

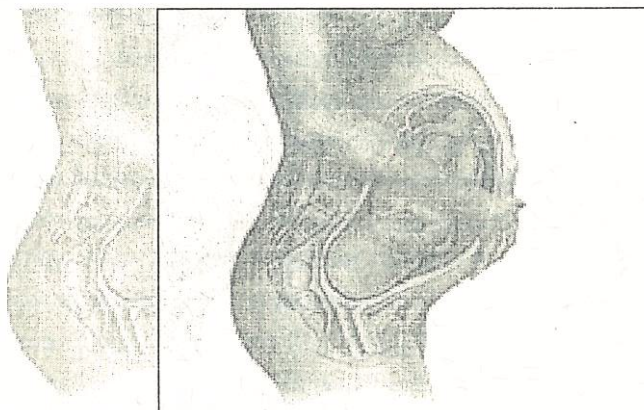


LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN EN PAREJAS HOMOSEXUALES

Olga Carolina Cárdenas Gómez¹

Como se ha reiterado con frecuencia, no se debería definir la familia mediante una construcción formalista, nuclear, la de marido, mujer e hijos. La familia es el lugar donde las personas aprenden a cuidar y a ser cuidadas, a confiar y a que se confíe en ellas, a nutrir a otras personas y a nutrirse de ellas. La ley debería proteger y privilegiar ese tipo de familia y no otro.

RADHIKA COOMARASWAMY²



El desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) ha tornado relativo el principio romano *mater semper certa est*, debido a que hoy es posible que un menor tenga diferentes madres: biológica, jurídica y genética. Esta situación ha dado lugar al desarrollo de los contratos de maternidad por sustitución o alquiler de vientres, en los cuales una mujer se compromete a llevar a término un embarazo y después del parto entregar el menor a quienes serán sus padres.

Actualmente, los contratos de maternidad sustituta son cuestionados en gran cantidad de ordenamientos jurídicos por considerarlos contrarios a la moral y a las buenas costumbres. Otro conflicto que generan es el hecho de si a él pueden recurrir parejas homosexuales, principalmente lesbianas fértiles, con el fin de hacer efectivo su derecho a la reproducción, o si por el contrario, éste sólo puede ser celebrado, en caso de admitirse legalmente, por parejas formadas por un hombre y una mujer infértil, la cual busca hacer realidad su derecho a conformar una familia.

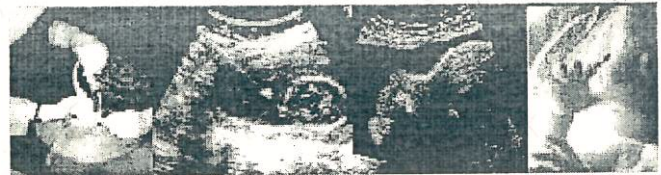
1 Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad del Cauca. Especialista en derecho y nuevas tecnologías sobre la vida de la Universidad Externado de Colombia. Integrante del Grupo de Investigación en Genética Humana Aplicada (GIGHA). Laboratorio de Genética Humana de La Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad del Cauca.

2 COOMARASWAMY, RADHIKA. To Bellow Like a Cow: Women, Ethnicity, and the Discourse of Right en COOK, REBECCA (ed.), Human Rights of Women, 1994, p. 56.

DERECHO A LA REPRODUCCIÓN

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer define el derecho a la reproducción como aquel “derecho humano que todo ciudadano, varón o mujer –sin importar su condición social, edad, raza, religión, estado civil u opción sexual– tiene al ejercicio pleno, libre y responsable de su sexualidad centrada –o no– en la procreación”³. El derecho a la reproducción permite a las personas amplias facultades para disfrutar del mejor nivel de salud física y mental, acceder a servicios que incluyan la planificación familiar y la salud reproductiva, recibir atención en salud reproductiva, decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, educación y medios necesarios para hacerlo⁴.

En varios ordenamientos jurídicos el derecho a la reproducción es considerado como un derecho dependiente de los derechos a la autodeterminación física⁵ o a la intimidad personal y familiar⁶; en la doctrina existen dos corrientes opuestas: una que niega la existencia del derecho a la reproducción y otra que lo considera un derecho personalísimo. Quienes niegan la existencia del derecho a la reproducción⁷ argumentan que la fecundación es un hecho de la naturaleza excluido de la libertad del hombre, por tanto, ni el hombre ni la mujer tienen un verdadero y propio derecho, ni positivo ni natural, a tener descendencia, ya que este derecho implicaría convertir al hijo en un objeto de propiedad⁸, y el niño en ningún momento puede ser considerado como medio para obtener un fin, por más importante que éste sea. Por el contrario, quienes sostienen que existe un derecho personalísimo a la procreación señalan que éste consiste en la libertad de procrear cuando quiero, como quiero y con quien quiero. MANUEL MENDOZA TORRES señala que “si la vida es un derecho inviolable y la familia es el núcleo principal de la sociedad, es evidente que existe un derecho a la procreación, que es de carácter fundamental, pues conlleva la preservación de la especie humana”⁹.



