

CAPÍTULO 9

DERECHOS DE LA MUJER: DESCUBRIENDO LA EXISTENCIA DE PRINCIPIOS EN EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Vanina Moadie Ortega



DERECHOS DE LA MUJER: DESCUBRIENDO LA EXISTENCIA DE PRINCIPIOS EN EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO¹

Vanina Moadie Ortega²

RESUMEN

Palabras clave

Principios,
arrendamiento de
vientres, técnicas
de reproducción
humana asistida.

Aunque en Colombia la ausencia de regulación sobre las técnicas de la reproducción humana asistida es una realidad innegable, a partir de la Carta Política Colombiana de 1991 se establece la posibilidad de existencia de hijos con asistencia científica, lo que justifica abordar temas donde la Ciencia y la Tecnología han irrumpido en el Derecho, por lo que, a través de una investigación de enfoque cualitativa, tipo dogmático, y con técnicas de recolección de información documental, se plantean unas premisas básicas que permitan descubrir la existencia de principios jurídicos del arrendamiento de vientre en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que se ofrece una argumentación sólida que permita tomar partido en el entendimiento crítico de la figura del arrendamiento de vientre en el ordenamiento jurídico colombiano.

-
1. La reflexión teórica presentada en este capítulo se plantea como avance de investigación del proyecto denominado: “Disponibilidad Jurídica del cuerpo humano en el ordenamiento Jurídico Colombiano”, que es desarrollado por el semillero de Derecho Privado en la línea de Derecho, Estado, Cultura y Sociedad del Grupo de investigación Sociología Jurídica e Instituciones Políticas Semisoju, de la Universidad Libre, sede Cartagena.
 2. Abogada, especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho de la Universidad de Medellín con énfasis en derecho privado y modalidad Investigación, Defensora pública en el área civil-familia de la Defensoría del Pueblo, Docente de la Universidad de Cartagena y de la Universidad Libre sede Cartagena y de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco, Filiación institucional de ponencia: Universidad Libre, Sede Cartagena. Investigadora tutora del semillero de investigación de derecho privado, investigadora del Grupo de Investigaciones Sociología Jurídica e Instituciones Políticas (Semisoju), categoría C de Colciencias. Emails: vaninae.moadieo@unilibre.edu.co, vanmoadie66@hotmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6936-8653>

Y, ante la ausencia de normas sobre el mencionado fenómeno, se propone una mirada desde la óptica de los principios jurídicos, en especial del Principio de Dignidad Humana, del Principio de Prohibición de Cosificación del Sujeto de Derecho y del Principio de Comercialización del Ser Humano, ofreciéndose una visión general sobre las técnicas de reproducción humana asistida, un abordaje casuístico y, finalmente, propuestas y conclusiones que recogen los puntos relevantes del tema.

ABSTRACT

Keywords

Principles, leasing of wombs, assisted human reproduction techniques.

Although in Colombia the absence of regulation on the techniques of assisted human reproduction is an undeniable reality, from the Colombian Political Charter of 1991 the possibility of the existence of children with scientific assistance is established, which justifies addressing issues where Science and Technology have broken into the Law, therefore, through a qualitative research approach, dogmatic type, and with documentary information collection techniques, some basic premises are raised that allow discovering the existence of legal principles of the lease of womb in the Colombian legal system, for which a solid argument is offered that allows taking sides in the critical understanding of the figure of the lease of the womb in the Colombian legal system. And, in the absence of norms on the aforementioned phenomenon, a look is proposed from the perspective of legal principles, especially the Principle of Human Dignity, the Principle of Prohibition of Objectification of the Subject of Law and the Principle of Commercialization of the Human Being, offering a general vision of assisted human reproduction techniques, a casuistic approach and, finally, proposals and conclusions that collect the relevant points of the subject.

“En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Lo que tiene precio puede ser remplazado por alguna otra cosa equivalente; por el contrario, lo que se eleva sobre todo precio y no admite ningún equivalente tiene una dignidad”.

Immanuel Kant

INTRODUCCIÓN

En la época de expedición del Código Civil Colombiano era impensable que un niño fuese concebido de manera científica y no de la manera tradicional, que es la concepción biológica; dado los avances de la ciencia médica hoy es posible pensar en el caso de un niño que nazca con el semen de un donante, óvulos de una donante, a través de la inseminación artificial, pero gestado a través de un arrendamiento de vientre. El Código Civil, máximo instrumento de codificación de las relaciones entre los particulares (Artículo 1 Código Civil), fue sancionado el 26 de mayo de 1873, hace más de un siglo, razón por la cual no pudo haber regulado aspectos que son de reciente desarrollo. Sin embargo, es cuestionable que el legislador actual, aún a pesar de conocer de los adelantos biotecnológicos y médicos, no se haya dedicado a dar respuesta a los problemas que estos plantean a la ciencia jurídica. (Moadie, 2012).

Es menester manifestar que la ausencia de regulación sobre las técnicas de la reproducción humana asistida en Colombia es una realidad innegable, de la cual no podemos hacer abstracción. El derecho positivo ha sido desbordado por los adelantos biotecnológicos y médicos, ubicándolo en desventaja frente a temas no reglamentados, que podrían tener

incidencia en los aspectos tradicionales de filiación y por ende en aspectos familiares. (Moadie, 2011).

