

Páginas

[Página principal](#)

[EVENTOS](#)

[LIBROS](#)

Blog Archive

- ▶ 2016 (9)
- ▶ 2015 (9)
- ▶ 2014 (9)
- ▶ 2013 (8)
- ▶ 2012 (12)
- ▶ 2011 (21)
- ▶ 2010 (236)
- ▼ 2009 (1139)
 - ▶ diciembre (4)
 - ▶ noviembre (28)
 - ▶ octubre (63)
 - ▶ septiembre (63)
 - ▶ agosto (436)
 - ▼ julio (545)
 - ▶ jul 31 (41)
 - ▶ jul 30 (14)
 - ▶ jul 29 (25)
 - ▶ jul 28 (5)
 - ▶ jul 26 (2)
 - ▶ jul 25 (2)
 - ▶ jul 24 (41)
 - ▶ jul 23 (4)
 - ▶ jul 22 (7)
 - ▶ jul 21 (2)
 - ▶ jul 20 (9)
 - ▶ jul 19 (7)
 - ▶ jul 18 (28)
 - ▶ jul 17 (23)
 - ▶ jul 16 (17)
 - ▶ jul 15 (35)
 - ▶ jul 14 (38)
 - ▶ jul 13 (29)
 - ▶ jul 12 (71)
 - ▼ jul 11 (93)

["Informe Kissinger" \(completo\)](#)

[Cuerpos congelados](#)

[Warwick, el 'cyborg' británico](#)

Buscar

LA MATERNIDAD DE ALQUILER EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

sábado, 11 de julio de 2009

LA MATERNIDAD DE ALQUILER EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por: **BEATRIZ EUGENIA CAMPILLO VÉLEZ**

INTRODUCCIÓN

La Maternidad de Alquiler (1) , es uno de los fenómenos que aparece con fuerza en el marco de las llamadas Técnicas de Procreación Humana Asistida, y cada día va tomado mas fuerza gracias a los avances tecnológicos, la globalización y el Internet. Lo que ha implicado pasar de las reflexiones y cuestionamientos bioéticos, a la necesidad de normatividades biojurídicas, que ayuden a solucionar los casos que diariamente se presentan y para los cuales el Derecho tradicional no estaba preparado.

El Derecho Internacional Privado, no es ajeno a esta problemática, es mas, está en el centro de ella, debido a que la falta de regulación clara de estos procedimientos ha llevado a que cada vez se generen mas situaciones privadas internacionales, en razón de la misma dinámica de la globalización, que ya mencionábamos, y que en gran parte ha permitido burlar la normatividad jurídica de los países, con un agravante y es que estamos frente a temas de vida humana.

Es de anotar, que las Tecnicas de Procreación Humana Asistida, han planteado soluciones a los casos de infertilidad, sin embargo, "Las dificultades aumentan cuando el que no puede cumplir con su función es el útero. Las dificultades no son de orden científico o medico, sino ético. El préstamo de útero supone una madre portadora, y nuestra sociedad está poco predispuesta a transgredir la regla natural y jurídica por la cual, hasta este momento, la que da a luz es la madre del niño que acaba de nacer." (2)

"¿Qué hacer? Algunos responden: ¡nada! ¿Por qué empeñarse en tratar la esterilidad, sobre todo si los tratamientos propuestos amenazan con trastornar el orden habitual de la filiación? Otros replican que es por una preocupación de equidad social: tanto mejor si la técnica puede conseguir que aquellos a quienes la naturaleza u otras causas han privado de su derecho a la reproducción puedan encontrar nuevamente su pleno ejercicio. En este caso

Nota

Este es un espacio para compartir información, la mayoría de los materiales no son de mi autoría, se sugiere por tanto citar la fuente original. Gracias

Perfil



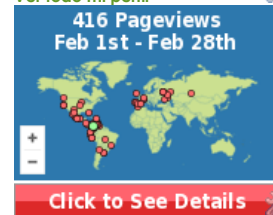
Beatriz Campillo

Medellín, Antioquia, Colombia

Magister en Filosofía y Politóloga de la Universidad Pontificia Bolivariana.

Diplomada en Seguridad y Defensa Nacional convenio entre la Universidad Pontificia Bolivariana y la Escuela Superior de Guerra. Docente Investigadora del Instituto de Humanismo Cristiano de la Universidad Pontificia Bolivariana. Directora del Grupo de Investigación Díké (Doctrina Social de la Iglesia). Miembro del Grupo de Investigación en Ética y Bioética (GIEB). Miembro del Observatorio de Ética, Política y Sociedad de la Universidad Pontificia Bolivariana. Miembro del Centro colombiano de Bioética (CECOLBE). Miembro de Redintercol. Ha sido asesora de campañas políticas, realizadora de programas radiales, así como autora de diversos artículos académicos y de opinión en las áreas de las Ciencias Políticas, la Bioética y el Bioderecho.

[Ver todo mi perfil](#)



[Huntington: el orden y la identidad](#)

[La maternidad ¿concesión del Estado?](#)

[En el vientre materno - 1/11](#)

[En el vientre materno - 2/11](#)

[En el vientre materno - 3/11](#)

[En el vientre materno - 4/11](#)

[En el vientre materno - 5/11](#)

[En el vientre materno - 7/11](#)

[En el vientre materno - 6/11](#)

[En el vientre materno - 8/11](#)

[En el vientre materno - 9/11](#)

[En el vientre materno - 10/11](#)

[En el vientre materno - 11/11](#)

[Emilio Calatavud Pérez - Lección Magistral \(1\)](#)

[Emilio Calatavud Pérez - Lección Magistral \(2\)](#)

[Repliee R-1 Androide](#)

[Jerome Lejeune ¿Cuándo comienza la vida humana?](#)

[Cuento - Maternidad y lenguaje políticamente corre...](#)

[Las enfermedades catastróficas cuestan 1.5 billone...](#)

[Por qué oponerse a las parejas del mismo sexo](#)

[Intervención de la Dra. GLORIA PATRICIA NARANJO an...](#)

[Fútbol Filosófico](#)

[Fundamentos de la Bioética personalista](#)

[«Objetar es negarse a matar niños»](#)

[El estudio de la "Bioética" y la "Biojurídica" un...](#)

[Derecho y caos](#)

[DECÁLOGO DEL ABOGADO](#)

[Biodiritto: gli aspetti giuridici della bioetica](#)

[Ashley, bambina per sempre](#)

[ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL DESARROLLO DEL ...](#)

[Víctima del aborto](#)

[UNICEF FOMENTA EL ABORTO, LA PEDERASTIA Y LA BESTI...](#)

[Proceso D-5807, contra el artículo 122 de la Ley 5...](#)

[Quién financia el aborto en América?](#)

[Organizaciones humanitarias: Fracasa la conferenci...](#)

[No al aborto, sí a la vida](#)

preciso, se utilizan las «unidades de gestación in vivo», es decir, las madres portadoras" (3) . Es así como el discurso del deseo de tener hijos se ha convertido en derecho a ellos, y en este tránsito del deseo al derecho ha supuesto grandes debates y problemáticas biojurídicas.

Ahora bien, lo que pretendemos en este texto es dar algunas ideas y señalar algunos cuestionamientos sobre las Madres de Alquiler frente al Derecho Internacional Privado. Es claro, que las situaciones e implicaciones biojurídicas que pueden darse son múltiples y de gran complejidad, por lo que requerirán estudios mucho más profundos que el que pretendemos desarrollar. En nuestro caso, nos limitaremos a esbozar la problemática general de las llamadas madres de alquiler, para luego hacer la relación con los temas fundamentales del Derecho Internacional Privado, contrastándolo posteriormente con algunos casos reales, para finalmente elaborar conclusiones.

1. LA MATERNIDAD DE ALQUILER

Debido a la novedad del tema se hace imperativo, comenzar con una explicación general de lo que son las madres de alquiler

En palabras de la Dra. Gloria Naranjo, "la maternidad delegada, sustituta o por encargo consiste en el hecho de que una mujer dé a luz y no asuma los efectos jurídicos propios de la maternidad porque estos los ha delegado a otra mujer. La situación puede darse.