En Colombia, nuestra Constitución consagra el derecho a la reproducción como una garantía institucional, esto implica reconocer que hay personas que se encuentran en posición vulnerable y merecen un tratamiento diferencial de privilegio, en aras de lograr la igualdad de todos los asociados. Esta prelación determina que ellos se constituyan en el eje interpretativo de los restantes derechos y en verdadero límite de éstos; en consecuencia, el Estado no puede reducir esta garantía ni emplearla como un instrumento para eliminar o desconocer derechos fundamentales u otras garantías institucionales¹⁰. Sin embargo, el derecho a la procreación, a pesar de su carácter de fundamental no es un derecho absoluto, ya que éste se encuentra limitado por el ejercicio de los derechos propios y el respeto a los derechos de los demás¹¹. Uno de los límites al derecho a la procreación es el interés superior del niño, que tiene todo el derecho a nacer dentro de una familia que le garantice el apoyo, amor y cuidado que necesita. Cabe destacar que “... la violación del derecho fundamental de una persona a tener una familia aparea una degradación tal del ser humano que resulta incompatible con el principio de dignidad protegido por el artículo 1.º de la Carta. Por estas razones siempre que se respeten las normas básicas de convivencia, la decisión de separarse o de no constituir un núcleo familiar sólo puede ser personal. De otra forma, se estaría convirtiendo al sujeto en un mero instrumento de los caprichos estatales y se le estaría privando de un factor determinante de su más íntima individualidad”¹².

3 Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, mediante Resolución 34/180 de diciembre 18 de 1979. La Convención entró en vigor en septiembre 3 de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1) y fue aprobada por Colombia mediante la Ley 51 de junio 2 de 1981, Diario Oficial; año cxviii, n.º 35794 de julio 7 de 1981, p. 81.

4 VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE. Derecho Genético, 4.ª ed., Editora Jurídica Grijley, Lima, 2001, p. 251.

5 GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA. El derecho a la reproducción humana, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 48.

6 En la medida que impide las intromisiones ilegítimas en la vida privada del sujeto.

7 MEDINA, GRACIELA. “Los homosexuales y la procreación asistida en la legislación y jurisprudencias comparadas”, *Ius et Vita*, n.º xvi, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (consultado en www.uexternado.edu.co/derechoyvida/xvi.html, el 10 de junio de 2004).

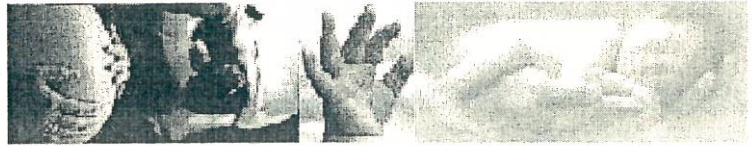
8 MEULDERS - KLEIN, MARIE THÉRÈSE. “La personne, la famille, le droit, LGDJ, París, 1999, p. 664.

9 MENDOZA TORRES, MANUEL. “Aspectos legales de la procreación asistida, en Revista de Derecho n.º 3, Barranquilla, Universidad del Norte, 1994.

10 ALARCÓN ROJAS, FERNANDO. La maternidad por sustitución en familia, tecnología y derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 128.

11 TORRES DEL MORAL, A. Principios de derecho constitucional español, vol. 1, Madrid, Universidad Complutense, 1992, p. 366.

12 Corte Constitucional. Sentencia T-587 de octubre 20 de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.



MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN Y DERECHO A LA REPRODUCCIÓN

La maternidad por sustitución es una TRHA que consiste en que una mujer se compromete a llevar a término un embarazo con el fin de entregar al bebe, una vez nazca, a quienes la han contratado. Esta TRHA presenta dos modalidades:

a. Maternidad por simple sustitución. Consiste en que una mujer gesta un hijo ligado a ella por haber aportado sus propios óvulos. Cualquier contrato que verse sobre este tipo de maternidad sustituta es nulo por objeto ilícito¹³, en atención a que contraría normas constitucionales¹⁴.

b. Maternidad por sustitución en la gestación. Es una forma de maternidad biológica en la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja estéril¹⁵. Su uso está indicado cuando los ovarios de una mujer tienen la capacidad de producir óvulos normalmente, pero ella es incapaz de llevar a término la gestación por defectos uterinos, malformaciones, problemas de capacidad o por afectaciones limitantes para la vida de la mujer o por afecciones que pueden poner en peligro la vida del niño¹⁶ (bastardilla fuera de texto).

