

Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual

Alfredo Bullard Gonzales
Profesor de Derecho de la Pontificia
Universidad Católica del Perú y
de la Universidad de Lima.

1. INTRODUCCIÓN.

En New Jersey, Estados Unidos, se siguió un juicio singular. Una pareja de esposos interpuso una demanda exigiendo el cumplimiento de un contrato de subrogación de maternidad. Con el esperma del marido se había fecundado un óvulo aportado por una mujer. Ella había suscrito un contrato aceptando aportar el óvulo y llevar al concebido durante todo el período de gestación, hasta su alumbramiento. La mujer renunciaba por anticipado a todo derecho derivado de la maternidad, subrogando sus derechos en la esposa. Por el contrario, recibía la cantidad de US\$ 10,000.00. Por su parte, el marido de la mujer intervino en el contrato a fin de declarar que en el caso no era de aplicación la presunción de que el hijo de una mujer casada tiene por padre al esposo.

Todo se desarrolló normalmente hasta el alumbramiento. Pero luego la mujer pidió permanecer un tiempo con el bebé, a lo que los esposos accedieron. Sin embargo, se fugó con el menor y dio origen a una persecución a lo largo de todos los Estados Unidos, lográndose finalmente recuperar al bebé.

La demanda pretendía que la mujer respetara el acuerdo inicialmente firmado. La demandada sostenía que el acuerdo era nulo por ir contra normas de orden público.

La Corte Superior (*Chancery Division/Family Part, Bergen County, 217 N.J. Super. 313*)⁽¹⁾ estableció que el convenio de subrogación era perfectamente válido, por

lo que la mujer carecía de los derechos derivados de la maternidad, concediendo la custodia al padre natural del menor y autorizando la adopción del mismo por su esposa. En pocas palabras, consideró que acuerdos de este tipo estaban sujetos a lo que determinara el Derecho Contractual y, por tanto, de dicho acuerdo se derivaban obligaciones plenamente exigibles. La demandada apeló el fallo. La Corte Suprema estableció que:

- a) El convenio de subrogación entraba en conflicto con las normas que prohibían el uso de dinero en relación a adopciones, las que exigen el cumplimiento de una serie de requisitos para determinar que los padres naturales no son aptos, a fin de dar por terminada la patria potestad y conceder la adopción; así como con las normas que permitían revocar las renunciaciones privadas a la custodia y al consentimiento para dar en adopción.
- b) El convenio de subrogación entraba en conflicto con el orden público estatal.
- c) El derecho de reproducción no concede por sí solo la titularidad al padre natural y a su esposa a tener la custodia del menor.
- d) El interés del menor, dada la inestabilidad mostrada por la madre natural⁽²⁾, aconsejaba otorgar la custodia al padre natural y su esposa.
- e) La madre tenía el derecho a visitar al menor.

Este caso, conocido como el caso «Baby M», es quizás uno de los más interesantes que tratan el proble-

(1) La Corte Superior que se menciona sería el equivalente a un Juzgado de Primera Instancia en el Perú.

(2) Durante el secuestro del menor se grabaron llamadas telefónicas en las que la madre natural amenazaba al padre natural con matar al menor y suicidarse si es que no dejaban de perseguirlos. Además las evaluaciones psicológicas posteriores mostraron un carácter inestable que podía poner en riesgo la integridad del menor.

ma de la subrogación de maternidad y el de alquiler de vientre, y ha marcado un importante precedente judicial en los Estados Unidos⁽³⁾.

El problema de las madres sustitutas y el alquiler de vientre es quizás uno de los temas más actuales de nuestro tiempo. Atrapado en una maraña de discusiones morales y éticas, marcadas por un claro temor a las consecuencias de su total aceptación, estas nuevas situaciones enfrentan la evidente amenaza de un intervencionismo legislativo dirigido a relativizar sus alcances.

Las discusiones sobre la solvencia moral de estas prácticas son, sin duda, necesarias y pueden llevarnos a diversas conclusiones en favor o en contra de admitir la subrogación de maternidad. De hecho es difícil encontrar resoluciones judiciales, dispositivos legales o comentarios doctrinarios que no estén marcados por la inevitable posición ética del juez, del legislador o del jurista. Ello no sólo es saludable, sino necesario.

Pero no podemos limitarnos a tomar decisiones guiados sólo por una ética incompleta, basada en conceptos abstractos, subjetivos y en los que es evidente el influjo de concepciones que tienen por fuente creencias humanas y religiosas. Ello, paradójicamente, es inmoral. Como sugiere Guido Calabresi⁽⁴⁾ evitar el desperdicio es parte de la noción común de justicia. En otras palabras, en una sociedad en la que los recursos son escasos, desperdiciar es injusto.

A veces, preservar ciertos principios o valores que consideramos moral o socialmente necesarios implica el «desperdicio» o inadecuado aprovechamiento de una serie de recursos, entendiendo por «recursos» no solamente bienes materiales, sino incluso otros valores o posibilidades de alcanzar la felicidad, el bienestar y la comodidad humana. Es igualmente inmoral no considerar ese eventual desperdicio al momento de evaluar la conveniencia o no de adoptar un determinado principio ético o establecer una regulación legal.

Bajo este contexto, los innegables problemas éticos y morales que nos plantea la subrogación de maternidad y el alquiler de vientre, deben ser analizados también a la luz de los recursos que se desperdician en el intento de solucionar dichos problemas.

Cuando señalamos en el título de este artículo, que el mismo puede herir su sensibilidad jurídica, nos referimos a cuáles podrían ser las consecuencias de darle una lectura equivocada o incompleta. Este artículo no pretende definir tajantemente una posición moral favorable o no a la subrogación de maternidad y al alquiler de vientre. Sólo persigue analizar qué tipo de recursos podrían desperdiciarse en caso de admitirse o prohibirse este tipo de acuerdos.

2. EL PROBLEMA.

Es difícil definir los límites de un problema con tantas aristas como el que nos estamos planteando. Quizás la mejor manera sería enfocarlo como un problema de Derecho Contractual⁽⁵⁾. Bajo esta perspectiva la pregunta es si los llamados «contratos de subrogación» son efectivamente contratos, regulados por el Libro de Fuentes de las Obligaciones, Sección de los Contratos en General, o, por el contrario, no pueden constituirse en acuerdos bilaterales con contenido patrimonial plenamente exigibles.

Cuando decimos que algo está o no sujeto al Derecho Contractual, estamos en el fondo diciendo si queda sujeto a la libre determinación de las partes, esto es a la autonomía privada o, si por el contrario, ha sido sustraído a dicha libertad, para quedar excluida como una relación jurídica válida, o, en todo caso a ser una relación sujeta a parámetros muy estrictos que limitan la decisión individual.

Considerar el problema dentro del ámbito contractual significa, a nuestro entender, que confiamos en la solución de la iniciativa privada. Considerarlo fuera implica confiar en la decisión de alguien distinto a las partes involucradas.

La disyuntiva está pues entre libertad y regulación, entre permitir y prohibir. El tema es analizar las ventajas y desventajas de confiar en el área contractual o en simplemente desconfiar de ella.

A su vez, cuando hablamos de que estos actos queden sujetos al área contractual, podemos referirnos a que los mismos puedan darse a título oneroso (alquiler de vientre y venta de óvulo) o a título gratuito

(3) Supreme Court of New Jersey, 1988, 109 N.J. 396.

(4) CALABRESI, Guido. «Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto?». En: *Ius Et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 4, 1992, pág. 90.

(5) Este enfoque no quiere decir que sea sólo un problema contractual. Ni siquiera quiere decir que sea principalmente contractual. Sólo queremos enfrentar el problema desde la perspectiva de la validez de los pactos a los que puedan arribar las madres sustitutas con quienes contraten sus servicios.

