como algo enajenable bajo ninguna circunstancia. Por su parte, las posturas en contra afirmaron que esta práctica tiene una injerencia tan sólo temporal en la vida de la mujer gestante y que por tanto podría aceptarse la enajenación de las funciones reproductivas, siempre y cuando se respeten derechos fundamentales como la dignidad humana.

Respecto a la gestación subrogada como una forma de “dominación” del cuerpo de mujer, se analizó la teoría de la objetivación del cuerpo femenino según la cual dicha dominación configura una violencia simbólica, al reducir su corporalidad a un mero “objeto” o “cosa”. También se expusieron diversas maneras en las que una mujer restringe el uso y disfrute de su cuerpo durante el proceso de la gestación



subrogada, como una forma de dominación por parte de terceros. A su vez, se evidenció que este escenario de dominación puede verse incrementado por el eventual desequilibrio socioeconómico entre la gestante y los comitentes, así como la falta de regulación normativa en la materia.

Seguidamente, se analizaron dos de las motivaciones que puede tener una mujer para decidir disponer de su cuerpo como gestante subrogada. Ellas son: el interés lucrativo y el altruismo. Respecto al interés lucrativo se determinó que tanto la gestante como los comitentes tienen cargas y beneficios mutuos. Específicamente, el tipo de retribución para las gestantes subrogadas es económico, misma que es asumido por los comitentes, y que es invertida, generalmente, en satisfacer sus necesidades básicas, las de su núcleo familiar o es destinada libremente para proyectos personales o familiares. Respecto al altruismo, se observó que en este móvil no se espera una retribución dineraria, sino que su principal objetivo es beneficiar a las personas que no pueden concebir en sus propios cuerpos.

Igualmente, se analizó el concepto de autonomía de la voluntad en la toma de la decisión de ser gestante subrogada, estudiando los diversos elementos que la componen. En primera medida, se estableció la importancia de determinar cuál es la relación de la mujer gestante con su entorno inmediato y la forma como la decisión impacta sus relaciones interpersonales principalmente con la persona o pareja comitente, su pareja, familiares y amigos, como su red de apoyo principal y con el equipo de medicina reproductiva. En segunda medida, se analizaron las posibles

consecuencias de la decisión en relación con su cuerpo, particularmente en lo que tiene que ver con cambios físicos y emocionales tanto positivos como negativos.

Finalmente, se analizó el por qué, la decisión de una mujer de disponer de su cuerpo para ser gestante subrogada, materializa prerrogativas innatas a su condición de ser humano y mujer como los derechos a la salud reproductiva, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, libertad de pensamiento, libertad de conciencia, libertad de opinión y de expresión. Se concluyó entonces sobre una necesidad de que la gestación subrogada sea estudiada a profundidad por parte de los órganos normativos, debido a que no existe una regulación integral en la materia.

En el tercer capítulo, se realizó un estudio de derecho comparado entre Colombia, Argentina y cuatro estados de Estados Unidos (Arizona, Michigan, Idaho y California). Dicho análisis se abordó a partir de la teoría del estructuralismo propuesta por Scarciglia (2018). A partir de lo anterior, se analizaron los formantes verbalizados (legales y jurisprudenciales) y no verbalizados (criptotipos) en cada uno de los países mencionados.

En Colombia, se encontró que no existen formantes legales puesto que aún no se ha promulgado ninguna ley que regule la gestación subrogada. Lo que sí se encontró es que se han realizado numerosos intentos de legislar en la materia, a través de proyectos de ley que finalmente han sido archivados por no tramitarse dentro de una misma legislatura o retirados por los propios autores.

Específicamente, se estudió la exposición de motivos de dos proyectos de ley, presentados cada uno, por corrientes políticas opuestas.

Por un lado, el proyecto de ley 113 de 2021, propuesto por legisladores pertenecientes a un partido político conservador, pretendía la penalización de la práctica de la gestación subrogada con fines de lucro, por considerar que favorecía un escenario de turismo reproductivo y explotación de la mujer. A su vez, pretendía regular la gestación subrogada altruista bajo parámetros muy estrictos como la exigencia de que la pareja comitente fuera de nacionalidad colombiana, estuviera casada y que la gestante tuviera vínculo de parentesco con aquellos. Por otro lado, se analizó el Proyecto de Ley 88 de 2017, promovido por legisladores de partidos políticos más liberales, que pretendía únicamente regular la gestación subrogada altruista y la aplicación de las TRHA. Se resalta la importancia de una regulación que privilegie el principio de solidaridad que hace parte de los pilares del Estado Social de Derecho.

A su vez, se encontró que los formantes jurisprudenciales en Colombia provienen de dos sentencias proferidas por la Corte Constitucional. La sentencia T - 968 de 2009 menciona que al no existir prohibición expresa, la práctica de la gestación subrogada está permitida y que se deben tener en cuenta algunas condiciones para su realización, entre las cuáles se destacan: que la mujer gestante goce de buena salud física y mental, haya tenido al menos un embarazo previo, tenga un fin altruista y otorgue un consentimiento libre e informado. La sentencia T - 275 de 2022

se refirió a aspectos más formales que sustanciales, pero insistió en la necesidad de regular el tema a través de una ley que debe seguir el procedimiento previsto para leyes estatutarias por regular un asunto relacionado con el reconocimiento, ejercicio y protección de derechos fundamentales.

Finalmente, se analizaron los formantes no verbalizados o criptotipos en Colombia. A través de ellos se evidenció, principalmente, la perspectiva que tienen las mujeres que han sido gestantes subrogadas en el pasado. Ellas afirmaron que, si bien recibieron una retribución económica, esa no fue su motivación principal. A su vez, ellas expresaron que decidieron disponer de su cuerpo para gestar a los hijos de otras personas, con el fin de ayudarlos a materializar proyectos parentales. Por último, no ven con malos ojos el hecho de que se regule la práctica, incluso con fines de lucro.