Los contratos de maternidad por sustitución en la gestación podrían llegar a ser válidos en atención a que el objeto del negocio no sería el embrión o feto, sino la fuerza biológica de gestación de una mujer, y la causa sería la realización del "derecho a la reproducción"; sin embargo, resulta necesario que la beneficiaria de la estipulación sea una mujer que desee realizar su "derecho a la reproducción" y que no pueda gestar por estar impedida fisiológicamente para ello¹⁷.

DERECHO A LA REPRODUCCIÓN EN PAREJAS HOMOSEXUALES

En los últimos cincuenta años hemos asistido a un cambio social que se expresa en las múltiples formas de manifestarse la orientación sexual, el género y el vínculo afectivo y sexual; este cambio se acompaña de nuevas formas de pensar, sentir y expresarse.

Los homosexuales también gozan del derecho a la reproducción, de ahí que ellos deseen tener, cuidar y ver crecer sus propios hijos. Este hecho los ha transformado en un paradigma alternativo de familia que no se diferencia, en la capacidad de cuidar, atender y educar sus hijos, de las familias formadas por personas heterosexuales¹⁸. Las parejas de homosexuales actualmente han visto en la adopción de menores y las TRHA mecanismos seguros para hacer efectivo su derecho a la reproducción. En varios países del mundo se han presentado casos de homosexuales que recurren a las TRHA para hacer realidad su sueño de ser padres, de hecho, hay legislaciones que permiten el acceso a estas técnicas a parejas de lesbianas o gays como son las legislaciones de Bélgica, Islandia, Holanda y algunos estados de Estados Unidos como Minnesota y Chicago, entre otros.

Esta nueva realidad social nos exige una forma de pensar abierta, con el fin de garantizar la protección de nuevos tipos de familias, ya que de continuar protegiendo sólo con el concepto tradicional de familia estaríamos desconociendo la realidad y cuestionando la capacidad y los derechos de otros tipos de familias, y de los padres que las constituyen y se hacen cargo del crecimiento de sus niños.

13 Artículo 1741 del Código Civil: "La nulidad producida por objeto o causa ilícita... son nulidades absolutas".

14 Artículo 17 Constitución Política de Colombia: "Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas".

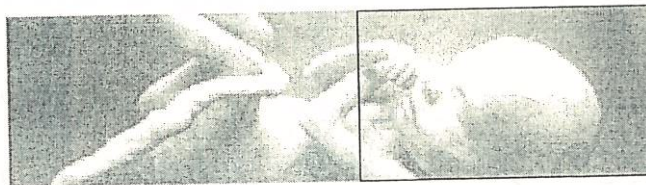
15 Recomendaciones de la Comisión Palacios (España) [359-374], Informe de la Comisión Especial de Estudios de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas, aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión de abril 10 de 1986, p. 197-216.

16 RUIZ, SILVIA, citando a COLEMAN PHYLLIS. "Surrogate Motherhood analysis of the Problems and Suggestions For solutions", 50 Tennessee Law Review 71, 75, 1982, p. 75.

17 ALARCÓN ROJAS. La maternidad por sustitución..., p. 133.

18 WARD MICHAEL. Universidad de Stanford, Asociación Americana de Psicología, citado por OLIVERA PÉREZ, DANTE. Mitos de la modernidad y postmodernidad sobre la maternidad lesbiana, Centro de Investigación y Estudios Intersexuales, Montevideo (Consultado en www.convención.org.uy/menu8-009.htm, el 10 de junio de 2004).

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD VS. DERECHO A LA REPRODUCCIÓN –JUICIO DE PROPORCIONALIDAD–



La existencia de parejas homosexuales que buscan hacer realidad su sueño de ser padres y formar una familia, unido al avance de las TRHA, ha generado muchos interrogantes que deben ser resueltos por el derecho en pro de garantizar y proteger el correcto ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Política. Uno de los problemas más importantes, es el que tratamos aquí: ¿las parejas de lesbianas fértiles, en ejercicio de su derecho a la reproducción, pueden recurrir a la maternidad por sustitución como mecanismo para formar una familia y ratificar su derecho al libre desarrollo de la personalidad?