(comodato de vientre y donación de óvulo). Existen regulaciones y autores que proponen limitar el caso a actos altruistas, no sujetos a una contraprestación económica⁽⁶⁾. Sin embargo, ello constituiría un tratamiento parcial del Derecho Contractual. Nuestro planteamiento de análisis incluye tanto los actos a título oneroso como a título gratuito como una posibilidad de asignación de recursos.

“La realidad demuestra que sólo un libre intercambio de recursos generará una oferta que responda a la demanda existente. Por duro que parezca, a veces los mercados son la única solución posible”

Como el lector podrá advertir, estamos utilizando el término «Derecho Contractual» como equivalente a «mercado libre». Ello no necesariamente es así en la práctica⁽⁷⁾, pero la simplificación nos es útil para efectos del análisis que pretendemos llevar a cabo.

3. ¿QUÉ RECURSOS SE DESPERDICIAN?

Otro aspecto que debemos aclarar es qué entendemos por «desperdicio de recursos».

El Análisis Económico es útil para establecer la mejor manera posible de evitar el desperdicio, en particular de aquellos recursos que consideramos escasos, es decir aquellos cuya cantidad no es suficiente para satisfacer las necesidades humanas. Pero los humanos no sólo tenemos necesidades materiales o patrimonia-

les.

Normalmente se ha tendido a entender, equivocadamente, que el Análisis Económico sólo es de utilidad para identificar desperdicio de recursos materiales y tangibles como el dinero, la tierra, las mercaderías, la producción, etc. Pero el Análisis Económico nos permite entender cómo evitar el desperdicio de otros recursos no necesariamente materiales y tangibles, como la libertad, las decisiones políticas, la capacidad creativa del hombre, la familia, la vida, la integridad física, etc. Entre los bienes cuyo desperdicio es susceptible de ser explicado en términos económicos podemos encontrar la capacidad de tener hijos, es decir la capacidad reproductora del ser humano.

Y afirmar que ello es susceptible de ser explicado económicamente no es algo deshumanizante. De hecho lo hacemos cuando se estudian las tasas de crecimiento de la población y las políticas que el Estado implemente para afectarla. La elección, por ejemplo, de políticas de tránsito vehicular determina poner en juego la pérdida de recursos no materiales como la vida o la integridad física de seres humanos. Además, el Análisis Económico es sólo parte de los elementos que deben ser tomados en cuenta para decidir una política legislativa determinada. Elementos éticos, políticos, culturales, médicos, sociales y de otro tipo deben ser considerados al momento de decidir cuál es la política más adecuada. Pero de ello no se puede derivar que podamos prescindir del aspecto económico, entendido como aquel análisis dirigido a «evitar el desperdicio». Hacerlo es decir que no nos importa cuántos recursos desperdiciemos para alcanzar una meta (por ejemplo preservar nuestros principios morales). Ello, repetimos, es inmoral, porque desperdiciar sin razón es injusto. En todo caso, si finalmente, descartando lo que nos dice el Análisis Económico, elegimos la protección de algún valor o principio distinto, debemos tener la responsabilidad de saber cuánto nos ha costado tal decisión en términos de otros recursos, sean estos últimos materiales o no.

Esta idea de que el Análisis Económico nos puede ayudar a entender el desperdicio de recursos no necesariamente patrimoniales, materiales o tangibles no es nuestra. Gary Becker, Premio Nobel de Economía, recibió dicho premio en mérito a extender la economía más

(6) Sobre el particular revisar el interesante y completo trabajo de BOZA, Beatriz. «Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho: Reflexiones en torno a la reproducción humana asistida». En: Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 45, diciembre de 1991, págs. 71-110. El referido artículo es quizás el trabajo más completo y sesudo en torno al tema publicado en el Perú.

(7) Dentro del Derecho Contractual existen muchos aspectos determinados por principios ajenos a los del mercado. Ello es consecuencia de tendencias de intervencionismo contractual.

allá de sus límites tradicionales.

En términos generales Gary Becker plantea⁽⁸⁾ que el Análisis Económico pretende explicar el comportamiento humano y los principios e incentivos que lo determinan. En términos beckerianos las personas nos enamoramos, tenemos hijos, nos casamos, fumamos, nos divorciamos o nos suicidamos, porque tales actos tienen beneficios superiores a los costos que implican. Esto es que los individuos, por regla general, nos comportamos de manera tal, que buscamos lo mejor para nosotros. Incluso actos de solidaridad o de desprendimiento como regalarle un pan a un indigente o un automóvil a un hijo que acaba de ingresar a la universidad, son decisiones en las que hemos hecho una evaluación de costo-beneficio. Así la satisfacción moral de ayudar al necesitado o el placer personal de ver contento a nuestro hijo, son beneficios superiores a los costos que nos implica desprendernos de ciertos bienes materiales.

En términos quizás excesivamente simples, podemos decir que el enamoramiento es consecuencia de un análisis costo-beneficio. El placer de la compañía de una persona a la que amamos parece beneficio suficiente para asumir todos los problemas que una relación, como la de enamorados, nos plantea. Podremos tener más gastos, tener menos tiempo disponible para otras actividades, veremos menos a nuestros amigos, soportaremos peleas o pleitos que realmente nos fastidien, etc. Pero mientras el amor entre las dos personas sea lo suficientemente fuerte, la relación continuará. Sólo cuando los «costos» mencionados superen los beneficios del amor la relación terminará.

Por ejemplo, Becker analiza por qué la gente se casa: «... una persona decide casarse cuando la utilidad esperada del matrimonio excede de la esperada de permanecer soltero, o de la de dedicar más tiempo a la busca de la pareja. (...) Igualmente, una persona casada decide deshacer su matrimonio, cuando la utilidad anticipada de volver a la situación de soltero, o de casarse con algún otro, excede de la pérdida de utilidad proveniente de la separación, pérdida que incluye la debida a la separación física de los hijos, a la división de los bienes comunes, a los gastos legales, etc (...) Puesto que muchas personas se encuentran en la situación de buscar pareja, puede decirse que existe un mercado de matrimonios: cada persona trata de conseguir lo mejor

que esté a su alcance, supuesto que todos los demás participantes en el mercado tratan también de conseguir lo mejor que pueden para sí mismos. Se dice que la colocación de un conjunto de personas en distintos matrimonios es una colocación de equilibrio cuando no es posible que las personas no casadas de dicho conjunto se casen a su vez y mejoren con ello su situación.

El enfoque económico tiene también numerosas implicaciones que podrían falsearse. Por ejemplo, dicho enfoque implica que los «iguales» tenderán a casarse unos con otros cuando tomamos como unidad de medida la inteligencia, la educación, la raza, el ambiente familiar, el peso y muchas otras variables, y que los «desiguales» se casarán entre sí cuando la unidad de medida sea el salario y algunas otras variables. La implicación de que los hombres de salarios relativamente altos tenderán a casarse con mujeres de salarios relativamente bajos (manteniéndose todo lo demás constante) sorprende a muchos, pero parece, sin embargo, consistente con los datos disponibles, cuando éstos se ajustan por la gran proporción de mujeres casadas que no trabajan (...) El enfoque económico implica también que las personas que perciben remuneraciones altas se casan más jóvenes y se divorcian con menos frecuencia que otras, implicación también consistente con la evidencia disponible (...), pero que no concuerda con lo que generalmente se cree. Otra implicación que podemos citar es la que predice que un aumento del salario relativo de las esposas aumentará la probabilidad de disolución del matrimonio, lo cual explica la alta tasa de disoluciones matrimoniales que se da entre las familias negras en relación con las blancas⁽⁹⁾.