En Argentina, se halló que no existen formantes legales claros respecto a la gestación subrogada, a pesar de que se han presentado tres proyectos de ley en la materia. Los mismos se basan en la visión progresista que contiene el Código Civil y Comercial de la Nación según la cual la gestante subrogada es titular de su propio cuerpo y, por lo tanto, cuenta con la posibilidad de decidir sobre sí misma.

Gracias a las visiones progresistas de la normatividad que sirve de base para, eventualmente, regular la gestación subrogada, en los formantes jurisprudenciales se encontró que los operadores judiciales, a través de sus sentencias, si han

regulado la misma. Se realizó un estudio de algunas providencias permitió evidenciar que los jueces declaran la inaplicabilidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, y ordenan que el menor nacido a través de la gestación subrogada sea inscrito como hijo de los comitentes, sin vínculo jurídico alguno con la gestante.

Esta similitud en las decisiones de los jueces, permitió el análisis de los criptotipos o formantes no verbalizados. En este punto, se observó que en Argentina existe una clara necesidad de constituir comités de bioética sólidos, los cuales comprendan y analicen la gestación subrogada. A través de ellos, se puede educar a la sociedad para que deje de lado tabúes y mitos que existen frente al desarrollo de la práctica e identificar parámetros sobre la necesidad de la misma.

En Estados Unidos, se estudiaron cuatro estados, escogidos por representar tres posturas disímiles entre sí: por un lado, la postura restrictiva en Arizona y Michigan; la postura omisiva en Idaho y la postura permisiva en California. En cuanto a los formantes legales encontrados en cada Estado, se pudo determinar que en Arizona se prohíbe expresamente y se declaran inexistentes, según los Estatutos del Estado, los contratos de parentalidad subrogada. Además, estos expresan que la madre legal del menor es aquella que da a luz y que el padre es el cónyuge de la madre en virtud de la aplicación de la presunción de paternidad. Por su parte en Michigan, según el Acta 199 de 1988, se declaran nulos los contratos de parentalidad subrogada, por ser contrarios al orden público, y se penaliza a las

personas que recurren a esta práctica. En Idaho, no se encontraron formantes legales. Por último, en California, el Código de Familia permite y promueve los contratos de reproducción asistida a través de subrogación, creando figuras como los facilitadores.

En cuanto a los formantes jurisprudenciales se encontró que, en Arizona, a pesar de que este Estado tiene una legislación restrictiva, los jueces deciden inaplicar la misma, por considerarla inconstitucional en ciertos casos. Lo anterior, toda vez que la prohibición de la práctica, puede vulnerar derechos como la igualdad y el debido proceso. Por su parte, en Michigan, los operadores judiciales declaran nulos los contratos de gestación subrogada, siempre y cuando en estos se encuentre inmerso la renuncia a la patria potestad por parte de la gestante y el recibimiento de una retribución económica por parte de esta. A su vez, en Idaho se halló que, al no existir regulación legal, los jueces son completamente discrecionales. Así, ellos no se refieren directamente al contrato o al acuerdo, sino que hacen referencia a que debe existir, por parte de la gestante subrogada, una renuncia a la patria potestad. De esta forma, los comitentes pueden postularse a un proceso de adopción del menor. Por último, en California, los jueces intervienen poco al existir una regulación legal de tipo permisivo. Se observó que cuando los primeros intervienen, lo hacen para resolver conflictos respecto a la filiación.

Finalmente, respecto a los criptotipos, en el estado de Arizona se halló que las personas recurren a la gestación subrogada a pesar de estar prohibida. En Michigan

se observó que, a pesar de que la práctica se considera nula, materialmente se pueden encontrar casos donde las personas recurren a las autoridades judiciales, para que las segundas resuelvan los problemas de filiación. En Idaho, los centros de medicina reproductiva actúan sin ningún tipo de restricción y, en California, se observó que la gestación subrogada se realiza sin ningún tipo de limitación lo que, en ocasiones, ha dado lugar a estafas y abuso de confianza.

El análisis de cada país dio una perspectiva de la realidad respecto a la gestación subrogada en sí misma y las personas que recurren a ella, así como de la urgencia de una legislación. Bajo estas premisas, en el capítulo cuarto se estudió la técnica legislativa desde las vertientes jurídica y lingüística. En cuanto a la primera, se determinó la importancia de que el legislador conozca en qué consiste la práctica de la gestación subrogada, así como sus respectivas modalidades y consecuencias, tanto sociales como jurídicas. Lo anterior, debido a que el legislador no puede regular un tema que no conoce a profundidad. En cuanto a la segunda, se resaltó la importancia del uso de un lenguaje adecuado, claro, completo y concreto en el momento de construcción de los enunciados normativos, esto con la finalidad de dotar a la norma de eficacia.

Seguidamente, se abordaron las reflexiones, críticas y proposiciones desde cuatro puntos de vista: los tratados internacionales, los derechos fundamentales, la perspectiva de las personas que recurren a la práctica de la gestación subrogada y los límites a no transgredir. Desde los tratados internacionales, se halló que la mujer

puede disponer de su cuerpo y de sus derechos sexuales y reproductivos gracias a instrumentos internacionales como la Conferencia de El Cairo. Sin embargo, esta Conferencia no supera el reconocimiento formal y escrito porque en la realidad seguimos encontrando tropiezos, juicios de valor y límites al ejercicio de dichos derechos. Desde los derechos fundamentales se encontró que son múltiples las prerrogativas que se pueden transgredir por parte de los Estados al prohibir la práctica, al no regularla y/o al permitirla sin ningún tipo de limitación o condición. Por lo anterior, se proponen alternativas para que la gestación subrogada sea regulada, como la propuesta de que los proyectos de ley sean escritos e impulsados por mujeres.