Teniendo en cuenta que la decisión versa sobre un asunto que compromete derechos de terceros, principalmente el interés superior del menor, resulta necesario señalar que en materia de interpretación de derechos y libertades, un criterio generalmente aceptado es el de la ponderación de los bienes o derechos en conflicto, limitándolos hasta donde puedan concurrir sin anularse²⁰.

La ponderación de los derechos se hace a través de un juicio de proporcionalidad que comprende los siguientes pasos²¹: a. Estudio de la medida por adoptar, con el fin de establecer si ella es o no “adecuada”; es decir, si constituye el medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; b. Se examina si el trato diferente es o no “necesario” o “indispensable”, para lo cual debe el funcionario analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos de sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto, y c. Se realiza un análisis de “proporcionalidad en estricto sentido”²² para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.

Antes de realizar el juicio de proporcionalidad resulta necesario destacar que “el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como emanación directa y principal del principio de dignidad humana, protege la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia, por tanto presupone, en cuanto a su efectividad, que el titular del mismo tenga la capacidad volitiva y autonomía suficientes para llevar a cabo juicios de valor que le permitan establecer las opciones vitales conforme a las cuales dirigirá su senda existencial”²³. Existe entonces una vulneración a este derecho “cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano”²⁴.

Conocidos los límites que presenta cada uno de los derechos en conflicto, resulta necesario analizar su contenido, con el fin de establecer si los contratos de maternidad por sustitución sobrepasan esos límites desconociendo derechos fundamentales de terceros o colocando en peligro valores o fines constitucionales, no sin antes destacar que nuestra Constitución opta por un orden jurídico profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individuales (art. 1º y 16 C. P.), por lo cual, en principio, no corresponde al Estado ni a la sociedad sino a las propias personas, decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos de vida y sus modelos de realización personal²⁵.

19 Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad del Cauca. Especialista en derecho y nuevas tecnologías sobre la vida, de la Universidad Externado de Colombia. Integrante del Grupo de Investigación en Genética Humana Aplicada (GIGHA). Laboratorio de Genética Humana de la Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad del Cauca.

20 GOMEZ SÁNCHEZ... El derecho a la reproducción humana..., p. 37.

21 Corte Constitucional. Sentencia C-093 de enero 31 de 2001, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO (se citará CC-SC-093-01).

22 El juicio de proporcionalidad en sentido estricto implica, de un lado, asegurar que la carga impuesta por la medida sea menor que los beneficios que se busca obtener a través de la misma y, de otro, garantizar que la medida no invada el núcleo esencial del derecho fundamental (ver Corte Constitucional, Sentencia SU-642 de noviembre 5 de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Se citará CC-SU-642-98).

23 CC-SU-642-98.

24 Corte Constitucional. Sentencia T-429 de septiembre 29 de 1994, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

25 CC-ST-532-97

Interés general

El primer limitante para tener en cuenta, en virtud de la afectación de derechos de terceros, es el interés general, comoquiera que los contratos de maternidad por sustitución pueden, eventualmente, lesionar valores de vital importancia para la sociedad. Sin embargo, al analizar estos contratos cabe destacar que so pretexto de privilegiar los intereses de la mayoría no pueden desconocerse derechos fundamentales de carácter individual, pues se estaría anulando el mandato del artículo 5.º de la Carta, según el cual el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona²⁶. En consecuencia, simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales (art. 15 C. P.), o de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar el alcance de un derecho fundamental²⁷.

Interés superior del menor

Desde el interés superior del niño, tenemos tres argumentos en contra de los contratos de maternidad por sustitución que puedan ser celebrados por parejas homosexuales: a. Derecho del menor a crecer en una familia conformada por un padre y una madre, b. Garantizar a los menores un hogar adecuado y estable en el que puedan desarrollarse de manera armónica e integral²⁸, y c. Temor de que los hijos de parejas homosexuales se “conviertan” en homosexuales, por razones biológicas o por el ejemplo que reciban de éstos.

Frente al primer argumento la atención se centra en lo perjudicial que puede resultar para un menor no tener una imagen paterna, en el caso de parejas de lesbianas, debido a que dicha situación atentaría contra la estabilidad moral, emocional y aun material del niño. Anne Brewaeys, I. Ponjaert, E. Van Hall y S. Golombok han observado que existe “una convicción fundamental en la cultura occidental acerca de que el padre es esencial para el desarrollo psicológico saludable de los niños”. Esta convicción hasta ahora

no ha sido validada por los estudios acerca de los efectos de la ausencia paterna; por el contrario, las investigaciones sugieren que no hay diferencias significativas entre niños que crecieron con su padre y aquellos que crecieron sin él²⁹.