Como podemos apreciar, es perfectamente posible predecir conductas tradicionalmente consideradas «familiares» en base a variables económicas. Ello nos puede permitir entender mejor las razones y sinrazones de ciertos comportamientos. Por ejemplo, el Análisis Económico puede explicar también por qué la gente fuma o trabaja en exceso: «La buena salud y una larga vida son objetivos importantes para la mayoría de las personas, pero un momento de reflexión bastará seguramente para convencer a cualquiera que éstos no son los únicos objetivos a alcanzar por las personas en cuestión: puede sacrificarse un poco de salud o algunos años de vida si estos objetivos entran en conflicto con

(8) Las ideas de Becker desarrolladas a continuación se encuentran resumidas en BECKER, Gary. «El enfoque económico del comportamiento humano». En: Información Comercial Española. No. 557, enero 1980, págs. 11-18.

(9) BECKER, Gary. Op. cit., pág. 16.

otros. El enfermo económico implica que existe una esperanza «óptima» de vida y que ésta se encontrará allí donde el valor en términos de utilidad de un año adicional de vida sea menor que la utilidad que se pierde utilizando el tiempo y otros recursos para conseguir dicho año de vida. Por tanto, una persona puede ser fumadora empedernida o puede trabajar tanto que excluya de su vida todo ejercicio físico, y ello no necesariamente porque ignore las consecuencias de sus actos o porque sea «incapaz» de utilizar la información que posee, sino porque el período de vida que se le garantiza no vale para él el coste de dejar de fumar o el de trabajar con menor intensidad. Si el conseguir una larga vida fuese el único objetivo de la persona, su comportamiento sería absurdo, pero puesto que existen otros objetivos, sus decisiones pueden ser racionales y estar bien informadas.

De acuerdo con el enfoque económico, por tanto, la mayoría (si no todas) las muertes son en cierta medida «suicidios», y en el sentido de que el fallecimiento pudo haberse pospuesto si se hubiesen invertido más recursos con el objeto de prolongar la vida. Esto no sólo tiene implicaciones para el análisis de lo que normalmente denominamos «suicidios», sino que también pone en cuestión la distinción que normalmente se hace entre suicidio y «muerte natural». Una vez más, el enfoque económico y la psicología moderna llegan a conclusiones similares, puesto que esta última subraya que detrás de muchas muertes «accidentales» y de otras debidas supuestamente a causas «naturales» subyace un «deseo de morir»⁽¹⁰⁾.

Resulta interesante ver cómo conductas normalmente no patrimoniales pueden estar determinadas y predecidas en base a elementos económicamente analizables. Por ejemplo, un aumento de remuneraciones puede llevar a ciertas personas a trabajar aun más, es decir, a «vender» parte de su expectativa de vida. Esta conducta puede ser considerada racional y eso es lo que la economía trata de explicarnos: el comportamiento racional entendido como aquél dirigido a mejorar nuestra propia situación.

Dentro de esta línea es posible analizar económicamente problemas como el de permitir o no la utilización de nuevas tecnologías para favorecer la reproducción humana, incluso bajo el costo de aceptar convenios de subrogación y de arrendamiento de vientre.

Es así como podemos usar estas herramientas de análisis para considerar si este tipo de acuerdos deben

quedar o no incluidos dentro del Derecho Contractual, y por tanto considerar dichos acuerdos válidos y exigibles.

4. EL APROVECHAMIENTO DE LA CAPACIDAD REPRODUCTORA.

Podría pensarse que la capacidad reproductora social, es decir la capacidad de reproducirse que tiene la sociedad en su conjunto, es consecuencia de la sumatoria de las capacidades reproductoras individuales de los miembros que la integran. En tal sentido, hay personas que nacen con capacidad de reproducirse superiores a otras personas, lo que es determinado principalmente por factores biológicos.

Pero en realidad la capacidad reproductora social depende de otros factores adicionales, lo que ha podido apreciarse con mucha mayor claridad en las últimas décadas. Así, la tecnología médica y biológica ha permitido modificar la capacidad reproductora individual de los seres humanos, mediante la creación de medios que favorecen (por ejemplo, la fecundación *in vitro* o los nuevos tratamientos a la infertilidad) o la limitan (léase los métodos anticonceptivos). Así la capacidad reproductora está determinada, en mayor o menor grado, por los niveles de desarrollo tecnológico existentes. Esto ha permitido incluir, dentro de la capacidad reproductora social, las capacidades reproductoras individuales de una serie de hombres y mujeres antes excluidos biológicamente de tal posibilidad.

Pero existe aun un tercer factor, que podríamos considerar importante, a fin de establecer cuál es la capacidad reproductora social. Éste es el Derecho. La aceptación o rechazo legal de ciertos métodos es otro elemento que permite aumentar o disminuir la capacidad reproductora de los seres humanos. Así, la proscripción del aborto, impide la eliminación de seres humanos concebidos, afectando indirectamente el número de nacimientos. Por otro lado, la prohibición de acuerdos de subrogación de maternidad pueden dejar fuera de la capacidad de tener hijos a un grupo importante de personas.

Sin duda hay más factores que afectan la capacidad reproductora social: niveles culturales, principios ético-religiosos, costumbres sociales, etc. Sin embargo, para efectos de este trabajo vamos a analizar los tres elementos mencionados, es decir, la capacidad biológica de los individuos, la tecnología y las regulaciones

(10) Ibidem, págs. 15-16.

legales, como los tres factores relevantes⁽¹¹⁾.

La determinación de la capacidad reproductora social nos puede mostrar una serie de costos y beneficios que se derivan de ella. Estos costos y beneficios pueden originarse en la capacidad reproductora misma como en los medios que utilizamos para determinarla.

Entre los beneficios, el más evidente es la satisfacción de ser padre o madre. Sin duda la paternidad o la maternidad constituyen experiencias que contribuyen de manera fundamental a la realización del ser humano. Esta satisfacción puede ser alejada o acercada a la persona según la tecnología nos dé los medios adecuados y el Derecho permita o proscriba la utilización de tales medios. La búsqueda de la satisfacción de tener hijos llega a extremos de realizar largos viajes en búsqueda de adoptar menores, gastando decenas de miles de dólares.

Existen también costos. El aumento de la capacidad reproductora puede afectar las tasas de crecimiento poblacional, trayendo de la mano factores como la sobrepoblación. Por otra parte, la aceptación de ciertos medios para fines reproductivos (léase la subrogación de maternidad y el alquiler de vientres) puede afectar la sensibilidad moral o religiosa de ciertas personas, lo que en sí constituye un costo. Además puede, en opinión de algunos, generar otros costos como la desintegración de la familia, la afectación de los menores tanto en su integridad física y moral, o la entrega de menores a padres desalmados que abusarán de ellos, los educarán mal o los explotarán en distintos aspectos.

Esta evaluación de costos y beneficios es fundamental para determinar la conveniencia o no de legalizar estas prácticas o establecer los límites dentro de los cuales las mismas podrán ser llevadas a cabo.

5. EL SOMETIMIENTO DE LOS CONVENIOS DE SUBROGACIÓN Y DE ALQUILER DE VIENTRE AL DERECHO CONTRACTUAL Y SUS BENEFICIOS.

Como ya hemos indicado, entendemos «Derecho Contractual» como sinónimo de «mercado». La diferencia sólo radica en que el primero es la expresión jurídica del segundo.

El Derecho Contractual es un mecanismo mediante el cual los recursos existentes tienden a asignarse a usos más valiosos. Si Juan le compra una casa a Pedro por medio de un contrato, el acto jurídico celebrado nos demuestra que, al menos en términos de expectativas, Juan valoriza la casa más de lo que la valoriza Pedro y Pedro valoriza el dinero de Juan más de lo que lo valoriza Juan. Estas diferencias de valorización permiten que se llegue a un acuerdo. Como consecuencia del contrato la situación de ambas partes mejora. Juan tendrá la casa deseada y Pedro el dinero que necesita, y nadie se ha perjudicado. Por lo tanto, la sociedad en su conjunto se ha beneficiado. El «contrato» ha permitido canalizar las fuerzas de mercado hacia una situación mejor a la anterior⁽¹²⁾.