Desde la perspectiva de las personas que recurren a la práctica, se observó a partir de la lectura de foros y blogs virtuales, que la gestación subrogada es una práctica recurrente. Esta se lleva a cabo con la finalidad de ayudar a materializar el proyecto parental de personas que no pueden concebir en sus propios cuerpos. Por lo anterior, se determinó que la práctica contribuye a la realización de un fin legítimo, y que la misma debe ser regulada en cada Estado, con la finalidad de que estos tengan control sobre la práctica en mención. Por último, como límites a no transgredir, se plantearon escenarios que deben ser contemplados por cada Estado que pretenda la regulación de la práctica, dentro de los cuales se debe velar por el interés superior del menor y la protección de los derechos fundamentales tanto de la persona o pareja comitente como de la gestante subrogada.



A partir del desarrollo teórico presentado se comprobó la hipótesis que se formuló a partir de la pregunta de investigación planteada. Respecto a Colombia, se determinó que no existe normatividad respecto a la gestación subrogada. Esta postura omisiva ha generado que los conflictos suscitados en la práctica deban ser resueltos a través de la aplicación de criterios constitucionales, como el artículo 42 inciso 6 de la Constitución Política de Colombia. Dicha normatividad brinda protección a los hijos concebidos por asistencia científica, lo que permite a los operadores judiciales establecer criterios jurisprudenciales. Por ejemplo, el deber de privilegiar el interés superior de niño o niña, la legitimación tácita de la gestación subrogada con fines altruistas y la necesidad de un consentimiento informado.

Respecto a Argentina, se determinó que la Ley restringe la gestación subrogada, toda vez que “es madre quien da a luz”. Sin embargo, los jueces han inaplicado dicha normatividad con la finalidad de regular la práctica en sí misma, estableciendo criterios jurisprudenciales claros que permiten su realización. Por tanto, se puede afirmar que este ordenamiento jurídico se clasifica como restrictivo desde la Ley. Sin embargo, desde la jurisprudencia es permisivo de manera parcial, pues se puede recurrir a la práctica, pero bajo ciertas condiciones.

Respecto al estado de Arizona en Estados Unidos, se determinó que el ordenamiento jurídico se puede clasificar como restrictivo desde la Ley, toda vez que la misma prohíbe la práctica de la gestación subrogada. Sin embargo, desde la jurisprudencia la gestación subrogada se podría legitimar cuando es gestacional,

toda vez que, a través de esta modalidad, el vínculo biológico del menor es claro: se encuentra ligado con los comitentes. Respecto al estado de Michigan, se halló que este ordenamiento jurídico es restrictivo, toda vez que el contrato de gestación subrogada es considerado nulo. Además, se penaliza a las personas que recurren a la realización de la práctica.

El estado de Idaho se puede clasificar como un ordenamiento jurídico omisivo. La ausencia de ley ha hecho que sean los jueces quienes resuelven los conflictos suscitados en torno a la realización de la práctica. Así, ellos se han enfocado únicamente en establecer la filiación del menor concebido a través de dos aspectos concretos: la renuncia de la patria potestad por parte de la gestante subrogada, y la postulación a un proceso de adopción por parte de los comitentes. Por último, en California, el ordenamiento jurídico puede clasificarse como permisivo. Ciertamente, el Código de Familia regula de manera expresa la práctica, estableciendo las obligaciones de las partes, las condiciones del contrato y el papel que deben cumplir los intermediarios en la realización de la gestación subrogada. Es de anotar que, en este último estado, se legitima la práctica bajo cualquier modalidad (gestacional o tradicional) y a partir de cualquier motivación (altruista o económica).

Quedan por analizar más ordenamientos jurídicos con otras perspectivas respecto a la gestación subrogada. Sería muy interesante ampliar el estudio a países como India, Ucrania, Bélgica, Inglaterra y España. Muy seguramente, las condiciones jurídicas, sociales y culturales de estos países pueden ofrecer otros criterios de

estudio para determinar la conveniencia, practicidad, necesidad y viabilidad de permitir o no la práctica. También para mayor análisis de la temática abordada, se podrían estudiar ordenamientos jurídicos de países con la misma tradición jurídica de Colombia, como Chile, con la finalidad de determinar si tienen posturas disímiles o similares, las cuales servirían para establecer criterios para futuras regulaciones. Igualmente, el estudio de la práctica de la gestación subrogada puede ser abordado desde perspectivas diferentes a la disposición del cuerpo. Por ejemplo, se puede estudiar la naturaleza del contrato, si el mismo es civil, comercial o de otra índole.

Dado que en muchos contextos esta es una realidad latente pero inobservada, se insiste en la necesidad de estudiar el tema con mayor detenimiento y rigor. Cualquier estudio que se precie de ser íntegro no puede dejar de lado los testimonios directos de las gestantes subrogadas y las personas o parejas comitentes. Este es el camino a seguir para crear regulaciones que permitan crear una correspondencia más fidedigna entre las normas con la realidad social. Además, ellas evitaran dejar a merced de la clandestinidad fenómenos que requieren especial atención, como la conformación de la familia con asistencia científica. Por lo pronto la academia, y ante la falta de voluntad política, puede otorgar visibilidad a las personas que recurren a esta práctica, realizando un llamado resonante para que su proyecto parental sea legitimado.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abellán, C. (2017). Simplemente, Raúl no era mío. HuffPost. Consultado el 16 de noviembre de 2022. [https://www.huffingtonpost.es/entry/nikki-kuska-madre-subrogada-simplemente-raul-no-era-mio\\_es\\_5c8ab4b6e4b0f374fa9969fd](https://www.huffingtonpost.es/entry/nikki-kuska-madre-subrogada-simplemente-raul-no-era-mio_es_5c8ab4b6e4b0f374fa9969fd)
- Acedo-Penco, A. (1996-1997) El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia. Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, (14-15), 323-392. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119367>
- Allen, A-L. (1990). Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life. Harvard Journal of Law and Public Policy.
- Álvarez, C., Olavarría, M.E., Parisi, R. (2017) Repensando el feminismo: el debate de la gestación subrogada en México, España e Italia. Dada Rivista di Antropologia post-globale, (2), 7-42. [https://eprints.ucm.es/id/eprint/47823/1/Repensando el feminismo el debate de la.pdf](https://eprints.ucm.es/id/eprint/47823/1/Repensando_el_feminismo_el_debate_de_la.pdf)
- Álvarez, S. (2012, 13 de diciembre). La autonomía personal de las mujeres. Una aproximación a la autonomía relacional y la construcción de las opciones. Primer borrador. Seminario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. <https://www.palermo.edu/derecho/pdf/La-autonomia-de-las-mujeres.pdf>
- Amador-Jiménez, M. (2011). Sobre Biopolíticas y Biotecnologías: Maternidad subrogada en India. Revista Nomadías, (14), 35-58. <https://revistateoria.uchile.cl/index.php/NO/article/view/17395/19233>