El segundo argumento se ve desvirtuado con diferentes estudios realizados en países como Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Suecia y Bélgica, entre otros, los cuales han concluido que los hijos de parejas homosexuales no difieren, de los que viven con progenitores heterosexuales, en ninguna dimensión del desarrollo intelectual o de la personalidad (autoestima, lugar de control, ajuste personal, desarrollo moral, entre otros); tampoco difieren en identidad sexual, identidad de género u orientación sexual, y mantienen relaciones sociales normales con sus compañeros³⁰.

Charlotte Paterson³¹, psicóloga de la Universidad de Virginia, realizó una investigación sobre un total de 37 familias cuyos resultados demostraron que la calidad de los padres, y no su orientación sexual, es determinante en el desarrollo psico-físico de los niños y que no existen diferencias en habilidades y en problemas entre los distintos niños. En un segundo estudio Paterson examinó a 80 familias que habían concebido gracias a las TRHA, de éstas, 50 familias estaban formadas por parejas homosexuales o madres heterosexuales solteras. De los datos y comportamientos de los niños observados resulta imposible determinar cuáles habían nacido en familias homosexuales y cuáles no.

El tercer argumento se ve derribado por los resultados de diferentes estudios científicos que señalan que la homosexualidad no es ninguna enfermedad³²; adicionalmente, investigaciones realizadas durante varios años por la Asociación Americana de Psicología señalan que los niños criados por madres y padres homosexuales no tienen trastornos de personalidad y no se enfrentan, en términos generales, a más dificultades al momento de entrar al colegio y relacionarse con los demás, que aquellos que provienen de familias heterosexuales.

26 Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias C-606 de 14 de diciembre de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN; C-221 de 5 de mayo de 1994, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ; C-350 de agosto de 1994, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, y T-669 de 28 de noviembre de 1996, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

27 CC-ST-532-92.

28 CC-SC-093-01.

29 BREWAEYS et. al. Donor Insemination: Child Development and Family Functioning in Lesbian Mother Families with 4 to 8 Year Old Children, próxima publicación; documento facilitado a IGLHRC por cortesía de la organización belga Tels Quels; cita de M. STEVENSON y K. BLACK, “Parental Absences and Sex Role Development, a Meta-Analysis”, Child Development, 59 (1988) 793-814.

30 GONZÁLEZ, MARÍA DEL MAR. “El desarrollo infantil y adolescente en familias homoparentales”, informe preliminar, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2002, p. 18.

31 Patterson, Charlotte J. Summary of Research Findings, American Psychiatric Association, 1995, p. 8.

32 LAMBER, L. “Gay is Okay with APA Forum Honors Landmark 1973 events American Psychiatric Association”, en Jama, Aug 12; 280 (6), 1998, p. 497.