Imagine el lector cualquier situación de mercado en la que se haya encontrado involucrado y descubrirá que en todas su intención ha sido mejorar su propia situación, y que esta misma intención se puede encontrar en su contraparte. El sistema contractual permite que ambas partes lleguen a una situación mejor.

Así podemos encontrar siempre, desde el lado de la oferta, personas dispuestas a desprenderse de ciertos bienes o a perder su tiempo prestando ciertos servicios a cambio de una contraprestación. Por el lado de la demanda encontraremos personas que desean tales bienes o servicios y están dispuestas a desprenderse de algún bien para alcanzarlos. El único requisito es que aquél dispuesto a ofrecer el bien o servicio quiera recibir menos o al menos igual que lo que el que desea el bien o servicio está dispuesto a pagar⁽¹³⁾.

El contrato se convierte así en un canal efectivo de intercambio de recursos escasos, dirigiéndolos a la satisfacción de necesidades individuales (no necesariamente materiales). Tiene además el mérito de asignar recursos sin necesidad de una intervención del Estado, pues éste se limita a conseguir que los contratos sean exigibles. Quienes deciden sobre el destino de las partes involucradas son las propias partes, aquéllas que saben qué es lo mejor para cada una, y al saberlo y buscarlo consiguen una mejora efectiva del bienestar social general. El contrato consigue que dos personas que buscan lo mejor para cada una de ellas, lo consigan simultáneamente, derivando de la contradicción de

(11) Lo dicho no significa que no consideremos los demás factores como importantes. Ya lo hemos dicho. Queremos sólo simplificar los elementos de análisis para poner de relieve ciertos costos que se identifican derivados de los tres factores mencionados, *ceteris paribus*.

(12) Esto no es sino la expresión de lo que se conoce como el Criterio de Pareto, según el cual una situación es más eficiente (y por tanto menor) que una anterior si al menos alguien se ha beneficiado con el cambio y nadie se ha perjudicado.

(13) Esta actitud de ambas partes puede ser entendida con el concepto de «precio de reserva». El precio de reserva del vendedor es lo mínimo que éste está dispuesto a recibir para desprenderse del bien. Por otro lado, el precio de reserva del comprador es lo máximo que éste está

intereses, casi como por arte de magia, la complementación de intereses.

Los méritos del sistema contractual saltan, pues, a la vista. Consigue una adecuada satisfacción de intereses individuales. La pregunta es entonces si este mecanismo puede ser utilizado para asignar un recurso tan especial como la capacidad reproductiva del ser humano.

Al igual como Becker nos habla de un «mercado de matrimonios» podríamos quizás hablar de un «mercado de capacidad reproductora». Esto no es darle una connotación necesariamente patrimonial o deshumanizante a los recursos involucrados. Es sólo entender que los individuos actúan buscando obtener de este tipo de recursos la satisfacción de sus necesidades, de la misma manera como uno busca en el matrimonio complementarse con su pareja.

Por definición existen personas que pueden tener hijos a «bajo costo». Esto quiere decir que no tienen ningún problema biológico que les impida desarrollar su capacidad en este sentido. Normalmente estas personas tienen una capacidad reproductora superior a la que necesitan para satisfacer su necesidad paterna o materna de tener hijos. Así pueden ubicarse, potencialmente, en el lado de la oferta.

Por otro lado, existen personas que, por definición, no pueden tener hijos a bajo costo. Esta situación comprende casos en los cuales dichos costos pueden ser superables, pero altos, como ocurriría con una mujer que pudiendo biológicamente concebir, dicha concepción acarrea, por alguna razón, un riesgo alto para su vida. Pero también comprende situaciones en las que, dado el estado actual de la tecnología, no es posible que tengan hijos. En estos casos los «costos» son insuperables. Así, por el lado de la demanda, surge la necesidad

de satisfacer el deseo de tener hijos⁽¹⁴⁾.

Si aceptáramos que el Derecho Contractual puede entrar a jugar en este campo, estaríamos permitiendo que un recurso escaso (capacidad reproductora individual) sea transferida vía el mercado a personas que carecen de ella o que, teniéndola, la pueden ejercer a muy alto costo. Esta transferencia puede ocurrir sólo en tanto quien cede su capacidad la valore menos de lo que quien desea tal capacidad está dispuesto a pagar⁽¹⁵⁾.

Es lógico que quienes tienen una capacidad de reproducción humana superior a sus necesidades puedan valorar este excedente en menos de lo que valora una persona incapaz de tener hijos dicha capacidad. Es por ello que no sería infrecuente el caso de quien está dispuesto a entregar una contraprestación a cambio de poder tener hijos⁽¹⁶⁾.

Lo dicho permite entender por qué es posible que se desarrollen mercados de capacidad reproductiva. Ello no implica que el término «mercado» implique un efecto no deseado. No olvidemos que la consecuencia de este mercado es la satisfacción de una de las más humanas de todas las necesidades del hombre. Tener hijos es uno de los canales más sublimes de la realización personal, y lo que ayude a ello no puede ser fácilmente calificado de inmoral.

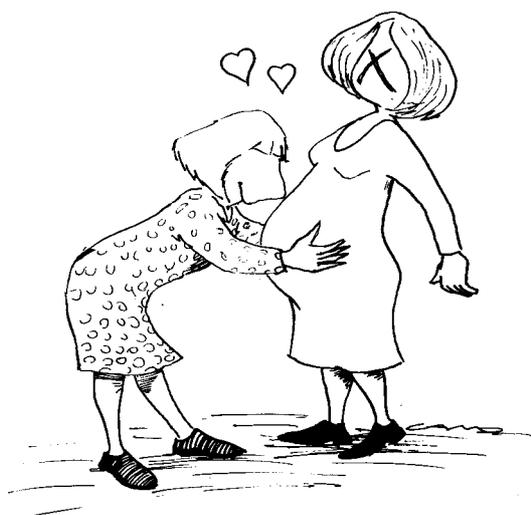
Se podrá argumentar que no es necesario para que este intercambio se dé que se permita el pago como contraprestación a la cesión de la capacidad reproductiva. Así, al igual como ocurre con los trasplantes de órganos, puede confiarse la transferencia de este recurso sólo a actos de altruismo y solidaridad humana.

Sin duda, sería deseable que todos los problemas de infertilidad pudiesen resolverse por actos de solidaridad en los que, voluntariamente, los beneficiarios de

dispuesto a pagar por el mismo bien. Sólo habrá contrato si el precio de reserva del vendedor es menor que el precio de reserva del comprador. En el ejemplo anterior, si Pedro valorizaba su casa en S/. 100.00 (porque es lo que le costó) y Juan valoriza la misma casa en S/. 150.00 (en base a la expectativa de utilidad que la misma le puede generar), es posible que a un precio de S/. 125.00 se lleve a cabo la transferencia. Así Pedro recibe S/. 25.00 más de lo que valoriza la casa (que es su utilidad) y Juan paga S/. 25.00 menos de lo que espera la casa le rendirá (lo que también es una ganancia). La ganancia total para la sociedad es de S/. 50.00, es decir los S/. 25.00 de ganancia de Pedro más los S/. 25.00 de ganancia de Juan. Esto nos expresa que el bien se ha transferido a un uso en S/. 50.00 más valioso que el anterior. Se trata por tanto de una solución eficiente alcanzada a través de un contrato.