- Amezcuca, M. (2019, 11 de octubre). Renta de vientres: Explotación ilegal de mujeres. El Universal. Consultado el 20 de diciembre de 2022. <https://interactivo.eluniversal.com.mx/2019/maternidad-subrogada/>
- Arizona State Legislature (55th Legislature, 2nd Regular Session). The Arizona Revised Statutes. Title 25 “Marital and Domestic Relations”, Article 2 “Property Rights and Contract Powers”, Sección 25-218. <https://www.azleg.gov/viewdocument/?docName=https://www.azleg.gov/ars/25/00218.htm>
- Atienza, M. (1999). El derecho como argumentación. Isegoría, 21, 37-47. <https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/76/76>
- Atienza, M. (2003). El sentido del derecho (2a Ed.). Editorial Ariel S.A (Original publicado en 2001).
- Atienza, M. (2017) El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias. En *De la solidaridad al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, 35-64. <https://dfddip.ua.es/es/documentos/el-derecho-sobre-el-propio-cuerpo-y-sus-consecuencias.pdf?noCache=1458632639168>
- Babygest (2015, 25 de noviembre). Foro. Gestación Subrogada. Busco vientre de alquiler en España. <https://babygest.com/es/foro/tema/busco-vientre-de-alquiler-en-espana>
- Babygest (2016a, 12 de abril). Foro. Gestación Subrogada. Maternidad subrogada mi última oportunidad. <https://babygest.com/es/foro/tema/maternidad-subrogada-mi-ultima-oportunidad/>

- Babygest (2016b, 13 de septiembre). Foro. Gestación Subrogada. Deseo ser vientre de alquiler. <https://babygest.com/es/foro/tema/deseo-ser-vientre-de-alquiler/>
- Baccino, G. (Ed.) (2014). Reproducción Humana Asistida Aspectos jurídicos, sociales y psicológicos. Tirant Humanidades.
- Ballester-López, A. (2017-2018). El impacto de la maternidad subrogada en la salud de las mujeres gestantes (Tesis de pregrado, Universitat de les Illes Balears). Repositorio UIB. [https://dspace.uib.es/xmlui/bitstream/handle/11201/147843/Ballester\\_Lopez\\_Andrea.pdf](https://dspace.uib.es/xmlui/bitstream/handle/11201/147843/Ballester_Lopez_Andrea.pdf)
- Baumgaertner, E. (2022, 11 de julio). Prometió bebés a precios de ganga utilizando vientres de alquiler en México. Ahora el FBI la investiga. Los Angeles Times. Consultado el 9 de octubre de 2022). <https://www.latimes.com/espanol/mexico/articulo/2022-07-11/industria-de-la-maternidad-subrogada>
- Beauvoir, S (2008). El segundo sexo. (Martorell, A). Cátedra. (Original publicado en 1949).
- Bechara, B.B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 21 (2), 135-166. <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73360074007/html/index.html>
- Beltrán, E. (2015) El cuerpo humano: Derechos sin propiedad o propiedad sin derechos. Revista de Estudios Políticos, 169, 137-166.
- Benedetti -Villaneda, A., Duque -García, L.F. (2017, 16 de agosto). Proyecto de Ley 99 de 2017. Publicado en la Gaceta 713 de 2017 del Congreso de la República.

- Bensa, T. (2020, 4 de octubre). Vientres de alquiler: mujeres cumplen el sueño de quienes no pueden engendrar. Los Informantes, Caracol Televisión. Consultado el 28 de septiembre de 2022. <https://www.youtube.com/watch?v=UoIJYE7c6ls>
- Brenes, A. (s.f). Conviértase en una Subrogada. Conceive Abilities. Consultado el 16 de noviembre de 2022. <https://www.conceiveabilities.com/es/programa-de-subrogacion-gestacional/>
- Bright, K. (productor ejecutivo). (1997, 25 de septiembre a 1998, 7 de mayo) Friends. (Temporada 4). NBC, Warner Media y HBO.
- Butler, J. (2016). El género en disputa: El feminismo y la subversión de la identidad (Muñoz, M.A. trad.). Paidós. (Original publicado en 1999).
- Campero-Méndez, I.R. (2014). Manual de Técnica Legislativa. Fundación Hanns Seidel. [https://latinamerica.hss.de/fileadmin/user\\_upload/Projects\\_HSS/Latin\\_America/Bolivia/Dokumente/2014/Manual\\_de\\_Tecnica\\_Legislativa.pdf](https://latinamerica.hss.de/fileadmin/user_upload/Projects_HSS/Latin_America/Bolivia/Dokumente/2014/Manual_de_Tecnica_Legislativa.pdf)
- California Family Code (1992), división 12, part 7, Section 7960.
- Campagnoli, M.A., Luján-Ferrari, M. (2018). Cuerpo, identidad y sujeto. Perspectivas filosóficas para pensar la corporalidad. Editorial de la Universidad de La Plata
- Congreso de la Nación Argentina (2014, 08 de octubre). Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). Boletín Oficial 08/11/2014. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