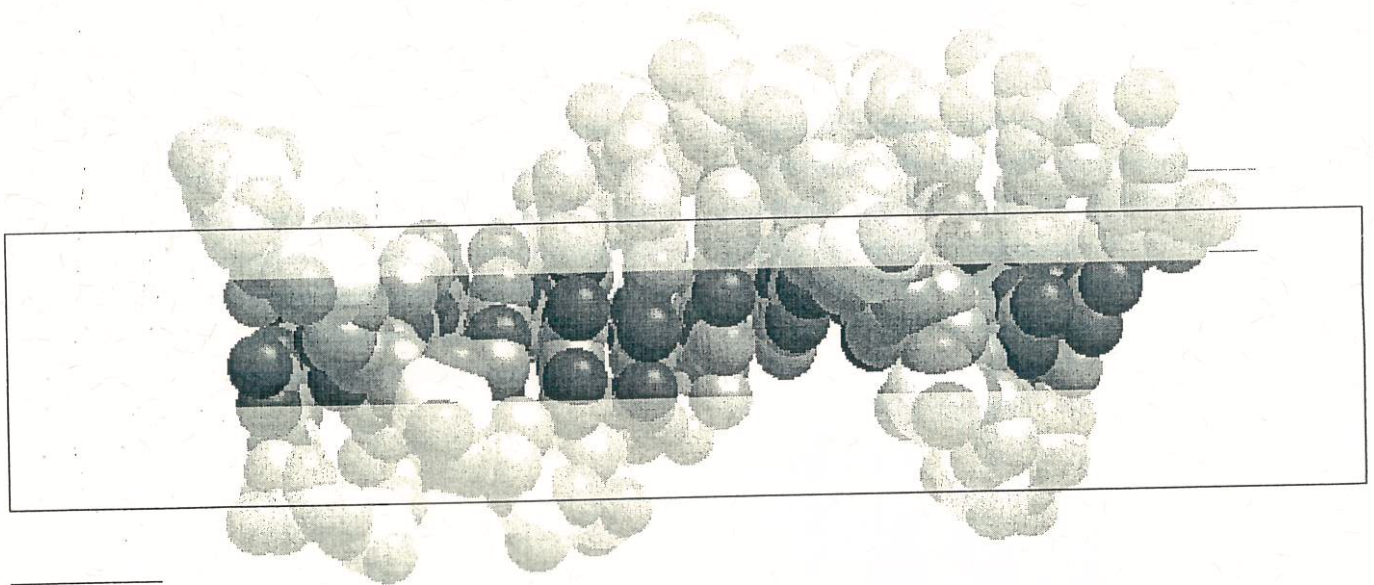
Nuevas formas de familia

La Convención sobre los Derechos del Niño³³ describe a la familia como “el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros”; además reconoce “que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.” Lo anterior permite señalar que la vida familiar que se protege y se promueve es la que apoya el “crecimiento y el bienestar de todos sus miembros”, en armonía con el reconocimiento de la “dignidad y valor de la persona humana”; por tanto, los ideales de acuerdo con los que hay que evaluar si una determinada “vida familiar” resulta apropiada para los niños, no son los de una forma ni los de un conjunto de miembros en particular, sino la capacidad (de esa familia) para brindar “un ambiente de felicidad, amor y comprensión” que permita que los niños sean educados “en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”³⁴. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas también enfatiza en la importancia de flexibilizar el concepto de familia y ha observado que la exigencia de “protección” a la familia implica proteger la pluralidad de formas que de ella existen y no proteger una sola forma, prefiriéndola sobre otras (y enfrentándolas entre sí)³⁵.

Juicio de proporcionalidad

Entre los derechos en estudio no existe conflicto alguno, por el contrario, si se llegan a considerar válidos los contratos de maternidad por sustitución en la gestación, bajo el argumento de que las parejas homosexuales se encuentran psicológicamente impedidas para recurrir a una TRHA tradicional con semen de donante, no sólo se garantiza el desarrollo de su derecho a la reproducción sino que se ratifica el derecho que tienen al libre desarrollo de su personalidad, en atención a que el derecho a la reproducción en el seno de la libertad de fundar una familia constituye una manifestación de la privacidad determinada por el libre desarrollo de la personalidad con un doble contenido de positiva participación en la creación o fundación familiar y de obstáculo a las intromisiones en la intimidad que las libertades de elección que aquella positiva participación implica³⁶.

A esta conclusión se llega no sólo después de analizar los factores limitantes, sino teniendo en cuenta que nuestra Constitución prohíbe establecer diferenciaciones fundadas en³⁷: a. Rasgos permanentes de las personas, de los cuales ellas no puedan prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad, b. Características sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas, y c. Criterios que per se no permiten efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales.



- 33 Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada y abierta a la firma y ratificación mediante Resolución 44/25 de noviembre 20 de 1989. La Convención entró en vigor en septiembre 2 de 1990, de conformidad con el artículo 49 y fue aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de enero 22 de 1991, Diario Oficial, año cxxvii, n.º 39640 de enero 22 de 1991, p. 1.
- 34 MINOT, LESLIE ANN. “Concebir la mater/paternidad: ser madres, ser padres y los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, sus hijas e hijos”, informe de la Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas (IGLHRC), San Francisco, 2000, pp. 92 a 93.
- 35 Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Comentario General 19, HRI/GEN/1 Rev. 2, p. 29, versión oficial en castellano.
- 36 DOMÍNGUEZ, RODRIGO MANUEL. “Los derechos procreativos como expresión del libre desarrollo de la personalidad en el seno de las uniones familiares no matrimoniales”, en Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí, Madrid, Editorial Civitas, 1989, pp. 439 y ss.
- 37 CC- SC-093-01.