- (14) Podemos encontrar también casos más complejos de «altos costos de reproducción». Ello ocurriría con la potencial madre que simple y llanamente considera muy costoso pasar por las incomodidades del embarazo y que por tanto «demanda» una capacidad de reproducción ajena, por la que está dispuesta a pagar, sólo con el fin de evitarse tales incomodidades. Debemos reconocer que es un caso límite que puede despertar dudas y controversias.
- (15) Esto no quiere decir que no se den actos de disposición de la capacidad reproductora a título gratuito. La explicación económica de un acto de este tipo se encuentra en que el espíritu altruista del cedente lo remunera suficientemente como para estar dispuesto a ayudar al prójimo infértil o incapaz de tener hijos.
- (16) De hecho los individuos pagan cantidades importantes a sus médicos o a centros de tratamiento de infertilidad para tratar de desarrollar su capacidad reproductiva. En ello (en el hecho de pagar dinero) no hay nada que pueda ser calificado de inhumano. Es precisamente todo lo contrario.

«excedentes de capacidad reproductiva», acudieran en auxilio de las víctimas de «déficit en capacidad reproductiva». Lamentablemente ello se estrella contra la realidad. Los actos de solidaridad generan, por el lado de la oferta, una escasez, al igual como ocurre con los trasplantes de órganos en los que la realidad nos trae o personas muriendo o sufriendo por años en espera de un donante, o simplemente un mercado negro con precios que alejan los órganos de la gente más pobre y elitizan los trasplantes en favor de unos pocos agraciados. Dejar que ello ocurra es un acto inhumano en nombre de la humanidad, y que por tanto no debería ser aceptable.



La realidad demuestra que sólo un libre intercambio de recursos generará una oferta que responda a la demanda existente. Por duro que parezca, a veces los mercados son la única solución posible. Daña mucho más nuestra conciencia moral que una persona fallezca por falta de un donante o que una pareja quede condenada a no tener hijos, a que se le permita finalmente pagar para adquirir el órgano que salvará su vida o para permitirle tener los hijos que, en un inicio, la naturaleza les negó.

Podemos, por tanto, llegar a una primera conclusión preliminar. El aceptar que se contemple dentro del sistema contractual la posibilidad de ceder la capacidad reproductora de una persona, mediante convenios de subrogación de maternidad o de alquiler de vientre,

puede tener un beneficio claro: la satisfacción de la necesidad de tener hijos que muchas parejas no pueden el día de hoy cubrir por sí solas.

6. LOS COSTOS DE LA SUBROGACIÓN DE MATERNIDAD Y DEL ALQUILER DE VIENTRE.

En el punto anterior hemos analizado los beneficios de permitir que el Derecho Contractual pueda ser un canal de reasignación de la capacidad reproductiva humana. No debemos, sin embargo, olvidar que existen una serie de costos ligados a admitir tal posibilidad.

Podemos decir que este tipo de contratos pueden afectar a tres categorías de personas. La primera de ellas son las partes. La segunda son los hijos. La tercera es la sociedad. Analicemos cada una de ellas por separado:

a. Las partes.

Las partes en el contrato son la madre sustituta y quienes la contratan para tal fin, que pueden ser el padre o una pareja, de la que el hombre suele ser el padre biológico de la criatura.

Las partes pueden sufrir efectos distintos. Normalmente se considera que los peores efectos son los sufridos por la madre sustituta, especialmente en el momento en que tiene que desprenderse del menor luego del alumbramiento. Existen casos en que las madres han presentado cuadros de depresión o resistencia a la entrega del menor⁽¹⁷⁾.

Además se habla del riesgo de comercialización y/o explotación de las madres sustitutas por parte de los contratantes o por instituciones creadas para comercializar con este tipo de contratos y que fungen como intermediarios entre las partes⁽¹⁸⁾. Tal explotación favorecería que las madres sustitutas sean, de ordinario, personas de menos ingresos en relación a quienes contratan sus servicios. La necesidad económica las llevaría así a aceptar la situación que se les plantea. Sin perjuicio de reconocer que la liberalización en este campo puede ocasionar efectos negativos en ciertas áreas, lo que nos interesa es el balance final.

El problema de la reacción de la madre sustituta luego del nacimiento es, sin duda, humanamente complejo. Esto ha determinado en muchas legislaciones que se admita el derecho irrestricto de la madre a revocar su consentimiento inicial. Normalmente se

(17) El caso de Baby M, citado al inicio del presente trabajo, es un buen ejemplo de ello.

(18) Existen en varios países regulaciones que prohíben la existencia e intervención de intermediarios, y sólo admiten los acuerdos directos entre las partes, con el fin de evitar la comercialización del fenómeno. Ello ocurre, por ejemplo con la llamada «Surrogacy Arrangements Act 1985» en Gran Bretaña que prohíbe cualquier servicio de publicidad, promoción, negociación o contratación de acuerdos de subrogación por parte de terceros. Admite sin embargo los acuerdos directos entre las partes. MEYERS, David M. *The human body and the law*. Stanford University Press. Stanford, 1990, págs. 62-63.

establece un plazo de cierto número de días posteriores al alumbramiento. La base de tal derecho concedido a la madre sustituta se encontraría en el hecho de que ella tiene una situación psicológica distinta en el momento de suscripción del contrato a aquella en la que se encuentra en el momento de la ejecución del mismo. Tal variación, con componentes afectivos obvios, está determinada principalmente por los sentimientos desarrollados durante el embarazo y las impresiones causadas por el alumbramiento y el contacto directo con el menor. Esta reacción es denominada de ordinario como el «instinto maternal». La situación se agrava cuando se considera el estado puerperal que sufre la madre luego del nacimiento.

Es difícil encontrar una justificación dentro de la doctrina contractual que permita a un contratante dejar sin efecto su palabra. Parecería que en la base se encuentra considerar que existe una suerte de vicio de la voluntad ocasionado por el desconocimiento, que la madre tiene al momento de suscribir el contrato, de cuál sería su situación emocional al momento del alumbramiento.

La medida, desde cierta perspectiva humanamente entendible, no deja de ser paternalista. Asume que el compromiso de la madre sustituta no ha sido adoptado dentro del ejercicio de una plena capacidad jurídica. En otras palabras considera a la madre sustituta una suerte de incapaz para tomar ciertas decisiones.

Pero además tal posición no considera los efectos que puede tener sobre la otra parte, quien ha depositado su confianza y esperanza para tener un hijo, en la palabra empeñada por la madre sustituta. En la mayoría de los casos, incluso el padre biológico, puede verse afectado al ver frustrada la posibilidad de vivir con su hijo en base a términos que no aceptó voluntariamente en virtud de la confianza depositada en el contrato. Este factor humano también está presente en el no cumplimiento del acuerdo de subrogación.

En estos términos debe considerarse que el convenio de subrogación es consecuencia de un acuerdo voluntario y que genera una serie de conductas posteriores que pueden verse afectadas por la negativa de cumplimiento de una de las partes. Ello perjudica las legítimas expectativas que podrían tener los contratantes de la madre sustituta.

El otro extremo que plantea controversia es la comercialización y/o explotación de las madres sustitutas, de ordinario personas de menos ingresos.

Es innegable que tanto desde una perspectiva teórica como desde una verificación empírica, se puede concluir que las madres sustitutas, al menos las que celebran contratos a título oneroso, suelen tener ingresos reducidos y necesidades económicas no satisfechas.

Por otro lado, también suele ocurrir que quienes contratan sus servicios tienen una situación económica más acomodada.