- Congreso de la Nación Argentina (2013, 26 de junio). Ley 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Boletín Oficial 26/06/2013  
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26862-216700/texto>
- Congreso de la Nación Argentina (2009, 20 de noviembre). Ley 25.529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Boletín Oficial 20/11/2009. <https://e-legis-ar.msal.gov.ar/hdocs/legisalud/migration/html/14366.html>
- Congreso de la República. (2000, 24 de julio). Ley 599. Código Penal. Diario Oficial 44.097.  
[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)
- Congreso de la República. (2004, 22 de diciembre). Ley 919. Diario Oficial 45.771.  
[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0919\\_2004.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0919_2004.html)
- Convención Constitucional de Filadelfia. (1787, 17 de septiembre). The Constitution Of The United States Of America. <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/05/SPA-Constitution.pdf>
- Córdova-Guadamud, P.F. (2007). El conocimiento del entorno inmediato a través de la literatura infantil: proyectos para segundo año de educación general básica (Tesis de pregrado, Universidad Politécnica Salesiana). Repositorio UPS. <https://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/3109/1/UPS-QT02954.pdf>



- Correa-Da Silva, W. (2021) Gestación por sustitución y derechos humanos: ¿Explotación o autonomía sobre los cuerpos de las mujeres? Revista Jurídica Unicritiba, 5 (67), 381 - 415.  
<http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4943>
- Corte Constitucional (1994, 5 de mayo). Sentencia C 221/94 (Carlos Gaviria Diaz, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>
- Corte Constitucional (2009, 18 de diciembre). Sentencia T-698/09 (Maria Victoria Calle Correa M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>
- Corte Constitucional (2022, 01 de agosto). Sentencia T-275/2022 (Cristina Pardo Schlesinger M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-275-22.htm>
- Cramer.M (2021, 31 de enero). Couple Forced to Adopt Their Own Children After a Surrogate Pregnancy. The New York Times.  
<https://www.nytimes.com/2021/01/31/us/michigan-surrogacy-law.html>
- Criado, L. (2014). El papel de la mujer como ciudadana en el Siglo XVIII: La educación y lo privado. Universidad de Málaga.
- De Prada-González, J.M. (1965, 07 de junio). La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos (Primera parte- Conferencia pronunciada en la academia Matritense del Notariado). Madrid, España.  
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/8/cnt/cnt8.pdf>

- Descartes, R. (1980). Obras escogidas (De Olaso, E. Y Zwanck, T. trad, 2da ed). Editorial Charcas.
- Diéguez-Méndez, Y. (2011). El derecho y su correlación con los cambios de la sociedad. Derecho y Cambio social, (23), 1-28.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5500757>
- Domínguez-Martínez, J. (2009). Orden público y autonomía de la voluntad. Cien años de derecho civil en México 1910-2010. Conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su centenario. Revista Jurídicas UNAM, 86-91. [9.pdf \(unam.mx\)](#)
- Duarte-Cruz, J. M., García-Horta, J. B. (2016). Igualdad, Equidad de Género y Feminismo, una mirada histórica a la conquista de los derechos de las mujeres. Revista CS, (18), 107-158.  
[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2011-03242016000100006](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2011-03242016000100006)
- Durán Ayago, A. TEDH y gestación por sustitución. Universidad de Salamanca. [Seminaro wikidefinitivoTEDHyGS.pdf;jsessionid=7291367803B6D6E04301F99ACDA5A1E0 \(usal.es\)](#)
- Elazar, D. J. (1964). Federal-State Collaboration in the Nineteenth-Century United States. Political Science Quarterly, 79(2), 248–281.
- Emaldi-Cirón, A. (2001). El Consejo Genético y sus Implicaciones Jurídicas. Comares Editorial, Fundación BBVA, Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano.

- Emaldi-Ciri3n, A. (2018). La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jur3dica. La imperiosa necesidad de buscar una soluci3n al problema espa3ol: cambio legislativo o cumplimiento de la ley. ILEMATA, Revista Internacional de 3ticas Aplicadas, (28), 123-135.
- Estevez, G., Moreau, C., 3lvarez-Rodr3guez, C., Macha, M., L3pez, J., Gaillard, C., Uceda, M., Brawer, M., Masin, L., Schwindt, M.L. (2020, 15 de julio). Proyecto de Ley 3524-D-2020. Tr3mite Parlamentario No. 84. <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=3524-D-2020>
- Estrella, V., Barraza, S., S3nchez, A., Fern3ndez-Bussy, R.A. (2006). Piel y embarazo. Revista Argentina de Dermatolog3a, 87, 264-277 <http://www.scielo.org.ar/pdf/rad/v87n4/v87n4a04.pdf>
- Ferres-Torres, E., Montesinos-Castro Girona, M. Smith-Agreda, V. (1986). Atlas-Tratado de Embriog3nesis y Organog3nesis. Editorial Gregori S.A
- Foucault, M. (1979). Microf3sica del poder (Varela, J., 3lvarez-Ur3a, F., ed y trad). Ediciones de La Piqueta. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina39453.pdf>
- Franco-P3rez, M.D.L. (2017). Objetificaci3n de la mujer en los medios de comunicaci3n y su relaci3n con el acoso callejero. V3nculos Sociolog3a, an3lisis y opini3n, (11), 177-192. [http://www.publicaciones.cucsh.udg.mx/ppperiod/vinculos/pdfs/vinculos11/V11\\_9.pdf](http://www.publicaciones.cucsh.udg.mx/ppperiod/vinculos/pdfs/vinculos11/V11_9.pdf)