Aun así, es sabido que a partir de la expedición de la Carta Política Colombiana de 1991 se establece la **“posibilidad de existencia de hijos con asistencia científica”**, el Artículo 42 de la Carta Magna define la familia como “el núcleo fundamental de la sociedad y que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, y en el inciso 5 de dicho Artículo manifiesta que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La Ley reglamentará la progenitura responsable”. Lo anterior indica que el constituyente otorga igualdad a los hijos ya procreados naturalmente, ya adoptados o ya procreados a través de asistencia científica –lo que en este momento nos ocupa–, y manifiesta que la Ley reglamentará la progenitura responsable.

Lo anterior refleja, de manera ostensible, que la ciencia y la tecnología han irrumpido en el derecho, ubicándolo en la labor de cuestionar algunas situaciones reales, que son de avanzada, pero no reguladas, lo que crea un estado de inseguridad jurídica por la ausencia de normas que establezcan parámetros claros sobre las consecuencias jurídicas que estos aspectos se generan (Moadie, 2011). Es por eso que dichas prácticas, imponen la necesidad de plantearse reflexiones en torno a la disposición del cuerpo humano y sus partes (en este caso del vientre materno), toda vez que como la

ciencia no se detiene, dichas prácticas nos muestran que lo que antes fue una ficción hoy es una realidad. Cuyo problema jurídico es el siguiente: “¿Existe en el ordenamiento jurídico colombiano fundamentos que soporten una regulación sobre la disponibilidad jurídica del cuerpo humano y partes separadas de este, como respuesta a los avances científicos propiciados por la ciencia médica? en este caso en especial, el abordaje de la disposición jurídica del vientre, como parte no separada del cuerpo humano femenino, y como órgano reproductor. Es entonces cuando se justifica una argumentación sólida que permita tomar partido en el entendimiento crítico de la figura del arrendamiento de vientre en el ordenamiento jurídico colombiano, y ante la ausencia de normas sobre el mencionado fenómeno, se propone una mirada desde la óptica de los principios jurídicos, en especial del principio de dignidad humana, del principio de prohibición de cosificación del sujeto de derecho y del principio de comercialización del ser humano.

Para el desarrollo del presente texto, se expondrán inicialmente algunas consideraciones previas sobre la existencia del principio “dignidad humana”, posteriormente, se abordará el tema del principio de prohibición de cosificación del sujeto de derecho y del principio de no comercialización del ser humano, para detenernos en el fenómeno del arrendamiento de vientre y las consideraciones argumentativas para considerar dicha práctica contraria a los principios hasta aquí descubiertos, de igual manera se hará un abordaje casuístico del tema y se especificarán en la actualidad que se entiende por técnicas de reproducción humana asistida observando si

el arrendamiento de vientres es uno de ellos, y finalmente, se sugerirán algunas conclusiones que recogen los puntos relevantes del tema tratado. La metodología implementada es cualitativa, de tipo dogmático, con un método inductivo-deductivo, acudiendo a fuentes primarias y secundarias y a técnicas de recolección de información.

AVANCES, RESULTADOS Y DISCUSIONES

El presente texto aborda una argumentación que permita descubrir la existencia de principios jurídicos en el fenómeno del arrendamiento de vientre en el ordenamiento jurídico Colombiano, y decimos “descubrir la existencia de principios”, si se tiene en cuenta que es una realidad que la legislación civil durante años ha guardado silencio sobre la posibilidad de disposición del cuerpo humano, lo cual es entendible, toda vez que el Código Civil, máximo instrumento de codificación de las relaciones entre los particulares, fue sancionado hace más de un siglo, razón por la cual no pudo haber regulado aspectos de reciente desarrollo. Se justifica una argumentación sólida que permita tomar partido en el entendimiento crítico de la figura del arrendamiento de vientre en el ordenamiento jurídico colombiano, y ante la ausencia de normas sobre el mencionado fenómeno, se propone una mirada desde la óptica de los principios jurídicos.

LA DIGNIDAD HUMANA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA DE 1991 SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

La Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia T- 881 del 1 de octubre de 2002, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, analizó de manera completa y ordenada su línea jurisprudencial en torno a la naturaleza jurídica de la expresión constitucional: “dignidad humana”, así como a las consecuencias normativas de su determinación. Inicialmente realizó una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente de la expresión Dignidad Humana como entidad normativa, manifestando que puede presentarse de dos maneras la naturaleza jurídica de esta: a partir de su **objeto concreto** de protección y a partir de su **funcionalidad normativa** (El resaltado es propio). Para el caso que nos ocupa en esta ocasión, como lo es privilegiar la observancia e interpretación de principios jurídicos en el ordenamiento jurídico colombiano, omitiremos la reflexión sobre la expresión dignidad humana a partir de su objeto concreto de protección y nos detendremos en la funcionalidad del enunciado normativo de la dignidad humana, donde la Corte ha identificado tres lineamientos, a saber:

- a. La dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor.
- b. La dignidad humana entendida como principio constitucional, y
- c. La dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

De manera especial nos referiremos a dos de los tres lineamientos señalados (literales a y b), cuya escogencia está guiada en esta ocasión por su relación con el tema de principios.

a.- La funcionalidad del enunciado constitucional de la “dignidad humana” como principio fundante del ordenamiento jurídico y del Estado Colombiano, y en ese sentido la dignidad como valor: al respecto, la Corte Constitucional Colombiana aclara que cuando se pronuncia sobre valores, pasa inmediatamente del plano normativo al plano axiológico. Esta duplicidad de planos impide adelantar el análisis o el tratamiento de un enunciado normativo, en este caso el de la dignidad humana, a partir del marco conceptual propio de la ciencia normativa del derecho. Esta distinción igualmente le permite a la Corte evitar rupturas metodológicas de otra manera insalvables, pues mientras el plano axiológico opera bajo la lógica de “lo mejor”, el plano normativo opera bajo la lógica de “lo debido”. De esta forma, consideraciones que bien cabrían en el plano axiológico no serían de recibo en el plano normativo.