En cuanto al juicio de proporcionalidad cabe destacar:

- a. Limitar la celebración de contratos de maternidad por sustitución a mujeres con problemas funcionales puede resultar una medida arbitraria en contra de las parejas de lesbianas que, emocional y psicológicamente, se sienten impedidas para recurrir a las TRHA tradicionales, ya que para ellas el solo hecho de recurrir a una TRHA con semen de donante puede constituir un acto de infidelidad y atropello moral no sólo contra sí mismas sino también contra su pareja, con lo cual estarían colocando en juego su identidad y desconociendo, ellas mismas, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la libertad que toda persona tiene de identificarse con una determinada orientación sexual.
- Ahora bien, en caso de admitirse, el tipo de contrato por realizar sería un contrato de maternidad por sustitución en la gestación, ya que el óvulo que se fertilice debe pertenecer a alguna de las mujeres que hacen parte de la pareja de lesbianas. Como puede apreciarse, esta modalidad de negocio jurídico sólo implicaría una variante del contrato de maternidad por sustitución en la gestación, descrita anteriormente. Sin embargo, lo anterior no puede quedarse en una solución tan elemental, pues exige un estudio detallado de quien sería la madre genética y jurídica, ya que cualquiera de ellas podría serlo, y en caso de admitirse la celebración de estos contratos, se buscaría sería el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, no su vulneración por falta de consideraciones fácticas.
- Cabe destacar que en Estados Unidos ya se falló un caso similar, en el cual la Corte Superior de Los Ángeles reconoció los derechos parentales de una pareja gay involucrada en un acuerdo de sustitución, declarando que los dos hombres tenían iguales derechos sobre el niño, con fundamento en el interés superior del menor; a partir de este precedente el padre no biológico podrá tener derecho como segundo padre y podrá solicitar que su nombre aparezca en el registro de nacimiento del menor³⁸.

- b. Se considera que el trato diferenciado en este caso no es necesario y mucho menos indispensable, pues uno de los factores que tiene en cuenta la maternidad por sustitución es el hecho de que una mujer no pueda llevar a término un embarazo por afectaciones limitantes para su vida, entre otras razones. Ahora bien, respeto de la posibilidad de encontrar una medida menos onerosa podría llegar a considerarse que esas parejas recurran a la adopción de menores; sin embargo, cabe destacar que esta medida no tendría la misma eficacia que tener un hijo al cual una de ellas se encuentre vinculada genéticamente.

- c. Se considera que las parejas de lesbianas podrían hacer efectivo su derecho a la reproducción a través de contratos de maternidad por sustitución en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que ellas constituyen una de las nuevas formas de familia dignas de protección legal, al garantizar, al igual que la familia clásica o tradicional, un ambiente adecuado para la correcta formación de sus hijos; por tanto, estas familias merecen una protección especial, más si se tiene en cuenta que diferentes investigaciones han demostrado que su preocupación fundamental con respecto a sus hijos es que “crezcan y sean felices en un ambiente de cariño, tolerancia y respeto por los demás”.