Como ya hemos mencionado, es requisito para que puedan existir contratos que aquello que se adquiere sea valorizado menos por el cedente que por el adquirente, es decir, que los precios de reserva respectivos dejen espacio a un posible acuerdo. Y no es un secreto para nadie que la capacidad de pago (entendida como nivel de ingresos), es un factor determinante de los precios de reserva de las partes involucradas. En estos términos es difícil imaginar el caso de una mujer millonaria dispuesta a vender su capacidad reproductora a un «precio competitivo» respecto de lo que ofrecen otras mujeres de menos ingresos. Aunque suene algo crudo, la situación no es muy distinta a la que plantea la contratación de un obrero para una fábrica. Es de esperar que los candidatos para un trabajo de ese tipo sean personas de bajos ingresos.

Pero al igual como no se puede prohibir la contratación de obreros, bajo la premisa que al permitirlo el Derecho estaría tutelando una explotación económica, tampoco se puede afirmar que prohibir los convenios de subrogación es admisible bajo el mismo argumento. Finalmente, estos convenios permiten a las madres sustitutas recibir beneficios económicos reales que les pueden ayudar a cubrir sus necesidades básicas. Y tal beneficio económico es evaluado previamente por la candidata a fin de determinar si está dispuesta o no a asumir los costos que tal beneficio acarrea.

Si asumimos como premisa que la iniciativa privada es el mejor motor para el logro de la protección de intereses individuales, el patrimonializar este tipo de relaciones puede ser un mecanismo para conjugar el interés de tener un hijo, de una parte, con la necesidad de cubrir ciertas necesidades materiales de la otra.

Podría, eventualmente, admitirse cierto tipo de regulaciones de estos «mercados» a fin de evitar excesos. Pero no olvidemos también que estos mercados pueden generar oportunidades reales de satisfacción de necesidades humanas. Las restricciones que se puedan utilizar parecen análogas a las que se han establecido en otras áreas de la actividad humana tales como el campo laboral, las normas de inquilinato, el derecho agrario, la protección de los consumidores, etc. Y hemos sido también testigos de las pérdidas que un excesivo intervencionismo puede causar en áreas como las descritas. Esto debe llamarnos a una seria reflexión.

Sin duda lo deseable sería que nadie dependiera económicamente de nadie. Lo ideal sería que todas las necesidades humanas pudieran verse satisfechas sin necesidad que las personas «vendamos» nuestra fuerza de trabajo. Pero ello es una utopía. Siempre habrá personas de menos ingresos que para cubrir sus necesi-

dades tendrán que recurrir a establecer relaciones que, de algún modo, implican una dependencia económica. Ello no quiere decir que se puedan amparar extremos como la esclavitud o el servilismo. Pero tampoco quiere decir que podamos prohibir la instauración de ese tipo de relaciones, porque a fin de cuentas sería condenar definitivamente a las personas de bajos ingresos al hambre y a la imposibilidad de superarse.

Es muy fácil criticar una situación dada partiendo de un igualitarismo utópico. Pero la comparación valedera debe ser entre la situación dada y las consecuencias de su inexistencia. Prohibir los convenios de subrogación se basa en la aspiración a una utopía y no en la realidad de los hechos.

Dentro de la categoría de «partes» del contrato se encuentran también los contratantes de los servicios de la madre sustituta. Estos personajes son quizás los más olvidados dentro de la doctrina que estudia el tema. Normalmente no saltan a la luz problemas tan complejos como los que rodean a las madres sustitutas. Puede ocurrir, como sugiere Beatriz Boza, que ellos sufran problemas psíquicos ocasionados por expectativas grandes que no se vean colmadas, debido a factores tales como la desinformación sobre la tecnología existente, sus riesgos y posibilidades de éxito. También podrían, según la misma autora, verse explotados por los intermediarios en este tipo de contratos⁽¹⁹⁾.

Pero los peores males para ellos no se derivan de la existencia de convenios de subrogación, sino, precisamente de su inexistencia o de su prohibición legal. En la mayoría de los casos nos encontramos con personas condenadas a no tener hijos o a tenerlos sufriendo un tremendo costo humano y económico.

Por otro lado, en caso que se admitiera que la madre sustituta tiene derecho a revocar su consentimiento en cualquier momento, se expondría a estas personas a la posibilidad de ver traicionadas las esperanzas depositadas en la posibilidad de tener un hijo. Esto puede involucrar consecuencias como las que sufriría el padre biológico y eventualmente la madre que puede haber proporcionado el óvulo, a que surja una controversia respecto de la maternidad del menor. Se podría decir que la madre sustituta puede sufrir un problema similar. La diferencia, sin embargo, radica en que esta última prestó su consentimiento anticipado y, por tanto, asumió los problemas que la entrega del hijo le podría ocasionar.

Si bien la pareja que contrató a la madre sustituta queda sujeta a ciertos riesgos, éstos aparecen como totalmente opacados por los beneficios derivados de la satisfacción de ser padre o madre.

No debemos olvidar que las partes han asumido conscientemente las consecuencias que se pueden derivar de un contrato de este tipo. En realidad la renuncia a los derechos derivados de la maternidad o de la paternidad no son nada nuevo. De hecho están presentes en los procedimientos de adopción, sólo que sujetos a una serie de regulaciones y requisitos legales que terminan llenando orfanatorios y dejando a padres potenciales insatisfechos en su deseo de tener hijos.

Lo importante es considerar que la decisión de personas adultas ha sido libre, rodeada de adecuada información y sin ningún vicio de la voluntad. Los costos derivados de tal acuerdo recaerán sobre las partes que tomaron dicho acuerdo. Eso debería ser garantía suficiente para que luego no se arrepientan de su decisión o, de hacerlo, asuman las consecuencias.

b. Los menores.

Un caso que plantea mucho más dificultades son los costos y beneficios que pueden recaer sobre los menores involucrados.

La diferencia sustancial respecto de las partes radica en el hecho de que los menores no han tenido ninguna participación voluntaria en los hechos en cuestión. Se han limitado, pasivamente, a ser concebidos, llevados en el vientre de una mujer y, luego del período de gestación correspondiente, ser alumbrados. Su conocimiento y conciencia de las cosas no difiere en nada de la de cualquier otro bebé concebido y alumbrado de la manera convencional. Nadie consultó su opinión y de pronto se encuentra en medio de una situación muy especial en la que la persona que lo alumbró no es su madre y en la que quizás las personas que lo educarán y cuidarán hasta la mayoría de edad no son biológicamente sus padres.

Esta situación puede despertar mucho más suspiros y cuestionamientos que aquella en que se encuentran las partes. Ello lleva a que innumerables legislaciones hayan considerado que la exigibilidad de un acuerdo de subrogación de paternidad dependa, simple y llanamente, de si sus términos son los más favorables para el menor⁽²⁰⁾. Esto quiere decir que las condiciones pactadas pueden ser revisadas por las Cortes o autoridades competentes si se determina, por

(19) BOZA, Beatriz. Op. cit., págs. 87-88.

(20) MEYERS, David M. Op., cit., pág. 64.

ejemplo, que las personas en favor de las cuales se produce la subrogación son menos idóneas que la madre sustituta para cuidar y educar al menor.

Esto quiere decir que se sujeta la atribución de la paternidad y/o maternidad y la custodia del menor no a lo que las partes puedan haber determinado, sino, en última instancia, a lo que un funcionario público considere más conveniente.

Los problemas que, la doctrina menciona, puede sufrir el menor comprenden el daño moral o psíquico que pueda sufrir el niño al enterarse cómo fue procreado, gestado y alumbrado, además de aquéllos derivados de los eventuales conflictos emocionales que puedan surgir luego del alumbramiento entre la madre sustituta y los padres favorecidos con la subrogación, que tendrán obvias repercusiones en el niño.

También se consideran los riesgos de que los padres no sean idóneos desde el punto de vista social, moral, cultural y económico. A ello se añade que se beneficia a las familias pudientes frente a las familias pobres, para poder acceder a esta forma de tener hijos, por los evidentes costos que ocasionan.