- Por implante en el útero, de un óvulo fecundado de otra mujer;
- Por el implante de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de su propio óvulo fecundado mediante inseminación artificial o fecundación in vitro;
- Por fecundación directa y natural." (4)

Según la Dra. María Dolores Vila-Coro "La madre de alquiler supone una disociación de la maternidad: una madre genera el óvulo que, una vez fertilizado en el laboratorio, se implanta en el útero de otra mujer alquilada. Esta última lleva el embarazo a término y da luz a la criatura, entregándola al nacer a la madre causante del óvulo. Al transferir el embrión a una mujer distinta de la que ha generado la célula sexual, se instala al nuevo ser para su desarrollo en un vientre, ajeno al que naturalmente le corresponde." (5) Opina además esta autora, que "No siempre se utiliza el nombre correctamente. Ha saltado a los medios de comunicación la noticia de mujeres a las que se ha transferido un embrión obtenido en el laboratorio con su propio óvulo, fecundado con esperma del marido de una mujer estéril, sin mas aportación femenina que la suya propia. Ella misma concibe, gesta y alumbró al nuevo ser y lo entrega, después del nacimiento, a la mujer que lo ha "encargado": se trata en este caso de una cesión o venta de su propio hijo." (6)

Pero en este punto hay varias visiones, y algunos señalan que simplemente son dos modalidades de madre portadora, así:

"Se suele oponer las madres portadoras «FIV» a las madres portadoras llamadas «clásicas».

La madre portadora «FIV» es la que sólo presta su útero, de modo que el recurso a la PMA es indispensable para la realización de este préstamo. Se trata de una mujer fértil, en cuyo útero se implantan uno o varios embriones obtenidos por FIV, a partir de oocitos y espermatozoides de la pareja

[Ley de Investigación Biomédica: 17 puntos que aten...](#)

[Más de 200 científicos y expertos rechazan el térm...](#)

[La verdad acerca del dolor del feto](#)

[La Santa Sede retira su contribución a la UNICEF](#)

[La barbarie silenciosa](#)

[Evolución ideológica de UNICEF](#)

[Yo hice cinco mil abortos - Dr. Bernard N. Natha...](#)

["En el aborto hay un delito contra la vida"](#)

[EL ABORTO EN LOS MEDIOS* Es un hecho notorio \(a...](#)

[El liberalismo contra el derecho al aborto: una ar...](#)

[El aborto: aspectos políticos](#)

[Diez horas ante un abortuario](#)

[Despenalización del aborto: las clínicas tienen la...](#)

[Denuncia a la UNICEF por financiar campaña aborti...](#)

[DENUNCIAN A FONDO DE POBLACIÓN DE LA ONU POR IMPUL...](#)

[Consecuencias de los abortos por Alejo Fernández...](#)

[Intervención ciudadana](#)

[¿Quién está educando al pueblo?](#)

[INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA LA SENTENCIA C-355/06...](#)

[AMPLIACION Y SUSTENTACION DE LAS CAUSALES QUE JUST...](#)

[Incidente de Nulidad contra la Sentencia C-355/06](#)

[¿Cómo definir la dimensión política del aborto?](#)

[SOBERANÍA Vs. BIOPOLÍTICA](#)

["EL ESTADO COMO DEFENSOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENT...](#)

[INVESTIGAR EN BIODERECHO](#)

[LA MATERNIDAD DE ALQUILER EN EL DERECHO INTERNACIO...](#)

[LOS SUJETOS DEL DERECHO DE ACCIÓN: EL NASCITURUS ...](#)

[COLEGAS acusa a la Marcha del Orgullo Gay de "hace...](#)

[Fraude de ley](#)

[Eutanasia 01](#)

[Eutanasia 02](#)

[Eutanasia 03](#)

[Eutanasia 04](#)

[pan y Circo "vientre de alquiler"](#)

peticionaria.

La madre portadora asegura el embarazo y el parto de esos embriones y entrega a la pareja un niño que genéticamente es de ellos.

La madre portadora «clásica» presta su útero, pero también hace donación de sus oocitos. Es decir, se trata de una mujer fértil que será inseminada con el esperma del marido de la mujer que carece de útero. Si queda embarazada, asegurará el embarazo de un niño que genéticamente es suyo, y después del parto lo entregará a la pareja." (7)

Pero a pesar de lo sencillo que suena, las críticas y cuestionamientos no se hacen esperar y es que "A pesar de todo, ser madre portadora no nos parece de ningún modo una situación envidiable. De entrada, tenemos los meses de inseminación o de intentos del FIV, durante los cuales, a los tratamientos y vigilancia médicos hay que sumar el entredicho que pesa sobre las relaciones sexuales. ¡Que escándalo si se llegase a saber que el niño es del marido de la madre portadora y no del marido de la mujer estéril!

Muchas mujeres viven su embarazo como un periodo de plenitud dichosa. Esto es indudable, pero también puede ser un momento difícil, «momento» que dura nueve meses y que termina en un parto cuyo aspecto gratificante no siempre es evidente.

Las madres portadoras, al ser entrevistadas, cuentan a menudo de la misma manera la etapa siguiente: el niño, visto de forma fugaz, es entregado a una pareja dichosa, pero también con prisas por huir para ocultar su precioso «regalo», bajo el temor de que la parturienta no se arrepienta de su decisión. Por otra parte, algunas denuncian el contrato y se quedan con el niño al que han llevado durante esos largos meses. Las otras se quedan solas, a menudo frustradas por todo el amor que han dado a otros, de quienes esperaban, tal vez, un poco de amistad a cambio.

En cuanto al marido y a los hijos de la madre portadora, ¿cómo creer que aceptan siempre bien este embarazo que les es extraño, dado que la mujer lleva un bebé que un día va a entregar a otros?

Por último, el problema de la remuneración viene a arrojar un poco de sombra sobre esta práctica tan controvertida. Para algunos se trata de una contraprestación indispensable, pero para otros es la marca infame de una forma de esclavitud consentida y remunerada." (8)

Es importante mencionar que, "El préstamo de útero es muy floreciente en Estados Unidos, donde no se trata de un préstamo sino de un alquiler... Uno de los más célebres patrocinadores de esos «centros para padres de sustitución», Noel Keane, inunda a los ginecólogos de Estados Unidos, como también de Francia (9) y de Navarra, con publicidad donde se describen los méritos de este sistema acompañado de fotos y abundantes cartas de padres felicísimos y de madres portadoras muy satisfechas.

Señala muy complacientemente que «sus madres portadoras» ya están ayudando a la formación de familias para parejas que viven en Italia, Inglaterra, Francia, Dinamarca, Australia, Israel, Japón, Canadá, Nueva Guinea, Hong Kong, Argentina, Venezuela, Singapur, Guatemala, Nigeria, Taiwán..." (10)

ALGUNAS PRECISIONES JURÍDICAS DE LA MATERNIDAD DE ALQUILER

- Uno de los principales asuntos que se debaten es el contrato, cómo debe entenderse un contrato de maternidad de alquiler, es lícito o no, y qué pasa cuando en un país es aceptado pero en otro no, y aunque fue celebrado en

[Madres de alquiler](#)
[El Proyecto Genoma Humano](#)
[Vaginal Childbirth \(Birth\) 3D](#)
[Video Animation](#)
[El aborto hoy 01](#)
[El aborto hoy 02](#)
[El aborto hoy 03](#)
[Qué es la clonación 01](#)
[Qué es la clonación 02](#)
[Células Madre Parte 1](#)
[Células Madre Parte 2](#)
[Células Madre Parte 3](#)
[Células Madre Parte 4](#)
[¿Qué es la procreación o fecundación artificial? 0...](#)
[¿Qué es la procreación o fecundación artificial? 0...](#)
[¿Qué es la procreación o fecundación artificial? 0...](#)
[Bioética en la Encrucijada I](#)
[Bioética en la Encrucijada II](#)
[Bioética en la Encrucijada III](#)
[Bioética en la Encrucijada IV](#)
[Bioética en la Encrucijada V](#)
 ▶ jul 10 (43)
 ▶ jul 04 (9)



Labels

* [CECOLBE](#) (84)
 * [DE MI AUTORÍA...](#) (54)
 * [EVENTOS](#) (7)
[ABORTO](#) (272)
[ADN](#) (34)
[ADOPCIÓN](#) (3)
[ANDROIDES - HUMANOIDES Y CYBORG'S](#) (16)
[ANTICONCEPTIVOS Y ESTERILIZACIÓN](#) (14)
[BIOARTE](#) (8)
[BIOBANCOS](#) (11)
[BIODERECHO](#) (42)
[BIOÉTICA](#) (108)
[BIOMEDICINA](#) (18)
[BIOPODER](#) (66)
[BIOPOLÍTICA](#) (36)
[BIOTECNOLOGÍA](#) (6)
[CÉLULAS MADRE](#) (33)
[CHIP'S](#) (23)
[CLONACIÓN](#) (25)
[COLOMBIA](#) (7)
[CONSENTIMIENTO INFORMADO](#) (3)
[CONTROL DE NATALIDAD](#) (8)
[CONTROL POBLACIONAL](#) (9)

el que lo permite, se pretende que tenga efectos en el que no, cómo actuar teniendo en cuenta que hay una vida humana indefensa en medio de todo el conflicto.