Sin embargo, para efectos prácticos estas diferencias se diluyen, pues los predicados de la dignidad humana comparten también naturaleza normativa. Resulta pertinente recordar en esta instancia, a propósito de la dignidad como principio y valor, como bien lo enseña el doctrinante Argentino Portela Jorge (2009), en “Los Principios Jurídicos y el Neo constitucionalismo”, que la identificación entre principios y valores parece ser característica de la corriente neoconstitucionalista, en la que algunos de sus exponentes definen principios como valores, especialmente Peces Barba,

cuando entiende los principios como normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico o de un sector del mismo, y en sentidos similar lo hace Alexy, cuando enlista principios constitucionales-que bien son valores-, y Zagrebelsky cuando se refiere a principios o valores como si fuesen un mismo concepto.

(b) La dignidad humana entendida como principio constitucional: a este respecto la Corte manifiesta que: “en aras de la identificación de las normas constitucionales a partir de los enunciados normativos constitucionales sobre el respeto a la dignidad humana, se afirma la existencia de dos normas jurídicas que tienen la estructura lógico normativa de los principios: (a) el principio de dignidad humana y (b) el derecho a la dignidad humana. Las cuales a pesar de tener la misma estructura (la estructura de los principios), constituyen entidades normativas autónomas con rasgos particulares que difieren entre sí, especialmente frente a su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico”.

En relación con el principio de dignidad humana o la configuración de la norma con funcionalidad de principio, la Corte expresó que “El principio de dignidad humana, se constituye como un mandato constitucional, un deber positivo, o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado sin excepción, deben, *en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales*, realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones, para el desarrollo efectivo de los ámbitos de protección de la dignidad humana”.

No cabe duda que la definición que la Corte Constitucional Colombiana aporta del principio de Dignidad Humana se ajusta fielmente a la definición Alexyana de principios como mandatos de optimización, como quiera que para Robert Alexy (1993), los principios son: “normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con sus posibilidades jurídicas y fácticas.” Y en este mismo sentido “de identificar a los principios como mandatos que ordenan realizar lo exigido en la medida de las posibilidades jurídicas y fácticas”, nos dice el doctrinante Colombiano Estrada Sergio, que se puede vincular a esta posición a autores como Bernal Pulido y Zagrebelsky, los que además son exponentes de la teoría fuerte de los principios, en los que se entienden estos como normas jurídicas.

En conclusión, sobre la dignidad humana en la Constitución política Colombiana, la Corte manifiesta que era necesaria una revisión frente a la naturaleza jurídica de la misma, porque la propia Corte ha concluido que la dignidad es un principio constitucional, y un elemento definitorio del Estado Social de Derecho Colombiano, al que como tal, le corresponde una función integradora del ordenamiento jurídico, y constituye un parámetro de interpretación de los demás enunciados normativos del mismo y sobre todo es la fuente última, o el “principio de principios” del cual derivan el fundamento de su existencia-validez buena parte de los llamados derechos innominados.

EL CUERPO HUMANO Y DE LOS PRINCIPIOS DE PROHIBICIÓN DE COSIFICACIÓN DEL SUJETO DE DERECHO Y DE NO COMERCIALIZACIÓN DEL SER HUMANO

Si bien es cierto que no existe en nuestro Código Civil norma alguna que defina la naturaleza jurídica del cuerpo humano, como tampoco una norma que establezca expresamente la existencia del principio de no comercialización del cuerpo humano, esto se debe a que se consideró innecesario en la época de redacción del mencionado código. De ahí que el reconocido civilista francés L. Mazeud considerara que, para la época de redacción del Código Civil Francés, la regulación del principio de no comercialización del cuerpo humano resultaba innecesaria, afirmando:

El Código Civil Francés no consagra un texto dirigido a situar a la persona fuera del comercio. Es que la regla parece tan evidente, que nadie pensó en enunciarla (...) se trataría de una regla tradicional, de un axioma jurídico que nadie experimenta la necesidad de demostrar. (...) Nadie discutió el principio, nadie experimenta la necesidad de justificarlo, ni siquiera de analizarlo”. (negrillas propias). (Mazeud, León, citado Bergel, 2007)

El principio de no comercialización del cuerpo humano no fue incluido en nuestro Código Civil como una norma por las razones evidentes y obvias antes expuestas, pero hoy en día, dada la realización de prácticas científicas y biotecnológicas, es apremiante que la ciencia jurídica brinde respuesta a

los cuestionamientos jurídicos que dichas prácticas médicas plantean.