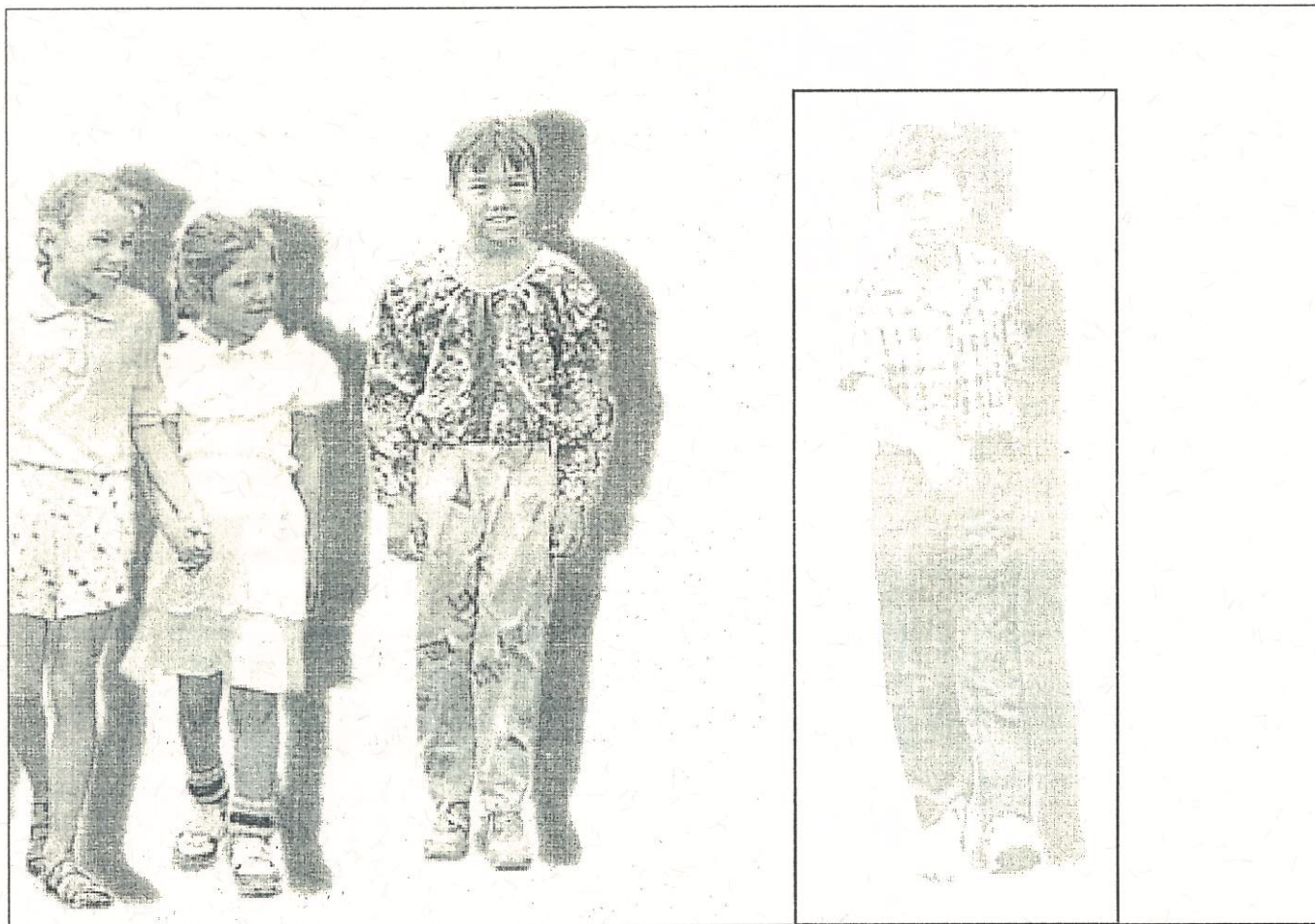
Como puede apreciarse, no existe conflicto entre los derechos analizados; sin embargo, donde sí existe una verdadera colisión de derechos, merecedora de un serio, detallado y argumentado juicio de proporcionalidad, es entre los derechos a la reproducción y al libre desarrollo de la personalidad de las parejas homosexuales y los derechos del niño, principalmente el interés superior de éste de tener una familia compuesta por padre y madre o por lo menos una familia que le asegure no ser discriminado frente a otros niños. Al realizar el juicio de proporcionalidad sobre este conflicto de derechos será importante valorar, para resolver el caso, si es mejor nacer dentro de una familia no tradicional, pero al fin y al cabo familia bajo los conceptos desarrollados en este escrito, o no nacer, como mecanismo para asegurar el interés superior del menor, asumiendo la vida como un daño o perjuicio.

38 Parents Network NewsWrap for the web ending August 22nd, 1998 (as broadcast on this way out program n.º 543, distributed 08/24/98). Compiled & written by Cindy Friedman, with thanks to Brain Nunes, Jason Lin, Graham Underhill, Martin Rice, Rex Wockner, Chris Ambidge, Greg Gordon and Lucia Chapelle.

CONCLUSIÓN

Se debe aceptar actualmente que ser hijo de una pareja homosexual en una sociedad conservadora puede dar lugar a tratos discriminatorios y, por qué no, hasta violentos; sin embargo, conscientes de que vivimos una época de profundos cambios sociales que se expresan en diferentes formas, es nuestro compromiso proteger todas las formas de familia, como mecanismo de garantizar protección a todos sus miembros; una vez se asegure dicha protección será fácil encontrar la respuesta a si la vida de un menor, hijo de una pareja homosexual, es una vida digna de ser vivida o si, por el contrario, debe defenderse el derecho a no nacer para garantizar el interés superior del menor.

Finalmente, resulta necesario señalar que, en definitiva, lo importante de un hogar, realmente, es que sirva para las funciones de acomodo y protección que debe ejercer. Del mismo modo, si algo parece claro es que las familias son el marco imprescindible e idóneo para cubrir las necesidades de protección, afecto o estimulación que tenemos los seres humanos, y particularmente aquellos que aún se encuentran en las primeras etapas del desarrollo. La composición de esta familia es lo que resulta ser menos relevante, puesto que estas funciones imprescindibles pueden ejercerlas con idéntico éxito aparente una constelación bastante variada de modelos familiares, incluyendo el de las parejas homosexuales.



Publicación del CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO

Directora: Emilssen González de Cancino

Amigo lector: Sus opiniones nos serán útiles y gratas. Las esperamos en el Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, oficina A-407,

Universidad Externado de Colombia, calle 12 n.º 1-17 este, o en la dirección de correo electrónico <deromano@uexternado.edu.co>.