- Fredrickson, B.L., Roberts, T.A. (1997). Objectification theory. To ward understanding women's lived experiences and mental health risks. *Psychology of Women Quarterly*, 21, 173-206.
- Friedan, B. (2016). *La mística de la feminidad*. (Martínez-Soliman, M. trad). Editorial Cátedra. (Original publicado en 1963)
- Galindo-Vilchis, L.M. (2014). Una aproximación a la participación de los hombres en los feminismos. *Revista de Estudios de Género*, 5 (39), 39-51.  
[https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-94362014000100004](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362014000100004)
- García-Arango, G. (2011) "Es mi cuerpo y el estado no lo administra": Disposición sobre el propio cuerpo en la donación de órganos en Colombia. *Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia, 151, 215-233.
- García-Del Río, M.S. (2014). *La gestación subrogada: Una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*. Grupo Editorial Ibañez.
- García-Escudero Márquez, P. (s.f). Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (13), 121-164.  
<https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.13.%20Piedad%20Garcia%20Escudero%20Marquez.pdf/40b36af5-f64e-57e7-f551-beaaeb491bad>

- García-Rubio, M.P., Herrero-Oviedo, M. (2018). Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 67-89.  
<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/6551/5672>
- Gómez, Arévalo, J.A., Sastre-Cifuentes, A. (2008). En torno al concepto del cuerpo desde algunos pensadores occidentales. *Hallazgos*, (9), 119-131.  
<https://www.redalyc.org/pdf/4138/413835170007.pdf>
- González-De Cancino, E., Santamaría-Echeverría-E. (2020) *Cuerpo, Derecho y Cultura: Perspectivas interdisciplinarias sobre el cuerpo humano*. Universidad Externado de Colombia. Colección de publicaciones del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, 7.
- González-Gerpe, D. (2018). *Gestación Subrogada: aspectos psico-sociales*. *Dilemata Revista internacional de éticas aplicadas*, (28), 21-40.  
<https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000245>
- Granada, H. (2001). El ambiente social. *Investigación y desarrollo*, 9 (1), 388-407.  
<https://www.redalyc.org/pdf/268/26890102.pdf>
- Grosso, B.M., Svetaz, M.A. (2001). Técnica legislativa: marco teórico. En *La Técnica legislativa en Centroamérica y República Dominicana*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 37-69.  
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/a13086.pdf>
- Guzmán-Ávalos, A. (2007). La subrogación de la maternidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas*, (20), 114-125.  
<https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222932007.pdf>

Guerra de la Espriella, M.D.R., Valencia -González, S.,Úscategui-Pastrana, J.J.,  
Espinal -Ramírez, J-F (2021, 21 de julio). Proyecto de Ley 113 de 2021.  
Publicado en la Gaceta 958 de 2021 del Congreso de la República.

Hamowy, R. (2008). Common law. The encyclopedia of libertarianism, 1, 80-81.  
<https://dx.doi.org/10.4135/9781412965811.n53>

Huertas, J.A. (1997). Motivación. Querer aprender. Aique  
[http://mateandoconlaciencia.zonalibre.org/TA\\_Huertas\\_Unidad\\_4.pdf](http://mateandoconlaciencia.zonalibre.org/TA_Huertas_Unidad_4.pdf)

Idaho Reproductive. Consultado el 04 de octubre de 2022. [Preguntas frecuentes para parejas y solteros homosexuales - Idaho Center for Reproductive Medicine \(idahoreproductive.com\)](#)

Idaho Statutes (1998) Title 16, Chapter 15.  
<https://legislature.idaho.gov/statutesrules/idstat/Title16/>

Idaho Statutes (1963) Title 16, Chapter 20.  
<https://legislature.idaho.gov/statutesrules/idstat/Title16/>

Informe Conferencia de El Cairo. (1994). Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.  
[https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd\\_spa.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf)

Jóciles-Rubio, M.I (ed.). (2016). Revelaciones, filiaciones y biotecnologías. Una etnografía sobre la comunicación de los orígenes a los hijos e hijas concebidos mediante donación reproductiva. Edicions Bellaterra.

Juzgado Civil, Comercial y de Familia de Villamaría. Proceso MJJ126330. M.P. Desconocido; 21 de mayo de 2020.

Juzgado de Familia Nro. 8 de La Plata. Proceso AR/JUR/15367/2020. M.P. Mauro J. Cerdá; 27 de abril de 2020.

Juzgado de Familia Nro.1 de Pergamino. Proceso AR/JUR/15655/2019. M.P. Walter A. Giuliani; 22 de abril de 2019.

Lamm, E (2013) Gestación por sustitución ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Edicions de la Universitat de Barcelona.  
[http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro\\_gestacion\\_por\\_sustitucion.pdf](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf)

Lerner, P. (2004). Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, (111), 919-966.  
<https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v37n111/v37n111a04.pdf>

Mancuso, F. (2021). Dilemas éticos y bioéticos de la gestación por subrogación en Argentina.<http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/5918/Disertaci%C3%B3n%20Fernando%20Mancuso.pdf?sequence=3>

Marín-González, J., García-Mirón, R. (2011) El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo tratándose de un arbitraje comercial internacional. Revista de Derecho, 24 (1), 117-131.  
[https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=09502011000100006](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=09502011000100006)