En esta ocasión, hacemos el abordaje del tema con una perspectiva de descubrimiento de principios, porque es prudente advertir que ante la no consagración de una norma que expresamente de cuenta del principio de no comercialización del sujeto de derecho, algunos podrían pensar que encuentran allí argumentos para permitir dichas prácticas y de esta manera planteen, por ser posible, la realización de actos jurídicos de contenido patrimonial sobre el cuerpo humano y sus partes, pero ello no es así. La última interpretación iría en contra del principio de no comercialización, el cual existe a pesar de no estar consagrado explícitamente, porque recordemos que los principios son y existen independiente de las formalidades jurídicas, la Ley es puesta por el legislador, pero los principios existen y no son puestos, de igual manera los principios son indemostrables y no es dable tampoco pesar que sólo son principios en la medida en que sean reconocidos por normas constitucionales.

Retómenos al Francés León Mazeud, cuando expresó desde hace más de un siglo- y es ahora cuando se puede entender mejor su aseveración- sobre el principio de no comercialización del sujeto: *“se trataría de una regla tradicional, de un axioma jurídico que nadie experimenta la necesidad de demostrar... Nadie discutió el principio, nadie experimentó la necesidad de justificarlo, ni siquiera de analizarlo”*.

Desde una mirada jurisprudencial sobre el principio de prohibición de cosificación del ser humano, la Honorable Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en varias de sus sentencias sobre el alcance

semántico y lingüístico de algunas expresiones que cosifican al ser humano, todas ellas violatorias de la dignidad humana. Así las cosas, revisando la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana en torno al lenguaje inconstitucional, se puede concluir que un elemento constitutivo de las sentencias referidas es la exigencia de un lenguaje legislativo que no constituya una violación de derechos fundamentales y en general de los valores y de los principios reconocidos en la Constitución Política colombiana, en especial del principio de dignidad humana, y mostrándose a partir de allí la protección de dos principios que se derivan de ese, como son: el principio de prohibición de cosificación del sujeto y el principio de no comercialización del sujeto de derecho.

EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN COLOMBIA, DESDE UNA PERSPECTIVA DE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA

Moadie y Díaz (2012), manifiestan que el arrendamiento de vientre-conocido también como alquiler de vientre, como maternidad subrogada, o maternidad sustituta u otros- de hecho, se han relevado en español hasta 17 nombres distintos para referirse a la maternidad sustituta, es una práctica que resulta cuestionable al darse la comercialización sobre el sujeto mismo (en este caso, la mujer) y sobre la cual la legislación Colombiana ha guardado silencio, como lo indica la Sentencia T- 968 de diciembre 18 de 2009 “en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios o acuerdos”, al contrario de otros

países, donde ha sido aceptada y regulada o rechazada expresamente:

Las legislaciones en el mundo han optado por un pronunciamiento a favor de la figura como en varios estados de Estados Unidos(Como Arkansas, California, Florida, Illinois, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Nebraska, New Hampshire, Nuevo México, Oregon, Tennessee, Texas, Utah), también en Reino Unido, Australia, Canadá, India, Rusia; en otros países ha habido pronunciamiento en contra, como en España, Francia, Holanda; y en algunos como Canadá se permite la figura con fines altruistas pero no comerciales. En algunos estados de Estados Unidos no está prohibida y se practica libremente como en Alabama, Alaska, Colorado, Connecticut, Delaware, Idaho, Nueva York, Carolina del Norte, Oklahoma y Vermont (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-968/09)

Según la Corte Constitucional Colombiana el alquiler de vientre o útero, ha sido definido por la doctrina como:

El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste (Gómez, 1994, p. 136).

En el mundo no es un secreto la realización de contratos de alquiler o arrendamiento de vientre, en Google, por ejemplo, aparecen 74.600 resultados cuando en el buscador se

escribe la frase ‘alquiler de vientres, y muchos de esos resultados son anuncios de mujeres que se ofrecen como madres subrogadas o de parejas que las requieren. Cuando se escribe ‘alquiler de vientres en Colombia’, aparecen 18.400 resultados. Aun así, en el ordenamiento jurídico colombiano, no existe una permisión ni una prohibición expresa sobre este tipo convenios, pero más allá de la existencia o ausencia de una norma que lo permita o lo prohíba, pretendemos construir una aproximación argumentativa crítica frente a la permisión del alquiler de vientres, toda vez, que es una figura que vulnera la “dignidad humana”, considerada como principio de principios, y además como valor, precepto, deber y mandato en nuestra Carta Magna.

En Colombia el arrendamiento (en general) es un contrato típico y oneroso, definido en el art 1.973 del Código Civil Colombiano, así: “El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”, así las cosas, es necesario para la existencia del contrato el goce de una COSA a cambio de un valor mensual, comúnmente llamado canon, por lo que en el tema desarrollado en el presente texto de arrendamiento de vientre, el objeto o cosa a arrendar a cambio de dinero es evidentemente el VIENTRE de la mujer, el cual nos rehusamos a catalogar como COSA u OBJETO, ya que se nos ha enseñado que el cuerpo humano hace parte de la envoltura física de la persona, y de igual manera está totalmente superada por el derecho la diferencia conceptual entre el sujeto(persona) y el objeto(cosas), por lo que no se considera

viabile el contrato de arrendamiento cuando el objeto del mismo es el vientre de una mujer, toda vez que ello daría paso a aceptar la cosificación del ser humano, en este caso la mujer, lo cual es inaceptable y contrario al “principio de dignidad humana” (Moadie, 2012).