Según la Profesora Gloria Naranjo "El contrato de Maternidad Delegada. Es un contrato de derecho civil mediante el cual una mujer previamente seleccionada se compromete a cambio de una contraprestación normalmente dineraria, o por un sentimiento altruista, a dejar que se le implante un óvulo fecundado de otra mujer o, un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio fecundado mediante inseminación con el espermato de un hombre diverso de su marido o compañero permanente (si los tiene) con la obligación de entregar la criatura después de su nacimiento a la(s) otra(s) partes(s) contratante(s)." y señala la autora que tiene como características: la bilateralidad o unilateralidad, se dice que los efectos serán bilaterales cuando hay remuneración y unilateral cuando esta no existe, ya que surgen obligaciones solo para una de las partes; Consensual o Solemne, en algunos países no basta con el simple acuerdo entre las partes, sino que debe celebrarse un contrato escrito que establezca derechos y deberes de las partes, esto para efectos probatorios; Oneroso o gratuito, será oneroso aleatorio, en cuanto las dos partes se benefician, pero las prestaciones no son equivalentes por tiene riesgo de pérdidas o ganancia, mientras que si no hay remuneración será gratuito; Es principal pues no necesita otro acto jurídico; Innominado, cuando el código civil no define este tipo de contratos; de tracto sucesivo, pues las prestaciones se cumplen en el tiempo (nueve meses de embarazo); y es de libre discusión, debido a que ambas partes están en igualdad para definir cláusulas del contrato.

Y señala como requisitos: la capacidad, el consentimiento, el objeto (que sería el bebé, o según otros el óvulo), causa, forma. En cuanto a la validez, licitud y eficacia, dice que el fenómeno de las madres delegadas se necesita la intervención legislativa.

De esto último depende que el contrato se considere lícito o ilícito. (11)

- "En el contrato de maternidad delegada las partes son la pareja recurrente, aunque también puede ser parte un hombre o una mujer solteros o divorciados, y la mujer que va a ser madre subrogada." (12)

- "Ante la maternidad delegada debe hablarse de una nueva clase de parentesco que ha de ser denominado parentesco genético; así, los hijos concebidos con gametos aportados por la pareja recurrente serán tenidos como hijos genéticos de estos, primando el parentesco genético sobre cualquier otro.

Cuando los gametos aportados por la pareja recurrente no sean genéticamente suyos, sino que hayan sido adquiridos en bancos de semen y/o de óvulos, los hijos concebidos con estos serán tenidos como hijos adoptivos de la pareja recurrente, primando en este caso el parentesco civil sobre cualquier otro. Para este caso tendríamos que establecer la adopción prenatal (...). Igual solución se daría en el evento de ser el óvulo aportado por la madre delegada con el fin de evitar futuros conflictos entre esta y la pareja recurrente." (13)

- Frente al incumplimiento del contrato: por parte de la madre delegada, es frecuente que ella no quiera entregar al niño, debido al lazo afectivo creado entre ellos en todo el proceso del embarazo. Otros eventos puede ser el aborto, que incluso es posible que sea exigido por la pareja recurrente, caso en el cual se ha dicho que se debe indemnizar a la madre subrogada. Por

[CRIOGENIA](#) (10)
[CUIDADOS PALIATIVOS](#) (15)
[DEBATES JURÍDICOS](#) (1)
[DISTANASIA](#) (1)
[ECOLATRÍA](#) (5)
[EDUCACIÓN](#) (7)
[ELECCIONES 2010](#) (9)
[ENFERMEDADES DE TRANSMISIÓN SEXUAL](#) (8)
[EUTANASIA](#) (58)
[EXPERIMENTACIÓN](#) (18)
[FAMILIA](#) (18)
[FEMINISMO](#) (2)
[FILOSOFÍA](#) (10)
[GÉNERO](#) (27)
[GENÉTICA](#) (66)
[GEOPOLÍTICA](#) (2)
[HÍBRIDOS](#) (4)
[HISTORIA](#) (2)
[IMÁGENES Y CARICATURAS](#) (26)
[LENGUAJE POLÍTICAMENTE CORRECTO](#) (17)
[LGTB](#) (14)
[MADRES DE ALQUILER](#) (17)
[MEDICINA](#) (53)
[MEDIOS DE COMUNICACIÓN](#) (3)
[MUNDO VIRTUAL](#) (8)
[NANOTECNOLOGÍA](#) (3)
[NASCITURUS](#) (33)
[OBJECCIÓN DE CONCIENCIA](#) (17)
[ORTOTANASIA](#) (3)
[POLÍTICA](#) (101)
[PROCREACIÓN HUMANA ASISTIDA](#) (72)
[PROYECTO GENOMA HUMANO](#) (5)
[ROBÓTICA](#) (14)
[SEGURIDAD Y ESTUDIOS MILITARES](#) (3)
[TECNOLOGÍA SATELITAL](#) (1)
[TESTAMENTO VITAL](#) (1)
[TRANSGÉNICOS](#) (18)
[TRANSHUMANISMO](#) (3)
[TRASPLANTES](#) (2)
[VIDA HUMANA](#) (36)
[VIDEOS](#) (160)

parte de la pareja recurrente, puede darse por el no pago de los gastos médicos y/o de la remuneración que se acordó con la madre sustituta, o cuando no quiere recibir a la criatura. Por parte del Centro de Fertilización, cuando no se emplean las técnicas de procreación artificial dirigidas a conseguir la fecundación de la madre subrogada.

- Todo este panorama, puede generar problemas o conflictos frente a la nacionalidad, la filiación, sucesiones, etc.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA MATERNIDAD DE ALQUILER

La complejidad jurídica del tema de las madres de alquiler, se aumenta considerablemente cuando se pasa al ámbito internacional, donde la multiplicidad de normatividades jurídicas o la inexistencia de las mismas, crean gran incertidumbre e inseguridad jurídica. Debemos recordar que fuera de la complejidad intrínseca al Derecho Internacional Privado, aquí nos encontramos frente a temas de vida humana, que supone mayor dificultad, especialmente cuando se pretende aplicar derecho extranjero o hacer valer una sentencia en otro país, dado que se trata de Valores, Principios y Derechos Fundamentales. No hay que perder de vista que generalmente estos temas biojurídicos tampoco gozan de un consenso en la legislación de la mayoría de los países, situación que suele ser aprovechada en muchos casos, ya que lo que en unos se prohíbe, en otros se permite o en otros ni siquiera se ha planteado, y recordemos que el Derecho Internacional Privado, es predominantemente interno, debido a que regula las relaciones privadas internacionales no de manera directa sino indirecta mediante las remisión a los ordenamientos estatales.

Ahora bien, frente a los fundamentos del Derecho Internacional Privado (cortesía internacional, reciprocidad, armonía de las leyes, protección a derechos adquiridos, justicia), podemos manifestar que desde la política se deben procurar buenas relaciones internacionales, viéndolo tanto sistema (donde lo que hace unos países afecta a otros), como sociedad (donde se pretende compartir algunos valores). Sin embargo, es de recordar que la defensa de la vida humana y la protección a la misma, en todas sus manifestaciones no es una norma "ius cogens", esto remitiéndonos al Derecho Internacional Público, lo que ha llevado a que tampoco en esa materia se tenga consenso frente a las relaciones privadas internacionales, pues impera la anarquía internacional. No obstante, lo hasta aquí afirmado, en política es notorio que unos países tienen mayor poder que otros y esto se ve reflejado en lo jurídico, cuando se siguen lineamientos por ellos trazados. Es en este ámbito podemos encajar el tema de la maternidad de alquiler, la cual se ha venido legitimando en razón de los derechos sexuales y reproductivos, viéndose algunos países bajo la presión mediática y política de cambiar sus tradiciones y normatividades jurídicas, con miras a no ser tachados de violadores de Derechos Humanos, aunque al hacerlo estén incurriendo justamente en estas conductas.