- Marrades-Puig, A. (2017). El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos. *Revista europea de derechos fundamentales*, 30, 153-177.  
<https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/65598/124862.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Martínez, M. (2003). La evolución del altruismo. *Revista colombiana de filosofía de la ciencia*, 4 (9), 27-42. <https://www.redalyc.org/pdf/414/41400902.pdf>
- Martínez-Martínez, V.L. (2015). Maternidad subrogada: una mirada a su regulación en México. *Díkaion*, 24 (2), 353-382.  
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72045844007>
- McClelland, D.C. (1989). *Estudio de la motivación humana* (Trad. Guillermo Solana). Narcea S.A de Ediciones. [https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=3fKGr602DTcC&oi=fnd&pg=PA9&dq=que+es+la+motivaci%C3%B3n&ots=b0VeogX9C7&sig=GdVOcWFzNmC5zTpkFiGwflf2iiM&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=3fKGr602DTcC&oi=fnd&pg=PA9&dq=que+es+la+motivaci%C3%B3n&ots=b0VeogX9C7&sig=GdVOcWFzNmC5zTpkFiGwflf2iiM&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false)
- Michigan Legislature (1988, 01 de septiembre). Act 199 of 1988. Surrogate Parenting Act, Section 722.851 - 722.863.  
<https://law.justia.com/codes/michigan/2010/chapter-722/act-199-of-1988/section-722-855/>
- Ministerio de Salud Gobierno Argentino. (s.f). Ética. Consultado el 15 de octubre de 2022. <https://www.argentina.gob.ar/salud/investiga/recursos/etica>



Ministerio de Salud de la República de Colombia (1993, 4 de octubre). Por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud.

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/RESOLUCION-8430-DE-1993.PDF>

Naciones Unidas. (s.f). Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo 5 a 13 de septiembre de 1994, El Cairo, Egipto. Consultado el 18 de noviembre de 2022. <https://www.un.org/es/conferences/population/cairo1994>

Olza, I. (2018). Los aspectos médicos de la gestación subrogada desde una perspectiva de salud mental, holística y feminista. Dilemata Revista internacional de éticas aplicadas, 28, 1-12.

Organización Panamericana de la Salud. (2013) Legislación sobre donación y trasplante de órganos, tejidos y células: compilación y análisis comparado. [HSS-MT-Leg--donacion-trasplante-2013.pdf \(paho.org\)](https://www.paho.org/hq/dmd/ocuments/2013/11/HSS-MT-Leg--donacion-trasplante-2013.pdf)

Palacios-Pintado, G.F. (2022). Maternidad subrogada ¿Vulneración al principio mater semper certa est? Enfoque Derecho. Consultado el 22 de diciembre de 2022. <https://www.enfoquederecho.com/2022/05/19/maternidad-subrogada-vulneracion-al-principio-mater-semper-certa-est/#:~:text=El%20principio%20mater%20semper%20certa,la%20maternidad%20del%20reci%C3%A9n%20nacido.>

Páramo-Valero, V. (2010). El eterno dualismo antropológico alma-cuerpo: ¿Roto por Laín?. Themata Revista de Filosofía, (46), 563-569

- Pedregal, A. (2000). Las mártires cristianas: género, violencia y dominación del cuerpo femenino. *Studia histórica: Historia Antigua*, 18, 277-294.  
[https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/73583/Las\\_martires\\_cristianas\\_genero%2c\\_violenci.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/73583/Las_martires_cristianas_genero%2c_violenci.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Pérez, J.I (s.f). Selección natural. *Revista del museo Nacional de ciencias naturales*, 12, 3. [https://www.mncn.csic.es/sites/default/files/2020-10/nm12\\_intro.pdf](https://www.mncn.csic.es/sites/default/files/2020-10/nm12_intro.pdf)
- Petrucci, A. (ed.), Santamaría-Echeverría, E. (ed). (2020). *Actos de disposición del cuerpo humano: tradición jurídica romanista y perspectivas contemporáneas* (1er ed.). Universitá di Pisa, Universidad Externado de Colombia.
- Poma-Choque, J.T. (2022). El mito del altruismo. *Universidad, Escuela y Sociedad*, 12(1), 5–13.  
<https://revistaseug.ugr.es/index.php/revistaunes/article/view/21743#:~:text=Actualmente%2C%20se%20asocia%20el%20altruismo,responsable%20de%20las%20conductas%20altruistas.>
- Ponniah, K. (2018, 19 de febrero). Vientres de alquiler: cómo Ucrania se convirtió en la nueva capital internacional de las madres substitutas. *BBC News Mundo*. Consultado el 20 de diciembre de 2022. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43072732>

- Pruneda, D. (26 de agosto de 2022). La subrogación de vientres y sus desafíos éticos, un debate al que empieza a animarse la literatura. *El destape*. <https://www.eldestapeweb.com/cultura/gestacion-subrogada/la-subrogacion-de-vientres-y-sus-desafios-eticos-un-debate-al-que-empieza-animarse-la-literatura-20228281990>
- Rach-Quiroga, A., Di Tulio, J., Mendoza, S.M., Carol, A.A., Mercado, V., Volnovich, L., Carmona, G.R., Pedrini, J.M., Basterra, L.E., Lotto, I.B., Estevez, G.B. (2016, 31 de agosto). Proyecto de Ley 5759-D-2016. Trámite Parlamentario No 117. <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=5759-D-2016>
- Radin, M. J. (1987). Market-Inalienability. *Harvard Law Review*, 100 (8), p.p 1849-1937. <https://www.jstor.org/stable/1341192>
- Real Academia Española. (2014). Gestación, gestar, subrogación, subrogar, maternidad, alquiler, alquilar y vientre. En *Diccionario de la lengua española* (ed. 23). Consultado el 28 de noviembre de 2022. <https://www.rae.es/>
- Redondo-Saceda, L. (2017) Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada = Right to the own body: the women's position in the context of surrogate motherhood. *EUNOMÍA Revista En Cultura De La Legalidad*, (12), 131-146. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3646/2215>
- Rivas-Rivas, A.M. y Álvarez-Plaza, C. (ed). (2020). *Etnografía de los mercados reproductivos: Actores, instituciones y legislaciones*. Editorial tirant to blanch.