La lista es aun más larga. Sin embargo nos limitamos a estos problemas que son los que más reitera la doctrina como argumentos en contra de la posibilidad de subrogación de maternidad y alquiler de vientre.

Debemos reconocer que algunos de estos riesgos despiertan preocupación. Como hemos dicho, a diferencia de lo que ocurre con las partes en el contrato, el menor sufre en carne y hueso beneficios y costos que él no ha generado. Es lo que los economistas conocen como externalidades, es decir, los costos y beneficios que no son asumidos por aquéllos que los producen. Por ejemplo, una madre sustituta que sabe que quienes la contratan son unos desalmados, está generando sobre el futuro hijo un costo que ella no asumirá, es decir, está externalizando parte de los costos del contrato a un tercero.

Respecto a lo extraño de la situación que pueda enfrentar el menor, es evidente que puede generar sentimientos extraños y contradictorios. Pero también la adopción puede hacerlo, y no por ello se prohíbe, pues se considera que los beneficios de la misma superan sus costos. Además, estaríamos midiendo las reacciones en términos actuales sin tener en cuenta que la aceptación de estos métodos, una vez generalizados, puedan convertirse en una situación normal y cotidiana que difícilmente despierte sentimientos encontrados.

La posibilidad de que los nuevos padres sean personas poco calificadas también es un argumento que preocupa. Sin embargo, creemos que un análisis más profundo y detallado es necesario. Esta misma discusión se ha dado y se sigue dando en torno a los requisitos legales para la adopción. Formalidades más

o formalidades menos, casi todos los procedimientos de adopción previstos en las distintas legislaciones contemplan alguna forma de evaluación de las cualidades y características de los padres adoptivos. Se analiza su solvencia moral y económica, sus niveles culturales y sociales y en base a ello un funcionario público determina su idoneidad para ser padre o madre. Casi podríamos afirmar que esta evaluación constituye el meollo de todo procedimiento de adopción.

El Estado se ha arrogado así la facultad de decidir quién puede y quién no puede ser padre o madre adoptivo y así evitar la generación de situaciones perjudiciales para el menor. Esta facultad se pretende trasladar a la evaluación de la exigibilidad de los contratos de subrogación de maternidad, por considerarlos una situación análoga.

Los fines parecen muy loables. Casi se podría decir lo mismo de los considerandos de todas las normas legales en las que el Estado se arroga para sí el control sobre actos de particulares. El primer problema está en que entre la declaración teórica y la práctica hay un abismo. Normalmente el Estado comete más errores que los particulares y dudo mucho que un Juez o una asistente social contratada por el Estado pueda realmente tomar una decisión adecuada. Al igual que los particulares, puede equivocarse, sólo que quizás lo hace con más frecuencia.

Pero la objeción principal que tenemos es que no es fácil explicar por qué se controla la decisión de tener hijos que puedan tomar personas incapacitadas de tenerlos por sus propios medios biológicos, y no se controla la decisión de tener hijos que puedan tomar personas sí capacitadas para tenerlos por sus propios medios biológicos.

En otras palabras, no nos resulta sencillo entender por qué cuando una pareja decide tener una relación sexual con el fin de procrear un hijo no requiere ninguna autorización ni evaluación previa por parte del Estado y sí la requiere una persona que, queriendo tomar la misma decisión, ha sido privado por la naturaleza de tal posibilidad.

Nadie podrá negar que existen padres naturales desalmados, que maltratan a sus hijos, que los educan mal, que abusan física y sexualmente de ellos, que carecen de los medios económicos para mantenerlos y educarlos, y que, sin embargo, el Estado admite, inicialmente, que sean padres. En el caso de los padres naturales el Estado se limita a un control *ex post* al nacimiento. Esto es que sólo sancionará a los padres si demuestra que estos han cometido abusos. En los casos de subrogación de maternidad y alquiler de vientre el Estado quiere, además, ejercer un control *ex ante*, cuando las consecuencias y los problemas pueden ser los mismos.

Nadie puede discutir que se darán circunstancias en las que ciertos menores serán entregados a padres (biológicos o sustitutos) totalmente carentes de idoneidad para tal función. Pero de ello derivar que debe prohibirse el tener hijos es un despropósito, como también es un despropósito exigir legalmente una autorización estatal previa para procrear.

El reconocimiento del libre derecho a procrear hijos parte de la existencia de un derecho inalienable. Todos sabemos que ello trae problemas de padres irresponsables. Pero nadie se atreve a discutirlo porque también sabemos que los beneficios de dicho derecho superaran los perjuicios. Asumimos, en consecuencia, un costo de niños maltratados por padres abusivos, o educados por personas carentes de idoneidad para hacerlo, a fin de garantizar, dentro de lo posible, una serie de hogares felices. Renunciamos por tanto a la posibilidad de que el Estado evalúe, previamente, la capacidad de los padres para serlo y exigir autorizaciones para procrear.

Este tipo de decisiones, aunque trágicas, son adoptadas todo el tiempo, incluyendo inconcientemente dentro de nuestro análisis costo-beneficio, elementos no patrimoniales que, a fin de cuentas, comparamos con elementos sí patrimoniales. Hemos, por ejemplo, decidido que los automóviles circularán por las calles, es decir que masas de más de una tonelada de metal entrarán en movimiento a velocidades apreciables, conviviendo con peatones y otros vehículos de su misma naturaleza. Ello ocasiona riesgos que, necesariamente (y así lo demuestra la estadística), ocasionarán muerte, invalidez o lesiones a la integridad física de las personas. Pero aceptamos tales consecuencias en base a la justificación de los beneficios (patrimoniales) de la circulación automotor. Este análisis tira por los suelos las pretensiones de que el máximo bien jurídico es la vida humana y que debe ser protegida «a cualquier costo».

Los gobiernos deciden distribuir el gasto público en carreteras y hospitales, teniendo conocimiento que una mayor inversión en carreteras dejará desatendida en servicios de salud a parte de la población. Muchas personas morirán como consecuencia de falta de recursos médicos y humanos en los centros de atención hospitalaria. Pero de ello no se puede derivar que todos los recursos deban invertirse en hospitales.

En el fondo, toda decisión legal es, como señalan Calabresi y Bobbitt⁽²¹⁾, una decisión trágica, que implica

que alguien se beneficiará y que alguien se perjudicará. Y muchas veces los beneficios son sólo patrimoniales mientras los perjuicios se miden en vidas humanas, frustración personal, integridad física o psíquica, etc. Pero no por ello podemos dejar de tomar decisiones.

Sin duda permitir la existencia de convenios de subrogación y alquiler de vientre generará insatisfacción y sufrimiento en muchas personas, no permitirlo generará también sufrimiento e insatisfacción en muchas otras. Lo importante es determinar cuándo los beneficios de una de las situaciones opacan los perjuicios de la otra. Y ello involucra una decisión trágica, pero necesaria.

En consecuencia, consideramos que el simple hecho de que algunos menores puedan sufrir consecuencias negativas no es argumento suficiente para prohibir todos los acuerdos como los que son objeto del presente artículo. En todo caso habrá que evaluar la frecuencia con que casos no deseados puedan presentarse y determinar cómo ciertas limitaciones a las mismas pueden reducir en algo estos problemas. Pero la prohibición total es una solución inadecuada.

c. La sociedad.

Una tercera categoría a ser considerada son los terceros a la relación jurídica pero que pueden sentirse afectados por la misma. Socialmente puede repugnar a ciertas conciencias la admisión de este tipo de procedimientos. Dicha repulsión tiene su origen, en la mayoría de los casos, en concepciones religiosas, morales, éticas y/o culturales. Suele considerarse estas técnicas y estos convenios como contrarios a las buenas costumbres, al orden público o simplemente a las creencias y valores de la gente.