Nuevamente Globalización y Soberanía generan choques, pues armonizar en algunas materias resulta casi un imposible y mas cuando los temas implican la relación de Vida Humana, con los avances de Ciencia y Tecnología. En efecto, para el caso de las madres de Alquiler las fuentes del Derecho Internacional Privado son principalmente internas (ley, jurisprudencia, doctrina y principios generales), no hay fuentes convencionales que desarrollen

[ACI Prensa](#)

[Arbil](#)

[Centro de Documentación de Bioética](#)
[- Universidad de Navarra](#)

fuertemente la materia, ni instituciones supranacionales o transnacionales que lleguen a consensos realmente aplicables. Estos son debates que aun están por darse, pero a los cuales los hechos no esperan.

Aquí tocaremos algunos conceptos básicos del Derecho Internacional Privado, teniendo en cuenta que la teoría contemporánea de este derecho analiza la competencia judicial internacional, el derecho aplicable y el reconocimiento de decisiones extranjeras. Pretendemos a su vez establecer su relación con el fenómeno de las madres de alquiler, aclarando de entrada que es un derecho que todavía esta por construirse y que las soluciones que se han dado a los casos provienen de un Derecho Tradicional que deja por fuera elementos de gran importancia en los litigios. Es probable que sea necesario elaborar un Bioderecho Internacional Privado, pero somos conscientes que hasta el momento la construcción biojurídica es todavía escasa.

A. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

¿Quién es el juez competente?, esta es la pregunta que se intenta resolver en un primer momento, a falta de jueces internacionales la competencia recae en los nacionales. Pero hay que tener presente que para el caso, son normas biojurídicas que están por construirse.

La norma de competencia judicial internacional tiene:

- Un supuesto de hecho, donde se define la materia, que en nuestro caso puede variar, generalmente el conflicto como veremos en los casos citados es por filiación, sucesiones o contrato.
- Un factor de conexión, que puede ser personal, territorial, contractual, o según criterios flexibles. (Para la maternidad de alquiler se tendrá que analizar cual es el aspecto a resolver, porque todos los factores tienen relación con el fenómeno)
- Una consecuencia Jurídica, que dará como resultado quién es el juez competente.

Hay que aclarar que aunque hablamos del fenómeno de madres de Alquiler, en sentido genérico, la competencia varía según aquello que se vaya a procesar. Es probable que por no tener claridad o no existir normas que determinen la competencia judicial en estos casos, se tome lo propuesto para otras figuras, por ejemplo: la adopción.

Frente al conflicto de jurisdicción, será positivo cuando 2 o mas jueces resulten competentes y se sugiere escoger aquel foro donde se puedan ejercer la coacción de las personas y las cosas. O también puede ser negativo, cuando ningún juez resulta competente, en este caso se acude al DIH para que se permita la competencia del juez donde se puede hacer la coacción.

Sobre la litispendencia, hay que tener presente que en DIP pueden darse dos o mas litigios que versen sobre las mismas cosas, entre las mismas partes y con la misma causa, de manera simultanea. Por tanto las sentencias contradictorias pueden darse, se decidirá mediante el exequátur y por tanto se aplica el principio de quien es primero en el tiempo, es primero en el derecho.

Surge la inquietud de que sucede si se dan sentencias contradictorias y en cada litigio gana la parte que le interesa hacer valer la sentencia en el otro

país, pero al momento del exequátur ninguna de las dos pasa. Se ha dicho que ante este caso, también se acude a Derechos Humanos con el fin de dar solución al conflicto.

Ahora bien, el fenómeno del "forum shopping", es decir, donde las partes buscan el juez que mas favorece sus intereses, es muy común en el tema de maternidad de alquiler, debido a la misma falta de regulación. Este forum Shopping en el DIP tiene varias formas de ser combatido, sin embargo es difícil de aplicar en el caso que tratamos, veamos: Se ha propuesto como solución la prorrogatio fori o sumisión a una jurisdicción, esta decisión se expresa en el contrato, sin embargo los contratos de maternidad subrogada en algunos países son nulos, por lo que a nivel internacional generan grandes inconvenientes. En principio se ha dicho que la sumisión a la jurisdicción se puede pactar, pero también es cierto que el país donde se va a llevar el caso puede no aceptar dicha cláusula.

Otra forma de combatir el Forum Shopping es el Forum non conveniens, pero aquí es necesario que el juez demuestre abiertamente que el foro es inconveniente para las partes.

Recordemos que se da una aceptación tácita del foro una vez la parte contesta la demanda.

Frente a los límites por Derecho Internacional Público a la competencia judicial internacional, diremos que frente a la maternidad de alquiler no aplicaría la inmunidad de jurisdicción (diplomáticos, jefes de estado y gobierno, etc.), debido a que una demanda en esta materia, es a todas luces referente a actividades ajenas a su función.

B. DERECHO APLICABLE: NORMA DE CONFLICTO Y NORMAS MATERIALES

Una vez determinado el juez competente se pasa a determinar el Derecho Aplicable, este derecho puede ser el del foro o derecho extranjero. En caso de aplicar Derecho Extranjero, el juez del foro debe aplicarlo simulando la forma como fallaría el juez extranjero.

Frente a la maternidad subrogada, cobra mayor importancia, en la discusión, la idea de que negarse a aplicar Derecho Extranjero es excluirse de la comunidad internacional. Esto respecto al actual discurso que se maneja frente a Derechos Sexuales y Reproductivos, cuestión a la que aludimos con anterioridad.

En el caso de la maternidad subrogada se debe privilegiar la técnica de reglamentación indirecta (Derecho Interno), que es realmente el Derecho Internacional Privado y es que ante una situación privada internacional se construye una norma indirecta que dice cual es el sistema jurídico que va a resolver de fondo el caso. Puesto que hasta el momento no existe un derecho que solucione de fondo los casos, a la manera del Derecho Privado Internacional.

Se debe construir entonces una norma de conflicto, es decir una norma de DIP que determine cual de los ordenamientos de los Estados vinculados con el supuesto, es idóneo para regular la situación privada internacional. Esta elección es independiente al derecho material. Dicha norma de conflicto contendrá un supuesto de hecho (figura jurídica, materia o situación), un

factor de conexión (personal, territorial, contractual o flexible) y una consecuencia jurídica (derecho aplicable).

Para el caso de la maternidad subrogada, la norma de conflicto debe cumplir las características de: imperativa, general, debe contener criterios flexibles para abarcar situaciones donde lo espacial o temporal no este muy claro, hace una localización del conflicto, y aunque en principio debería ser neutral, por tratarse de vida humana y de un sujeto en estado de indefensión (nasciturus o neonato) debe ser una norma materialmente orientada.

Lo anterior aplicará sólo para países que permitan la maternidad subrogada, puesto que no viola su Orden Público Internacional. Esta claridad hay que hacerla, porque "La neutralidad de la norma de conflicto implica un riesgo evidente: recurrir a un ordenamiento extranjero que no tenga en cuenta las normas jurídicas que fundamentan el orden de valores superiores o fundamentales del foro. El concepto de normas materiales imperativas responde a la necesidad de orientar materialmente la cuestión del Derecho aplicable en orden al respeto de tales valores o intereses públicos primordiales. Efecto de estas normas: la elusión de la norma de conflicto" (14) . Por tanto no sería lógico que un país que considere que la maternidad subrogada viola su orden público internacional, consagre normas de conflicto que permitan violarlo.

La maternidad de alquiler, por hacer referencia a vida humana, derechos fundamentales, valores y principios, la ubicaremos la discusión en el ámbito de las normas materiales imperativas absolutas, también conocidas como de orden público internacional. Debate que abordaremos mas adelante, por ahora solo mencionar que este tipo de normas por contener valores fundamentales del Estado, y ser una muestra de soberanía, impiden que se aplique derecho extranjero.

C. CALIFICACIÓN

La calificación, consiste en identificar la categoría jurídica del supuesto de hecho de la norma de la norma de conflicto.