- Roballo-Lozano, L.A (ed.) (1997). La Sagrada Biblia. (Traducción de *La Vulgata Latina* al español (1884) por Don Félix Torres Amat). Terranova Editores Ltda.
- Rodríguez-Díaz, R.N. (2017). Subrogación uterina: aspectos médicos. *Dilemata Revista internacional de éticas aplicadas*, (26), 1-14. <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000169>
- Rodríguez-Molinero, M. (1990). La Sociedad y el Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (7), 239-259.
- Rodríguez-Yong, C.A., Martínez-Muñoz, K.X. (2012). El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 25 (2), 59-81. <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v25n2/art03.pdf>
- Rousseau, J.J. (2017). El contrato social. En *Benjamin Franklin*, (84) 14-15. [https://prd.org.mx/libros/documentos/El\\_contrato\\_social.pdf](https://prd.org.mx/libros/documentos/El_contrato_social.pdf)
- Sánchez-Gómez, E. (2012). Técnica legislativa: Algunas directrices lingüísticas para la redacción de enunciados normativos. En *Teoría de la Legislación y Técnica Legislativa*. UNAM, 71-120. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12106>
- Santamaría-Solís, J. (2000). Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos. *Cuadernos de Bioética*, 1 (41), 37-47. <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- Sartre, J.P. (2011). El ser y la nada (Lebasí, J. trad). Editorial Losada.

- Satz, D. (2010). ¿Por qué algunas cosas no deberían estar en venta? Los límites morales del mercado (Trad. Hugo Salas). Siglo Veintiuno Editores.  
[https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/Debra%20Satz%20-%20Por%20qu%C3%A9%20algunas%20cosas%20no%20deber%C3%ADan%20estar%20en%20venta%20\(Siglo%20XXI,%202015\).pdf](https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/Debra%20Satz%20-%20Por%20qu%C3%A9%20algunas%20cosas%20no%20deber%C3%ADan%20estar%20en%20venta%20(Siglo%20XXI,%202015).pdf)
- Scarciglia, R. (2018). Métodos y comparación jurídica (Ruiz-Ruiz, J.J. trad.). Editorial Dykinson S.L (Original publicado en 2016).
- Scott, J. (1993.) La mujer trabajadora en el siglo XIX. Historia de las mujeres en occidente, 4, 405-436.
- Shina, F. (2020). Los derechos sobre el propio cuerpo. ¿El valor del cuerpo humano o el precio de la moral?. <http://www.saij.gob.ar/DACF200252#>
- Sieckmann, J.R. (2008). El concepto de autonomía. DOXA Cuadernos de filosofía del derecho, 31, 465-484. [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/19326/1/Doxa\\_31\\_28.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/19326/1/Doxa_31_28.pdf)
- Sociedad Española de Fertilidad. (2012). Fertilidad y reproducción asistida. MSH Impresiones. [https://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr\\_sef\\_fertilidad.pdf](https://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf)
- Supreme Court of The State of Idaho (2016, 2 de junio.) Docket No. 43796 (Jones, J. [Chief Justice] and Eismann., Burdick., Horton [Justices])
- Taracena, R. (2005). El aborto a debate: Análisis de los argumentos de liberales y conservadores. Desacatos, (17), 15-32.  
<https://www.scielo.org.mx/pdf/desacatos/n17/n17a2.pdf>

- Torquemada, M.J. (2011). Apuntes sobre inquisición y feminidad en la cultura hispánica. Foro Nueva Época, (14), 101-118. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3884495>
- Torres, D. (2006). Los rituales religiosos como estrategias simbólicas que regulan las relaciones entre las personas y las culturas. Revista Universitaria de Investigación, 7 (2), 107-118.
- Tribunal de Apelaciones de Arizona, División 1, Departamento D. (1995, 11 de julio). Soos v. ex rel. County of Maricopa. (Claborne J. PJ). <https://casetext.com/case/soos-v-superior-ct-county-of-maricopa>
- Tribunal de Apelaciones de Michigan (1992, 01 de junio). Doe v Attorney General. (Holbrook, J. PJ). <https://casetext.com/case/doe-v-attorney-general-5>
- Urabayan, J. (1996). La esencia del hombre como disponer indisponible. Anuario Filosófico, (29), 1051-1059. <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/863/4/47.%20LA%20ESENCIA%20DEL%20HOMBRE%20COMO%20DISPONER%20INDISPONIBLE%2C%20JULIA%20URABAYEN.pdf>
- Uría, M.A. (2020). La dignidad humana y el derecho de disposición sobre el propio cuerpo. Reflexiones a partir del rechazo de tratamientos médicos y los acuerdos de maternidad subrogada. Dikaion, 29 (1), 39-65. <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v29n1/2027-5366-dika-29-01-39.pdf>
- Varsi-Rospigliosi, E. (2019). Los actos de libre disposición del cuerpo humano. Acta Bioeth, 25 (1), 9-23. <https://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v25n1/1726-569X-abioeth-25-1-00009.pdf>

- Vega-Vargas, M. (2020) Modificaciones corporales permanentes, un debate sobre estos tiempos. *Cuerpo, Derecho y Cultura: Perspectivas interdisciplinarias sobre el cuerpo humano*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Vich-Bertarn, J. (2009). Las raíces de la circulación de menores en China: prácticas durante las dinastías Ming y Qing. *Ankulegi*, 13, 69-82. <http://aldizkaria.ankulegi.org/index.php/ankulegi/article/view/19/52>
- Vigo, Alejandro. (2012) Deliberación y decisión según Aristóteles. *Tópicos* (43), 51-92. <https://www.scielo.org.mx/pdf/trf/n43/n43a3.pdf>
- Viteri-Sánchez, M.F. (2019). Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador (Tesis de Posgrado, Universidad Andina Simón Bolívar). Repositorio UASB. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6907/1/T2981-MDC-Viteri-Problemas.pdf>
- Wróblewski, J. (1993). Cambio del derecho y cambio social. *Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, 121-137.