Sin duda, la incomodidad moral generada debe ser vista como un costo. Mucha gente sufrirá al ver que este tipo de acuerdos son permitidos, por más que en ningún caso sea protagonista directo de los mismos. Muchas de estas objeciones morales han sido consideradas por los legisladores en distintas circunstancias como costos lo suficientemente altos como para justificar la prohibición de ciertas conductas.

Por ejemplo, nuestro sistema legal no admite la poligamia porque considera, con o sin razón, que su admisión es inaceptable por la sociedad. La incomodidad que sentirían las personas por una situación de poligamia parece haber justificado la prohibición legal a esta práctica, prescindiendo que las partes involucradas puedan estar perfectamente de acuerdo

(21) CALABRESI, Guido y BOBBITT, Phillip. Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. W. W. Norton & Company. New York. London.

con tal relación. A ello contribuye que las creencias religiosas de la mayoría de la población sean contrarias a esta práctica. Cuanto más personas crean moralmente algo, mayor será el costo del sacrificio de un principio de este tipo. Tan es así que en una sociedad donde la mayoría tiene creencias religiosas que admiten tener varias esposas, sea usual que la legislación lo permita.

Pero no olvidemos que en otros tiempos existieron creencias morales, aún vigentes, que determinaron estándares legales hoy descartados. Por muchos años el sistema legal hizo eco del principio religioso católico de la indisolubilidad del matrimonio y prohibió el divorcio, situación que aún se mantiene en algunos países. Hoy día cualquier intento de derogar las normas del Código Civil que admiten el divorcio estaría condenado al fracaso. Y es que el Derecho ha trazado en este campo una línea clara que lo distingue de la moral y las creencias de la gente, las que, sin dejar de respetar, excluye de la regulación legal.

En épocas antiguas los principios religiosos prohibieron lucrar en operaciones comerciales o cobrar intereses por préstamos⁽²²⁾. Hoy día una prohibición de tal tipo sería impensable.

Cabe preguntarse si en unas cuantas décadas no miremos las prohibiciones o limitaciones a los convenios de subrogación y al alquiler de vientre como una anécdota histórica más que como expresión de un principio ético monolítico e inmutable.

Además, debemos considerar los efectos que puede traer una concepción legal basada en principios de origen religioso, en otros principios básicos del ordenamiento legal. El artículo 2, inciso 2 de la Constitución establece que nadie puede ser discriminado, entre otras razones, por razón de su religión, y el inciso 3 de la misma norma consagra la libertad de conciencia y de religión, tanto en forma individual como asociada.

Cabe preguntarse si al consagrarse una prohibición que se basa en las convicciones religiosas de la mayoría no se está a su vez cometiendo una violación de la libertad religiosa y de la no discriminación por razón de creencias. Si bien es un tema delicado la relación entre ciertos principios religiosos y las creen-

cias de minorías religiosas, es dable preguntarse si una parte importante de los peruanos, incluidos los católicos, no estarían de acuerdo con contratar a una madre sustituta si enfrentaran el problema de la infertilidad o aceptarían ser ellas mismas madres sustitutas a cambio de recibir un ingreso adicional que le permita mejorar su dignidad de vida.

“La capacidad reproductiva humana es, a pesar de la tecnología, un recurso relativamente escaso (...) ser padre o madre es uno de los más hermosos canales para conseguir la realización humana. No dejar que la capacidad reproductiva pueda ser puesta al servicio de dicha realización, no sólo puede ser económicamente ineficiente, sino incluso humanamente injusto”

Por tanto no es un argumento válidamente utilizable por un legislador que ciertas regulaciones violarían sus creencias religiosas. A fin de cuentas se debe legislar para toda la población, respetando el principio básico de no discriminación y libertad de conciencia y religión.

Principios como el de libertad religiosa o no discriminación por razón de creencias tienen a su vez un basamento moral muy sólido y por tanto digno de respeto. Alguien con creencias religiosas o principios morales distintos a los propugnados por la mayoría religiosa del país, o simplemente un ateo, tan libre de serlo como lo es de creer en algo, tienen el derecho a

(22) Basta revisar el caso de Robert Keayne, un antiguo profesor de evangelio que se autoculpaba del atroz crimen de haber obtenido seis peniques de utilidad por cada chelín de ganancia. Esto ocurrió en 1644, en el que existían principios considerados inmorales, como que una persona pueda vender tan caro como pueda y comprar tan barato como le sea posible, o que pueda recuperar las pérdidas de sus mercancías por un accidente en el mar subiendo el precio de las restantes o que pueda vender al mismo precio en que compró aunque haya pagado demasiado caro. HEILBRONER, Robert L. *The worldly philosophers, the lives, times and ideas of the great thinkers*. A Clarion Book. Simon and Schuster, New York, 1967, págs. 19-24, citado por DE TRAZEGNIES, Fernando, «Filosofía del Derecho», materiales de enseñanza editados por la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 24. Evidentemente si tales principios se hubieran mantenido sería inimaginable un mundo como el de hoy. Todos los empresarios serían no sólo grandes pecadores, sino también grandes delincuentes. El capitalismo y el mercado serían el infierno, y las ventajitas que la libertad económica ha traído en el desarrollo de la sociedad moderna se habrían perdido.

vivir de acuerdo a lo que piensan y a lo que creen. Utilizar al Derecho como un mecanismo para imponer convicciones religiosas constituye una discriminación prohibida por la conciencia colectiva, por la Constitución e incluso por la moral.

Reconociendo que se trata de un tema controvertido y difícil, creemos que el Derecho debe tender a ayudar la convivencia social, dejando a la fe y a las convicciones individuales de las personas juzgar sus propias conciencias. Esto permite que en un país católico como el Perú nos podamos divorciar, quizás cometiendo un pecado, pero no cometiendo un crimen. La conciencia individual no debe ser expresión de lo que piense la mayoría, porque la moralidad de la democracia descansa precisamente en el reconocimiento de los legítimos derechos de las minorías, y sobre todo, en el legítimo ejercicio de la libertad de las personas.

En este contexto es difícil justificar una prohibición a los convenios de subrogación basándonos en la conciencia social y en el daño que ésta pueda sufrir. Estamos convencidos que los costos de una prohibición serían superiores a sus beneficios.

7. CONCLUSIÓN.

Quizás uno de los mayores problemas que enfrenta el ser humano es determinar qué es bueno y qué es

malo. Y este problema lo hemos trasladado muchas veces al Derecho. Es fácil asumir que la bondad de las cosas se encuentra en principios objetivos indiscutibles y en base a ello trasladar al sistema jurídico la necesidad de proteger ciertos conceptos básicos.

Pero lo que es bueno para unos es malo para otros. Normalmente el bien de uno es el mal de otro. E incluso lo que es malo hoy puede ser bueno mañana.

Podemos entrar a grandes discusiones filosóficas sobre la bondad o la maldad de los convenios de subrogación y alquiler de vientre. Pero en el centro de esta discusión, tremendamente subjetiva en torno a principios supuestamente objetivos y absolutos, desperdiciamos recursos, los utilizamos mal, y con ello perdemos lo bueno que ellos pueden producir, a veces espantados por los males que necesariamente van a traer.

La capacidad reproductiva humana es, a pesar de la tecnología, un recurso relativamente escaso en cuanto muchas personas, que con el legítimo interés de tener hijos, han sido privados biológicamente de tal posibilidad. Y nadie puede dudar que la experiencia de ser padre o madre es uno de los más hermosos canales para conseguir la realización humana. No dejar que la capacidad reproductiva pueda ser puesta al servicio de dicha realización, no sólo puede ser económicamente ineficiente, sino incluso humanamente injusto.☞