En la maternidad de alquiler en sentido estricto no se hace exactamente una calificación, en tanto mas que una institución es un procedimiento de propio de las Técnicas de Procreación Humana Asistida, que si es aceptada pues se entenderá igual, salvo algunas variaciones que puedan existir respecto a derechos y obligaciones de las partes contratantes. Y si es prohibida, pues no se buscará asimilarla a otra conducta. No obstante, por tratarse de una practica que involucra y tiene como centro, el nacimiento de una vida humana, los jueces hacen énfasis en este aspecto y no en el contrato, por tanto la calificación se hace, en un sentido amplio, toda vez que se buscan figuras parecidas que permitan garantizar el bienestar del menor, obviando la mayoría de las veces la forma en la cual se dio a luz, es decir la maternidad subrogada.

Por esto veremos que ante casos de maternidad de alquiler, el litigio se soluciona como un litigio de custodia, o como una adopción, generalmente. Esto porque el Derecho no puede impedir que los hechos sucedan, pero ante su aparición tiene que entrar a regular y a solucionar el conflicto. Lo cuestionable y que será una labor a desarrollar, es plantear respuestas jurídicas que sin dejar de lado al menor, se pronuncien fuertemente sobre el contrato

de alquiler de vientres, puesto que de lo contrario, cada bebé subrogado será una excusa para legitimar una práctica prohibida y por tanto burlar el Derecho.

Frente a la maternidad de alquiler como adopción, se ha dicho que, "Esta institución es la mas cercana a la maternidad subrogada y se ha llegado a decir que esta es una "adopción prenatal", ya que el nasciturus puede no tener ninguna característica genética de los padres adoptivos si la pareja recurrente no es dueña de los gametos porque los han adquirido en bancos de semen y óvulos, o cuando solo uno de os gametos es de la pareja recurrente." (15)

D. CONFLICTO MOVIL

Surge porque el factor de conexión (16) no está totalmente delimitado en tiempo y espacio. Es difícil determinar un derecho aplicable porque las cosas estas en movimiento.

Para el caso de la maternidad de alquiler, tenemos varios eventos, pero a manera de ilustración señalemos uno de ellos:

Que no es claro el lugar de cumplimiento del contrato, pues si viaja a otro país, debemos determinar si la obligación de la madre delegada es de medio o de resultado. Es de medio si se entiende por cumplido el contrato con someterse al proceso de procreación artificial, independiente de si queda fecundada o no. Pero si decimos que su obligación es de resultado, esto contemplara tanto el embarazo, como el dar a luz y entregar el niño a la pareja recurrente. (17) Lo que llevara a preguntarse que pasa si el embarazo no llega a feliz termino (Ej: por aborto) o que pasa si llegando a feliz termino la criatura sufre de alguna enfermedad o malformación?, a esto habría que sumarle los cuestionamientos que surgen sobre el origen de la vida, pues aunque científicamente se ha dicho que es desde la concepción, no todos los países acogen el mismo criterio.

Es difícil determinar cual será el derecho aplicable ya que las cosas se están moviendo. Esta situación se puede solucionar vía interpretación, se acoge un criterio flexible, donde el juez resuelve según la que tenga la conexión más razonable con el conflicto.

E. FRAUDE A LA LEY

El fraude de ley, es una institución defensiva y se configura cuando hay una alteración premeditada del punto de conexión, con el fin de alterar fraudulentamente la ley aplicable. Lo cual tiene como resultado que se rechace la aplicación del derecho extranjero señalado fraudulentamente. En términos sencillos, "es simular un factor de conexión para acogerse a una legislación que permite hacer lo que otra prohíbe" (18) . El fraude a la ley es diferente la excepción de Orden Público Internacional.

Un asunto importante es que se dice que en materia de contratación no aplica el fraude a la ley, debido a la autonomía de la voluntad, sin embargo en el caso del contrato de maternidad de alquiler, si hay que considerarlo pues se acude a su celebración en un país que lo permita, pero con miras de hacer valer dicho resultado posteriormente en el país que lo prohíbe.

"Un acuerdo suscrito entre la madre sustituta y la pareja recurrente no puede considerarse como un contrato lícito, ya que va en contra del derecho, al afectar la integridad de la persona humana. Tener un hijo es lícito, pero tenerlo por dinero es ilícito. Luego, el contrato de maternidad delegada tiene causa ilícita y adolece de nulidad absoluta, insubsanable, así que, a la luz de nuestra legislación, no es válido y esto trae como consecuencia el que en caso de no cumplirse las prestaciones a las cuales se obligaron las partes al celebrar el contrato de maternidad delegada puede exhibirse este como prueba de lo estipulado para pedir el cumplimiento del mismo, siendo, ineficaz dicho contrato." (19)

En síntesis, el Fraude a la ley es uno de los temas de mayor importancia para el caso de la maternidad subrogada, ya que en la mayoría de los casos es visible tanto su parte objetiva (el acogimiento a un determinado factor de conexión) y la parte subjetiva (la intención fraudulenta), situaciones que se intuye a partir de los criterios de Werner Goldshmidt

- Hay una expansión espacial de las conductas: se ven implicados ámbitos espaciales que en principio no tienen razón de existir
- Hay una contracción temporal: las partes actúan rápidamente

"Pasos que se siguen: Elegir la madre a través del catálogo, viajar al país americano y formalizar el contrato, desembolsar hasta 90.000 euros, volver nuevamente a España esperando la proximidad del fin de la gestación, volar nuevamente a Estados Unidos para recoger al bebé y finalmente recoger una certificación de paternidad de la pareja española que ha sido otorgada por los médicos del hospital norteamericano. Finalmente, registrar al bebé en el consulado español." (20)

La Dra Naranjo expresa: "es evidente que aquí se esta realizando una adopción prenatal (de hecho, no de derecho) tanto, por parte de quien se hizo transferir un embrión para gestarlo en su vientre y asumir las consecuencias legales de una maternidad buscada y "pagada", teniendo en cuenta que el material genético es completamente distinto al de quien lo gesta, como por parte de la mujer a quien le transfieren un embrión para gestarlo en su vientre y luego entregarlo a otro(s) que pagaron o no por dicho procedimiento (madre de alquiler). Esto no es mas que una real burla y fraude a la ley por parte de quienes reciben cuantiosas sumas de dinero a cambio de satisfacer el deseo de ser padres, máxime si se tiene en cuenta que los padres que opten por someterse a estas técnicas no deben realizar los tramites oficiales de adopción, ya que solo será necesario firmar un documento de consentimiento informado, que reposará en los archivos del centro de procreación asistida y que deberá firmar los dos cónyuges en caso de estar casados, los dos compañeros permanentes en caso de tener conformada unión marital de hecho, o quien haya solicitado el servicio, esté solo y quiera tener un hijo sin padre o sin madre legal y tampoco tiene que ser heterosexual, basta con que sean mayores de edad con plena salud mental y física." (21)

F. EL FRACCIONAMIENTO Y LA CUESTIÓN PREVIA

El fraccionamiento es un problema de técnica legislativa, donde divide la situación jurídica en varios segmentos que se regulan diferente, cada parte según la legislación que le corresponda. Pero hay que tener en cuenta que el juez solo tendrá en cuenta el Derecho extranjero desde que se pruebe.

La cuestión previa, es la cuestión autónoma que en un litigio debe resolverse antes de entrar en el problema de fondo regulado en la norma de conflicto. Cada cuestión se regulará con su propio derecho con base a la su norma de conflicto.

En el caso de la maternidad de alquiler, sería conveniente que el contrato se asumiera como una cuestión previa, pues en los casos presentados generalmente, por estar en juego la protección del menor, se evita tratar el problema original. Además habrá que separar la nulidad del contrato, de su incumplimiento, pues el hecho de que sea nulo no implica que no se hayan generado efectos de ese incumplimiento.

G. IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

- Imposibilidad legal: Orden Público Internacional

"El orden público puede ser definido, en sentido amplio, como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado." (22)

Orden público Internacional o normas materialmente imperativas, son aquellas referentes a valores, principios y Derechos Fundamentales, están principalmente contenidas en la Constitución, pero no exclusivamente en ella. Estas normas excluyen por completo la aplicación del Derecho Extranjero, e incluso se hace totalmente innecesario evaluar el fraude a la ley. En el caso de la maternidad de alquiler, se ve vulnerada: la vida, la dignidad, la libertad, etc.