Podemos observar, que del mismo modo razonó la Corte en la Sentencia C-1235 de 2005-anteriormente citada-, al declarar inexecutable la palabra amo y criado con el argumento central de que:

Dichas locuciones tienden a la cosificación del ser humano y refieren a un vínculo jurídico que no resulta constitucionalmente admisible...el cual consistía en una modalidad de arrendamiento que en realidad hacía al “criado” sujeto, pero sobre todo objeto del contrato, como si tratara de un bien más.

Lo anterior demuestra la prohibición de confusión entre sujeto y objeto por ir en contra de la dignidad humana y la prohibición de cosificación y comercialización del sujeto de derecho como derivados de éste. Si bien en principio es preciso afirmar que en Colombia no existe una norma que prohíba de manera expresa el contrato de arrendamiento de vientre, también es preciso recordar que la Constitución Política Colombiana permite en sentido amplio la reproducción asistida, ya que establece la posibilidad de existencia de hijos con asistencia científica, lo inquietante es que hoy, 27 años después de expedida la Constitución, no exista norma alguna que reglamente dicha actividad de tal manera que se tuviesen más precisiones;

Debido al carácter patrimonial del contrato de arrendamiento en Colombia, es de observar que por ser un contrato oneroso –en todo caso para que haya arrendamiento debe darse el pago de un canon mensual- se está colocando al vientre en el comercio y con éste a la mujer -toda vez que hace parte de su cuerpo-, a lo que nos rehusamos no solo por la utilización de un carácter lingüístico y semántico prohibitivo por la Corte en el sentido de no cosificar al sujeto de derecho, sino desde el aspecto ontológico toda vez se está utilizando al sujeto como un medio para un fin, lo cual es naturalmente censurable y absolutamente reprochable (Moadie & Díaz, 2012).

CASUÍSTICA DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN COLOMBIA

En esta ocasión compartimos un caso donde La Corte Constitucional Colombiana, tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el arrendamiento de vientre; es la Sentencia T-968 de Diciembre 18 de 2009, con ponencia de la única Magistrada de la Corte en ese momento, la Dra. María Victoria Calle Correa, sobre en el caso más paradigmático, en el sentido de que se obtuvieron 4 fallos al respecto del mismo caso: El caso fue fallado en primera instancia por el Juzgado Décimo de Familia de Cali en agosto de 2008, en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en diciembre de 2008, luego fue abordado por la Corte Suprema de Justicia, en fallo de febrero de 2009, y por último fue fallado por la Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia T-968 de diciembre de 2009, en revisión de acción de tutela y más aproximado, porque la Corte Constitucional colombiana precisó,

al final, que “el proceso que culminó con el nacimiento de los menores Samuel y David, no constituye un arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, puesto que la señora Saraí es la madre biológica de los menores”. Aun así, se cita en esta ocasión dicha jurisprudencia por que permitió el abordaje de la temática del alquiler de vientres por la Corte Constitucional Colombiana a dicho fenómeno, que hasta el momento se haya fallado en Colombia. Aclaración: En reconocimiento del derecho a la intimidad y demás derechos fundamentales de los niños y las familias involucradas en el presente proceso, la Corte decidió cambiar en esta providencia los nombres reales de los menores y sus familiares más cercanos, por nombres ficticios.

El caso de los gemelos Samuel y David, que nacieron el día 21 de marzo de 2006 en el municipio de Vijes, como producto de la inseminación artificial consentida, ya que Salomón de nacionalidad colombiana, casado con Raquel, dominicana, residentes en Estados Unidos, deseaban tener un hijo y en un principio Saraí aceptó realizarse varios tratamientos con el fin de que el señor Salomón fuese padre, a pesar de que no se conocían personalmente y su único contacto había sido telefónico. Saraí acudió al centro Fecundar y allí le implantaron los óvulos de la esposa del señor Salomón, tratamiento que no dio resultado porque su cuerpo rechazó dichos óvulos. Ante el fracaso de este tratamiento, el señor Salomón viajó a Colombia para conocer personalmente a Saraí, la visitaba frecuentemente en su residencia de Vijes, Valle del Cauca,

iniciaron una relación y al cabo de un tiempo le pidió que se realizara un nuevo tratamiento de fertilización, pero con sus propios óvulos. A cambio le prometió una “buena posición económica para que tuviera el niño y que ese niño lo criarían los dos”. La señora Sarai accedió y procedió a realizarse un tratamiento de fertilización in vitro en el Centro Imbanaco de Cali con sus propios óvulos y los espermatozoides del señor Salomón, el cual dio como resultado un embarazo gemelar. Salomón pagaba la EPS de Sarai y le enviaba mensualmente la suma de \$149.000 para su manutención. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-968/09)

El 20 de diciembre de 2006, cuando los niños tenían nueve (9) meses de nacidos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de Yumbo le retiró a la madre la custodia y cuidado personal de los menores, la cual fue asignada de manera provisional a la tía paterna, Isabel. Desde ese entonces el padre de los menores tomó la decisión de separar definitivamente a Sarai de sus hijos e inició un proceso de custodia y cuidado personal en Vives y otro de privación de la patria potestad en Cali. Sarai, trabaja como mercaderista y devengaba un salario mínimo, compartía y jugaba con ellos y los niños la reconocían como su madre. El padre de los menores presentó demanda de permiso de salida del país con el fin de que los niños pudiesen residir en los Estados Unidos. La demanda fue admitida el 19 de nov. de 2007 por el Juzgado 10 de Familia de Cali y mediante sentencia del 29 de agosto de 2008, concedió el permiso de salida del país

de los niños Samuel y David con destino a los E.E.U.U en compañía del padre, el cual “deberá permitir el contacto de los menores con su madre, suministrándole la dirección de residencia, teléfono y permitiéndole las visitas”.