"En Argentina, la maternidad subrogada o "locación de vientres" como la denomina Luís O. Adorno, es rechazada. Adorno y el jurista Llambías, opinan que tales prácticas podrían conducir a una sociedad indeseable, puesto que el egoísmo latente en todo ser humano puede aflorar en las mujeres que por la potencia de sus medios económicos, deciden evitarse las cargas de la maternidad, desplazándolas sobre las "nuevas esclavas" (como las denomina Llambías), que portan en su seno hijos ajenos a cambio de la superación de su indigencia." (23)

"En cualquier caso, no por la ausencia del elemento remuneración va a ser ilícita la "fabricación" de niños para otros ya que existen serias dudas sobre si cualquiera que sea el tipo de acuerdo va realmente en interés del niño cuyo nacimiento se planea." (24)

"Según Monte Penadés "hay fuertes razones para pensar que tal contrato es nulo, porque la materia contractual está fuera del ámbito de la autonomía privada". Es nulo porque va contra la moral y el orden público al infringir los principios familiares aplicables a las relaciones personales; el objeto de este contrato es la persona y atenta a su dignidad" (25)

H. EXQUATUR

Es el reconocimiento de sentencias extranjeras, donde además de tener unas formalidades para su aceptación, se revisa nuevamente que la sentencia extranjera no viole el Orden Público Internacional del país donde pretende ser reconocida.

3. ALGUNOS CASOS REALES

A continuación presentamos algunos casos donde se presentaban una situación privada internacional y que por tanto le interesa al Derecho Internacional Privado. También hay algunos nacionales, pero que dan la perspectiva a lo que podría darse a nivel internacional.

- “Dos óvulos humanos fecundados que fueron congelados al quedar “huérfanos” cuando sus padres murieron en un accidente de aviación – en abril de 1983- desataron un debate jurídico, filosófico y científico. Se presentó entonces, el problema de decidir si los embriones debían ser destruidos o implantados en el útero de una madre subrogada, con el fin de entregar los cuantiosos bienes de la pareja (más de 5 millones de dólares) a los posibles hijos que nacieran por este método. John White, ministro de salud en Victoria, Australia, dictaminó que los niños que nacieran como producto de implantación de embriones no se podrían considerar vinculados familiarmente a los demás supervivientes de los padres fallecidos y por tanto, carecerán de derechos a la herencia de los chilenos Mario y Elsa de Ríos. En el futuro, dijo White, cada caso similar tendrá que considerarse por separado, ya que las leyes varían según cada sistema.” (26)

- “En marzo de 1987, el juez Harvey Sorkow, del condado de Bergen (New Jersey), dictó sentencia sobre el caso de “Baby M”, la niña que nació de una madre de alquiler contratada por un matrimonio sin hijos que quería descendencia. William y Elizabeth Stern habían recurrido, a través de una agencia, a los servicios de Mary Beth Whitehead, para que les gestara un hijo concebido por inseminación artificial con el esperma de William. La madre sustituta se comprometió a entregar la criatura, una vez nacida, a los Stern, que le darían entonces el precio convenido: 10.000 dólares. Pero, después de dar a luz una niña y ponerla en manos del matrimonio contratante, Mary se llevó de nuevo a su hija y devolvió el dinero recibido. Los Stern la denunciaron a los tribunales por incumplimiento del contrato, y comenzó así una larga batalla jurídica entre los padres legales y la madre biológica.

Al final, el juez dio la razón a los Stern, considerando que serían para “Baby M” mejores padres que Mary Whitehead y su marido. La madre de alquiler era una mujer de 29 años, casada con un empleado de los servicios de limpieza del Ayuntamiento, ambos tenían otros dos hijos en edad escolar. Los Stern pasaban de los 4, tenían sendos grados académicos de doctor – él bioquímica, y ella, pediatra- y disfrutaban de una situación económica confortable. Basándose en estos datos, el magistrado considerando que “con los ingresos y la educación médica de la señora Stern y los conocimientos científicos de su marido, la salud de la niña no corre peligro”. Por lo que concedió la custodia al matrimonio contratante

(...) En definitiva, el juez trató el caso como un litigio sobre la custodia de la niña, sin entrar en el fondo del asunto: la licitud o ilicitud misma de los contratos de alquiler de útero. En ningún momento cuestionó las consecuencias de permitir que una mujer gesticte, a cambio de dinero, un hijo para una pareja estéril. Pero es que ni siquiera este era el caso de los Stern. Elizabeth podría haber concebido ella misma a Baby M, sólo que un principio de esclerosis que se le había diagnosticado tal vez le habría ocasionado, a su edad, algunos problemas adicionales durante el embarazo. Los Stern podrían haber tenido hijos propios mucho antes, pero decidieron no tenerlos hasta que ella se hubiese establecido profesionalmente. A pesar de ello, el juez creía que Elizabeth y su marido cuidarían mejor de una niña que no habían querido tener hasta que les ha venido bien. T, en definitiva, no se puede negar que

Mary había aceptado el contrato para dar una satisfacción a un matrimonio que quería descendencia... y por el no tan altruista motivo de obtener 10.000 dólares." (27)

- "En enero de 1987, la Revista "Hoy por Hoy" publicó una entrevista realizada a una mujer colombiana de 33 años que tenía avanzados los trámites para convertirse en madre subrogada de un bebé que entregaría posteriormente a una pareja que residía en Venezuela" (28)

- "Una ciudadana colombiana que hace unos años aceptó ser la "madre portadora" de un bebé de su hermana y su cuñado, de nacionalidad Suiza, podrá permanecer en ese país, según una sentencia emitida por el Tribunal Federal, la más alta instancia judicial". La sentencia dio la razón a la mujer en virtud del reagrupamiento familiar. "La mujer había llegado a Suiza en 2005 con una hija de pocos meses, para vivir en la casa de su hermana y su esposo, originario de la ciudad de Lucerna y que era el padre biológico de la criatura, reconocido oficialmente." "El tribunal destaca que "unidos estrechamente por el nacimiento de la niña" los tres adultos formaron en los últimos años una verdadera familia, hasta la muerte del marido, en 2007, a los 71 años de edad." (29)

- Bajo el titular "Huérfana con cinco padres" se presenta en 1997, "En 1994, el matrimonio de la localidad de Costa Mesa (Estados Unidos) formado por John y Luanne Buzzanca (ambos tienen ahora 43 años) pidió a una madre de alquiler que les engendrara un bebé, pero con el esperma y los óvulos de un señor y una señora anónimos que previamente los habían donado a una clínica. De modo que en el nacimiento de Jaycee Louise Buzzanca, en marzo de 1995, había cinco implicados: dos por la parte contratante, otros dos por la parte donante, y el quinto, el vientre de una mujer llamada Pamela Snell donde empezaron a desarrollarse los acontecimientos.", relata el artículo que "Los problemas para la pequeña Jaycee comenzaron literalmente un mes antes de nacer, cuando John Buzzanca se arrepintió de la operación a tres bandas y decidió divorciarse de su esposa.", él le siguió ayudando económicamente a la madre legal, sin embargo al acudir a un juez este le quitó dicha responsabilidad y de paso dejó legalmente huérfana a la niña, pues no existe ninguna filiación entre esta y la madre legal. Por su parte la madre biológica empezó al enterarse del divorcio empezó el proceso para recuperar la niña. De los padres donantes no se tiene ningún reporte, pues desde el comienzo son anónimos. (30)

- "VIAJARON a EEUU en busca de un vientre de alquiler y regresaron sin niño y con los bolsillos vacíos. 'Crónica' ha encontrado a seis parejas españolas estafadas". Bajo este titular se narran varias historias de parejas que no consiguieron lo que buscaban, y que además debido a los costos no pueden tener una buena defensa. (31)

- "Karen Roche, una niñera británica de 31 años con dos hijos propios y que había accedido a convertirse en madre de alquiler para Clemens y Sonja Peters, un matrimonio holandés, abortó el pasado abril en Londres tras romper su acuerdo." Así relató el Diario El País en 1997.(32)

- En 2001 se presentó el siguiente caso, "Helen Beasley, una madre de alquiler británica embarazada de gemelos, ha denunciado en Estados Unidos a la pareja que la contrató porque pidieron que abortara uno de los fetos. El matrimonio de San Diego que recurrió a los servicios de Beasley ya no quiere a

los niños, pero ella, según las leyes californianas, tampoco puede quedarse con ellos. Otra pareja, que no ha revelado su identidad, está dispuesta a adoptar a los bebés cuando nazcan dentro de algo más de tres meses." (33)

- En 2005, "Sin 10.000 euros en el banco y sin su esperado hijo. Así se ha quedado la pareja belga formada por Bart y Geertrui, quien hace más de un año contrató los servicios de An, una compatriota que se ofreció a concebir para ellos, a cambio de 10.000 euros, el hijo que no podían tener.

Inseminada, en junio pasado, con el esperma de Bart, An cambió sus planes a los pocos meses de gestación y decidió buscar a través de Internet a alguien que le ofreciera más dinero por el niño. Al principio contactó con una pareja homosexual, con la que no llegó a un acuerdo, y después dio con un matrimonio de Utrech (Holanda) que le pagó 15.000 euros por el bebé. En febrero, An dio a luz a una niña, Donna, de la que los holandeses ya han iniciado los trámites de adopción." (34)

- También en 2005, una madre de alquiler de los EE UU. Teresa Anderson se ofreció como portadora de los óvulos fecundados de una pareja de inmigrantes mexicanos que iban a pagarle 15.000 dólares. Sorprendentemente, de los cinco óvulos fecundados que se le implantaron, se desarrollaron los cinco. Así, el 26 de abril nacían mediante cesárea en Phoenix (Arizona) Enrique, Javier, Víctor, Jorge y Gilbert. Conmovida por lo que se le venía encima a la humilde pareja mexicana, Teresa, de 25 años, decidió no cobrarles. (35)

- En 2009, El caso de homosexuales españoles que contrataron una madre de alquiler en California, y después pretendieron hacer valer la acción en España donde dicha práctica se prohíbe, en un claro Fraude a la Ley, y más aun al Orden Público Internacional. Sin embargo se aceptó el registro y la prensa hizo mención especial del "triunfo" por la condición sexual de estas personas, omitiéndose de entrada toda discusión sobre el "contrato", el objeto contratado la vida humana, y la violación a la dignidad tanto de la madre portadora como de los niños. Obviamente estas presiones mediáticas de género le hacen trampa a la democracia, además de crear de ciudadanos de primera y segunda categoría en razón de lo económico y sexual. (36)

Frente al cual, alejándonos del bullicio de la noticia, y con base en el Derecho Internacional Privado, acogemos el autorizado concepto del Profesor Ramón Durán catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, quien argumenta que se configura el Fraude a la ley porque "Utilizan el subterfugio de legislaciones extranjeras e incompatibles con la española para imponer a posteriori las consecuencias de sus actos en el ordenamiento nacional." (37)

Y continua, "El ordenamiento jurídico se manifiesta en un conjunto de disposiciones aprobadas por órganos legislativos de origen democrático. Son reglas que nos sujetan a todos cuantos en ejercicio de nuestra ciudadanía y lealtad constitucional nos sometemos a sus dictados, nos gusten o no. Otras actitudes son casi golpistas, pues rompen la baraja de modo arrogante y autoritario. Si algunas prohibiciones del Derecho español no me placen, acudo al extranjero donde se permita, por cierto gracias a la inversión de grandes sumas de dinero de que dispongo, y después exijo que las consecuencias de mis actos queden legitimadas. Eso es inaceptable desde un punto de vista jurídico e injusto en grado superlativo, porque permite distinguir ciudadanos de primera y de segunda, con arreglo a los fondos económicos de que dispongan. Distintas normas según seas pobre o rico. Ninguna

sociedad civilizada puede permitir semejante conducta innoble y censurable. Nadie puede pretender que, tras contraer matrimonio polígamo en algún país árabe, luego exija en España que se le reconozcan efectos, porque supondría ofender al principio de justicia e igualdad." (38)

En cuanto el beneficio del menor, expresa: "Me pregunto si así no se les causa, por entregarles a unos padres, que no lo son y sí en cambio manifiestan una conducta más que reprobable, en la que su afán de paternidad salta las barreras biológicas y legales, sin contentarse con el acceso a la adopción, que de paso hubiera sacado del aprieto a niños ya existentes y abandonados." (39)

Por último concluye el profesor, "Nada mejor prueba de su fraude que recordar que los dos homosexuales que acuden a la legislación californiana nunca hubieran podido casarse allí, pues mediante dos consultas populares consecutivas los electores rechazaron semejante apuesta. Eso es democracia y lo que han perpetrado los protagonistas, trampa" (40)

- Entre los casos problemáticos del Derecho Internacional Privado, se ha planteado que pasa cuando en un país se prohíbe la maternidad de alquiler pero en el otro no, y luego la madre subrogada quiere hacer valer derechos en el país donde no se permite, pues se tiene como madre la que ejecuta el parto.

Pongamos el siguiente caso hipotético, que es perfectamente factible. Una pareja Española contrata a una madre de alquiler en California Estados Unidos. Debemos tener en cuenta que en España dicha práctica se prohíbe, mientras que en California se permite, es más el certificado que expide la clínica señala que los padres es la pareja contratante, en nuestro caso los españoles. Pero en el Derecho Español la madre es quien da a luz a la criatura. La pregunta sería, que pasa si después de haber realizado todo los procedimientos la madre subrogada decide ir a España y alegar que es su hijo.

Tenemos entonces varias situaciones: En cuanto la madre subrogada, esta incumpliendo el contrato celebrado en los Estados Unidos, pues ella aceptó que ese hijo una vez naciera sería de la pareja española. Mientras que frente a la legislación española efectivamente es la madre, pero si presenta como prueba el contrato de alquiler de vientre, dicho contrato está viciado de nulidad frente a la legislación española; si presenta el certificado de la clínica en este aparecerán como padres los españoles. Pero el caso cambiaría sustancialmente si el óvulo con el que se realizó el procedimiento fuera de ella, porque en dicho caso su maternidad es también genética.

Ahora frente a la pareja recurrente, en la legislación de los Estados Unidos, son los padres de la criatura y efectivamente tal reclamación por parte de la madre subrogada sería un incumplimiento del contrato. Mientras que en la legislación española nos son los padres, además de estar prohibido este tipo de contratos, por tanto no podrían pedir allí ninguna protección.

Es posible entonces, que de ser competente el juez de los Estados Unidos y tenga que aplicar la ley de California, pues la razón la tengan la pareja Española. Pero, abra que tener presente que dicha decisión interesa que sea homologada mediante exequátur en España, y lo más probable es que por Orden Público Internacional esta sea rechazada. Igualmente pasaría si el

competente también el Juez de los Estados Unidos pero debe aplicar Derecho Español, debería fallar integralmente en este derecho y el primer conflicto sería con el Orden Público Internacional de España, por lo cual es posible que se beneficie a la madre subrogada.

Ahora si el competente es el juez español, y se le pide que aplique legislación extranjera, el probablemente la rechazara por violar el Orden Público Internacional y aplicará derecho Español, es como si directamente se hubiera dicho que la ley aplicable era la de su foro.

CONCLUSION

A manera de conclusión digamos que es mucho lo que falta por elaborar en Materia de Derecho Internacional Privado, para regular estos nuevos desafíos que la ciencia y la tecnología le plantean al Derecho, especialmente en temas de vida humana.

Es importante mencionar que Colombia no es ajena a este fenómeno, de hecho la Dra. Gloria Naranjo hace el llamado de atención, "Es claro que en nuestro ordenamiento jurídico sólo regula la adopción postnatal y la prenatal no la permite (...). Sin embargo, se están transfiriendo embriones "donados" a mujeres que tienen problemas de fertilidad. Esos embriones son supernumerarios o sobrantes de los procesos de procreación humana asistida y son los centros que realizan estas técnicas los que seleccionan los embriones que serán donados y a las personas que recibirán la "donación". Adicionalmente, estos centros están prestando sus servicios para lograr una gestación en mujeres que no asumirán las consecuencias legales de la misma, renunciando a la filiación materna, es decir, están prestando sus servicios para que se utilicen "madres de alquiler"." (41)

El asunto, es que a pesar de existir o no legislaciones, los casos están presentes y las personas necesitan soluciones, allí es donde entra con fuerza los Principios Generales y la Doctrina, en ayuda de los Jueces que se ven enfrentados a realidades frente a las cuales no siempre tiene las suficientes herramientas por parte del legislador para actuar. Es de suyo lógico que el reto es mayor cuando estamos frente a casos internacionales, la complejidad aumenta, pero son los casos que justamente mas cuestionan las instituciones tradicionales, y que de ser bien enfrentados, permitirán que el Derecho no se quede estancado y logre cumplir su función.