La decisión del Juez Décimo de Familia se basó en las siguientes consideraciones:

(i) Entre Salomón y Sarai **existió un contrato verbal, cuyo objeto era el alquiler de vientre**, en donde ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel. (ii) Sarai, después de recibir un alta suma de dinero, un tratamiento adecuado y la afiliación a una EPS, **incumplió el contrato y decidió quedarse con los niños**. (iii) Desconoció los derechos del padre al no permitir inicialmente el registro de los niños con su apellido, e impedirle las visitas. (VI)... (v) **Debido a las condiciones económicas de la madre y a la situación de subdesarrollo, inseguridad y pobreza que vive la ciudad de Cali, los niños con su padre van a tener el amor de una familia y van a contar con todas las oportunidades de vivir en un país desarrollado**. (vi) **El padre de los menores tiene un mejor derecho a estar con ellos, porque él fue quien buscó por todos los medios y con muchos sacrificios su concepción**. Para garantizar los derechos de la madre, el Juez dispuso

que el padre “deberá traerlos o permitir que ellos vengán a esta ciudad y estén al lado de su madre dos veces al año, en época de vacaciones de mitad y de fin de año. Cuando la señora Sarai pueda ir a los Estados Unidos, bien sea por sus propios medios económicos o por ayuda que le pueda brindar el señor SALOMÓN, se entiende que se cumple con el compromiso de las visitas (El resaltado es propio).

La opinión que nos merece el caso planteado, es inicialmente calificar de censurable el fallo de primera instancia, en la que el juez, pensando que se trataba de un alquiler de vientres, ha manifestado que “(v) Debido a las condiciones económicas de la madre y a la situación de subdesarrollo, inseguridad y pobreza que vive la ciudad de Cali, los niños con su padre van a tener el amor de una familia y van a contar con todas las oportunidades de vivir en un país desarrollado. (vi) El padre de los menores tiene un mejor derecho a estar con ellos, porque él fue quien buscó por todos los medios y con muchos sacrificios su concepción.” Solo estas dos consideraciones del juez fallador nos hace surgir los siguientes interrogantes para que las respuestas hacia los mismos nos permitan reflexionar sobre la realidad actual del tema:

- ¿Significa acaso que debemos hacer rangos de madres? ¿Cómo madres pobres y madres ricas?
- ¿Significa acaso que las madres pobres no podrán retener a sus hijos con ellas?
- ¿Significa acaso que las madres pobres deben dar sus hijos a los ricos?
- ¿Significa acaso una instrumentalización de las mujeres que pueden concebir,

a merced o en servicio de las que no pueden concebir?

En este punto es necesario manifestar que El arrendamiento de vientre, -conocido también como alquiler de vientre, como maternidad subrogada, o maternidad sustituta u otros- es una práctica que resulta cuestionable al darse la comercialización sobre el sujeto mismo (en este caso, la mujer) y sobre la cual la legislación colombiana ha guardado silencio, al contrario de otros países donde ha sido aceptada y regulada o rechazada expresamente. Según la Corte Constitucional Colombiana el alquiler de vientre o útero, ha sido definido por la doctrina como

El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.

La Corte, en esa ocasión manifestó:

La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la Ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

De ser así, la Corte está reconociendo implícitamente en esta sentencia, en nuestro concepto, que por más que el legislador deba regular el tema de manera exhaustiva, se debe **evitar** la mediación lucrativa, esto es, en nuestro concepto, implica que la Corte no da un visto bueno inicial a la figura de arrendamiento de vientre, el cual es oneroso y necesita del cobro de un canon por el objeto arrendado; de igual manera, manifestó que se debe evitar los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la Ley, lo cual aporta un límite a la disposición del cuerpo humano; así las cosas, podría estar pensando en la figura no con un móvil o fin lucrativo, sino altruista y de solidaridad, por la cual han optado algunos países, lo que llevaría a red denominar la práctica médica para no hablar de “arrendamiento” (Moadie, 2012).

Debido al carácter patrimonial del contrato de arrendamiento en Colombia, es de observar que por ser un contrato oneroso —en todo caso para que haya arrendamiento debe darse el pago de un canon mensual— se está colocando al vientre en el comercio y con este a la mujer —toda vez que hace parte de su cuerpo—, a lo que nos rehusamos no solo por la utilización de un carácter lingüístico y semántico prohibitivo por la Corte en el sentido de no cosificar al sujeto de derecho, sobre lo cual la Corte Constitucional colombiana ha construido una clara línea jurisprudencial, sino desde el aspecto ontológico toda vez se está utilizando al sujeto como un medio para un fin, lo cual es naturalmente censurable y absolutamente reprochable.

DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA EN GENERAL

En general, la procreación a través de asistencia científica, como lo denomina Colombia, en el citado Artículo de la Constitución, es lo que otros países han denominado técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) como España y Argentina, otros países lo denominan técnicas de procreación médica asistida (PMA) como Italia, procreación artificial (PA) como Francia (Moadie, 2015). En 2012, cuando Louise Brown alcanzó a sus 34 años de existencia luego de convertirse en 1978 en la primera bebé concebida fuera del útero (*bebé probeta*), los expertos en fertilidad estimaron que cinco millones de niños alrededor del mundo son el resultado de las técnicas de reproducción asistida.

El Comité Internacional para el Monitoreo de la Tecnología de Reproducción Asistida, una organización independiente, internacional y sin fines de lucro que reúne y difunde información internacional, durante la vigesimosexta reunión anual de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología el 1 de julio de 2012, presentó estimaciones sobre el número de partos exitosos resultado de tratamientos de fertilización in vitro e inseminación artificial. Se calculó la cifra de cinco millones basándose en “el número de ciclos de tratamientos para IVF e ICSI registrados a nivel mundial hasta el 2008 añadiendo los siguientes tres años”.

Las Familias formadas a través de procreación científica en Colombia, según datos médicos recopilados por la Fundación Colombiana de Parejas Infértiles (Funcopi), en nuestro país, del 25% de las personas

que están entre la edad de 25 y 35 años (12 millones), que buscan ser padres, un 2 % (2.5 millones) sufren de infertilidad. Lo cual que demuestra que es necesario y urgente liderar una política médica, para reglamentar los referidos procedimientos e incluirlos en los planes obligatorios de salud. Flores Salgado (2007), menciona como técnicas de reproducción asistida, las siguientes:

- La inseminación artificial.
- La fecundación in vitro: transferencia de embriones producidos en el laboratorio.
- La maternidad por sustitución, subrogada o de alquiler, consistente en el alquiler del útero para la gestación del menor, con acuerdo de la prestadora y que en ella se pueden reunir la inseminación artificial (homóloga y heteróloga) y la fecundación in vitro.

Las actuales técnicas de reproducción asistida se reducen según Sarmiento M. (2009) a la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro con embriotransferencia (FIVET) y la inyección espermática intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), considerando además que los demás nombres son variaciones de estas, que describen procedimientos similares usados con fines de reproducción extracorpórea.

VISIÓN SOBRE LAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

El único intento legislativo de Colombia al respecto. Año 2001. Resulta necesario manifestar que el órgano legislativo colombiano, intentó en una ocasión legislar sobre esta temática, aunque el referido intento

no culminó exitosamente; hacemos referencia al proyecto de Ley 151 de 2001, Senado, por el cual se pretendió “modificar los códigos Civil y Penal en lo referente a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, manipulación genética, se dictan normas sobre el genoma humano, de nuestra diversidad étnica, y otras disposiciones”. En la Exposición de motivos de dicho proyecto de Ley se señaló que era **urgente** para la ciencia, el ordenamiento jurídico y la sociedad misma con su dimensión y alcance multidisciplinario y de los diferentes criterios, científicos, jurídicos, sociales, culturales, morales, éticos y religiosos, que el Parlamento Colombiano se pronunciare y legislar teniendo en cuenta los postulados de la protección constitucional a los grupos familiares y el grado de aceptación social que estos tópicos tienen en nuestro país. Igualmente se dijo- sobre el aspecto que nos concentra-, que lo que se pretendía con esta iniciativa, era incorporar a nuestra legislación civil la aplicación de las técnicas de procreación humana asistida, y que era evidente que había que **legislar de inmediato**, ya que la ciencia no se detiene y es **deber del legislador ajustar ese alcance científico en nuestra normatividad**, ya que nos encontrábamos en el tercer milenio y tenían la obligación de guiar el camino que han de transitar las futuras generaciones, partiendo del principio de la existencia de la vida y la protección que como tal esta merece (las negrillas son propias) (Moadie 2015).

En tal virtud, lo que se pretendía con la mencionada iniciativa era legislar estableciendo **los parámetros** que los métodos científicos de procreación humana asistida debían tener, por tanto, incorporar

estos en el ordenamiento jurídico, y establecer **los límites** que estos adelantos médicos-científicos exigieran y señalar las prohibiciones, con ocasión de la aplicación de esas técnicas, de tal manera que se garantizaran los derechos de los involucrados. Este texto contenía en su art.46 varias prohibiciones, entre ellas, manifestaba el literal “h:) la maternidad por encargo, alquiler o subrogación de vientres”, aunque en honor de la verdad, se debe llamar la atención en el sentido en que ya ha pasado más de una década desde el mencionado intento legislativo, década en la que la humanidad y las legislaciones mundiales han regulado el tema del arrendamiento de vientres.

ACTUALIDAD LEGISLATIVA 2019

Consideramos que presionado por los avances jurisprudenciales y en cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional en Sentencias como la T-528 de 2014, donde la Corte, le ordena al Estado:

Adoptar medidas para incluir dentro del sistema de seguridad social en salud, técnicas o procedimientos de reproducción asistida, como es el caso de la fertilización in vitro, por constituir servicios médicos que pueden ayudar a superar esta afectación en la salud reproductiva del paciente y que no hacerlo, puede resultar violatorio a sus derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida digna de las personas, razón por la cual las parejas se ven obligadas a asumir los altos costos de los procedimientos o en el caso de las personas desfavorecidas, el aceptar con resignación sus capacidades reproductivas

Siendo esto una barrera al acceso al servicio de salud entre otras, el legislador colombiano en el mes de febrero expidió la Ley 1953 de 2019, por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva. En la mencionada Ley se acogió el concepto de infertilidad dado por la OMS, ya que en su Artículo 2 sobre definiciones, manifestó que:

La infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo que impide lograr un embarazo clínico después de doce (12) meses o más de relaciones sexuales no protegidas” y estableció un concepto inicial sobre las técnicas de reproducción humana asistida manifestando que son “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo.