BIBLIOGRAFIA

- MANDELBAUM, J. PLACHOT, M. La Generación Probeta: Guía De La Procreación Médicamente Asistida. Ediciones Urano. 1993
- NARANJO RAMÍREZ, Gloria Patricia. La maternidad sustituta, delegada o por encargo. Tesis. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín. 1994
- NARANJO RAMÍREZ, Gloria Patricia. La adopción a la luz del bioderecho. En: Temas Biojurídicos. CES. 2006
- VILA-CORO, María Dolores. Introducción a la Biojurídica. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995
- LONDOÑO, Nestor. Notas de clase del curso Derecho Internacional Privado dictado en la Facultad de Ciencias Políticas de la UPB. 2009
- FERNANDEZ ROZAS, José Carlos. SANCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. Madrid: Editorial Civitas, 1993

Citas

1. También conocidas como: Maternidad subrogada, maternidad sustituta, maternidad por encargo, madre portadora, locación de vientres, alquiler de útero, transferencia de embriones, madre incubadora, vientres mercenarios.
2. MANDELBAUM, J. PLACHOT, M. La Generación Probeta: Guía De La Procreación Médicamente Asistida. Ediciones Urano. 1993. p.32
3. Ibid. p.220
4. NARANJO RAMÍREZ, Gloria Patricia. La maternidad sustituta, delegada o por encargo. Tesis. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín. 1994. p.22
5. VILA-CORO, María Dolores. Introducción a la Biojurídica. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995.p. 216
6. Ibid. p. 216
7. Op cit. MANDELBAUM, J. PLACHOT, M. pp.220, 221
8. Ibíd. pp.221, 222
9. Para el caso de Francia, este mismo texto... "Por instigación del doctor Geller, ginecologo de Marsella, la maternidad de sustitución mediante madre portadora «clásica» se desarrolló en Francia hasta 1987 con la creación de organizaciones que se encargaban de reclutar madres portadoras y de servir como intermediarias en la transacción entre estas y las parejas solicitantes. Para evitar el desarrollo de un mercado negro de «alquiler de vientres», se fijó una remuneración, de unos 50.000 francos por lo general (¿equivalente al salario mínimo interprofesional durante 9 meses?).
Hasta el momento, tanto las autoridades médicas (Comité Nacional d'Éthique) como administrativas (Ministerios de Sanidad y de Justicia, Consejo de Estado) habían condenado unánimemente esta práctica. Así, en octubre de 1988, el Tribunal de Apelación de París ordenaba la disolución de la asociación Alma Mater, también la asociación Les Cigognes [Las Cigüeñas] había sido prohibida. El Tribunal de Casación confirmó esta decisión, por considerar que este método de filiación era contrario al principio de la «indisponibilidad del estado» inscrito en el Código Civil, puesto que hay una disposición del cuerpo de otra persona. Esta maternidad de rebote, en efecto, tiene «la finalidad de que venga al mundo un hijo cuya filiación no se corresponde con su filiación real, mediante una renuncia y una cesión prohibidas de los derechos reconocidos por la ley a la futura madre».
Sin embargo, con posterioridad ningún texto legal ha venido a confirmar o invalidar estas tomas de posición. Y lo que podía suceder ha sucedido: en dos sentencias de junio de 1990, el Tribunal de Apelación de París ha admitido el carácter lícito de esta maternidad de sustitución, por considerar que dos niñas, Marie y Élise, concebidas por madres portadoras, podían ser legalmente adoptadas por la esposa de su progenitor, después de haber sido abandonadas por su madre biológica.
El tribunal consideró que no había lugar al rechazo en la medida en que el acto de abandono era voluntario y definitivo. Estas incoherencias de la jurisprudencia son la necesaria consecuencia de la carencia de una legislación clara que reglamenta las PMA." (Ibíd. pp. 223, 224)
10. Ibid. pp.221, 222
11. Cfr. Op cit. NARANJO. pp.104 - 108
12. Ibid. 105
13. Ibid. 62
14. LONDOÑO, Nestor. Notas de clase del curso Derecho Internacional Privado dictado en la Facultad de Ciencias Políticas de la UPB. 2009
15. Op cit. NARANJO. p. 79
16. "parte de la norma de conflicto , la cual consiste en una situación factica

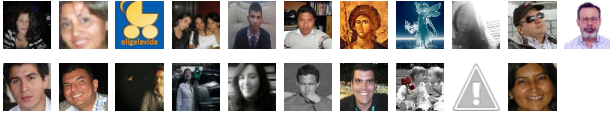
- o jurídica que permite que el supuesto de hecho pueda atribuirse a una ley definida por el espacio territorial en el cual se enmarca esa situación factica o jurídica" Op. Cit. LONDOÑO
17. Cfr. Op cit. NARANJO p.111
18. Op. Cit. LONDOÑO
19. Op cit. NARANJO p.109
20. EEUU para conseguir un vientre de alquiler. 24 de octubre de 2006. <http://www.bebesymas.com/otros/eeuu-para-conseguir-un-ventre-de-alquiler>
21. NARANJO RAMÍREZ, Gloria Patricia. La adopción a la luz del bioderecho. En: Temas Biojurídicos. CES. 2006.p. 78
22. FERNANDEZ ROZAS, José Carlos. SANCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. Madrid: Editorial Civitas, 1993. p. 506
23. Op cit. NARANJO (Tesis) pp.25, 26
24. Ibid, p. 109
25. Op cit. VILA-CORO p. 217
26. Op cit. NARANJO (Tesis) p. 33
27. Ibid.33,34, 35
28. Ibid. p. 36
29. Colombiana que "alquiló su vientre" podrá seguir en Suiza .MARTES 10 DE MARZO DE 2009. <http://www.vanguardia.com/mundo/restodelmundo/23079-colombiana-que-alquilo-su-ventre-podra-seguir-en-suiza>
30. Huérfana con cinco padres. Nueva York - 12/09/1997 http://www.elpais.com/articulo/ultima/ESTADOS_UNIDOS/Huerfana/padres/elpiult/19970912elpepiult_2/Tes
31. vientres de alquiler parejas españolas denuncian. ¡cuidado con el timo del bombo!. <http://www.elmundo.es/suplementos/cronica/2009/703/1238882402.html>
32. Una madre británica de alquiler aborta por diferencias irreconciliables con la pareja holandesa contratante. Leicester - 14/05/1997. http://www.elpais.com/articulo/sociedad/REINO_UNIDO/madre/britanica/alquiler/aborta/diferencias/irreconciliables/pareja/holandesa/contratante/elpepi soc/19970514elpepisoc_9/Tes
33. Una madre de alquiler denuncia a la pareja que la contrató por exigir el aborto de un gemelo - Nueva York - 16/08/2001. http://www.elpais.com/articulo/sociedad/madre/alquiler/denuncia/pareja/contrato/exigir/aborto/gemelo/elpepisoc/20010816elpepisoc_2/Tes/
34. Una madre de alquiler rompe el trato y vende el bebé a otra pareja. 24.05.2005. <http://www.20minutos.es/noticia/25853/0/madre/alquiler/vende/>
35. Ibid.
36. Cfr. Una pareja gay española inscribe a sus hijos nacidos de una 'madre de alquiler'. <http://www.europapress.es/nacional/noticia-pareja-gay-espanola-logra-inscribir-registro-civil-hijo-nacido-ventre-madre-alquiler-20090310225242.html>
37. Fraude de ley. 29.03.2009 - <http://www.elcomerciodigital.com/gijon/prensa/20090329/opinionarticulos/fraude-20090329.html>
38. Ibid
39. Ibid
40. Ibid
41. Op Cit, NARANJO (Artículo - CES) p. 78

Etiquetas: * **DE MI AUTORIA...**, **BIODERECHO**, **MADRES DE ALQUILER**

Publicado por Beatriz Campillo en **15:08** 

Seguidores

Seguidores (58) [Siguiendo](#)



[Dejar de seguirlo](#)



Suscribirse a

Entradas

Comentarios



Páginas vistas en total



Blogger

202943