En la mencionada Ley se ordena al gobierno nacional, a través del Ministerio de Salud y protección social adelantar - en el término de 6 meses (art. 3)- una política pública de solución a la infertilidad, a fin de garantizar el pleno ejercicio de las garantías sexuales y reproductivas en el sistema de seguridad social en salud, bajo los componentes de investigación, prevención, educativo, diagnóstico y adopción para así en un término no superior a un año:

En el Artículo 4 sobre tratamientos de fertilidad, donde señala que: establecida la política pública de infertilidad en un término no superior a un año, el Ministerio de Salud y Protección

Social reglamentará el acceso a los tratamientos de infertilidad...

Se reglamenta el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnica de reproducción humana asistida.

CONCLUSIONES

La persona es quien se relaciona con las cosas de la naturaleza, es el *sujeto* el que se relaciona con los *objetos* y permitir entre estos una confusión no solo semántica sino real, es contraria al entendimiento que la Corte le ha dado al principio de dignidad humana. Si acudimos al brocardico jurídico “Non est regula ius sumater, sed ex iure, quod est, regula fiat”, (el derecho no se obtiene desde las reglas, sino que éstas se inducen desde el derecho), entendemos que en este caso del alquiler de vientre, lo que hace imposible la comercialización del sujeto no es la usencia de su prohibición sino la imposibilidad moral de negociar con partes de nuestro cuerpo para dar vida a un ser; siendo así plausible soportar la prohibición del alquiler de vientres en Colombia en el “principio de dignidad humana” y de igual manera, de forma novedosa en esta ocasión, en el “principio de prohibición de cosificación del ser humano” y como una variante de este último, en el “principio de no comercialización del sujeto”. Sólo así, es posible comprender la definición de principios de Ronald Dworkin-principal representante de la teoría débil de los principios-como “un estándar que ha de ser observado no por que favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna

otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 1984)

También es destacable el ultimo avance legal que ha tenido la infertilidad en Colombia con la sanción de la Ley 1953 (2019), porque esto abre la puerta a la inclusión de tratamientos dentro del sistema de seguridad social en salud nacional, para las personas que tienen estas patologías. Por lo que el Gobierno nacional a través del ministerio de salud y protección social debe adelantar la política pública de infertilidad en término de 6 meses como reza en el Artículo 3 de la Ley. La pregunta que tendríamos que realizarnos es: ¿Qué tipo de procedimientos médicos estarán incluidos dentro de este nuevo lineamiento? Es cuestión de esperar un breve tiempo.

Indiscutiblemente lo complejo de la práctica del arrendamiento de vientre y sus implicaciones y controversias morales, sociales, éticas y legales, hacen dividir la opinión de los juristas y las legislaciones en el mundo. La ciencia no se detiene y algunas técnicas médicas (algunos le llaman avances, cabe cuestionarnos: ¿serán avances o retrocesos?) evidencian la posibilidad de visionar al sujeto de derecho como un medio más que como un fin, lo cual estaría invirtiendo lógicas aparentemente incuestionables en otros tiempos, pero que justamente con la llegada de dichas técnicas se estaría dando paso a la remoción de cimientos para aquellos que no cuenten con andamiajes sólidos de moralidad y respeto por el ser humano y su dignidad humana, no en vano desde hace más de dos siglos Immanuel Kant, sin vislumbrar algunas de estas técnicas.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Derecho y razón práctica*. Fontamara.
- Bergel, S. D. (2007). Bioética, cuerpo y mercado. *Revista Colombiana de Bioética*, 2(1), 133-164. <https://www.redalyc.org/pdf/1892/189217294007.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. (2005, 29 de noviembre). Sentencia C-1235 (Rodrigo Escobar Gil, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1235-05.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2014, 18 de julio). Sentencia T-528 (María Victoria Calle Correa, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-528-14.htm>
- Congreso de Colombia. (2019). Ley 1953. Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva. Diario Oficial 50.873. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30036289>
- Corte Constitucional de Colombia (2002, 17 de octubre). Sentencia T-881 (Eduardo Montealegre Lynett, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (2009, 18 de diciembre). Sentencia T- 968 (María Victoria Calle Correa, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>
- Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional n.º 116*. <http://bit.ly/2NA2BRg>
- Código Civil Colombiano. (1873, 26 de mayo). Artículo 1.
- Código Civil Colombiano. (1873, 26 de mayo). Artículo 1973.
- Dworkin, R. (1984). *Los Derechos en serio*. Editorial Ariel S.A.
- Flores Salgado, L. L. (2007). Reflexión ético jurídica sobre las técnicas de reproducción asistida. *Revista IUS*, (20), 97-113. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222932006>
- Gómez Sánchez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons.
- Moadie, V. (2011). Reflexión crítica sobre el fenómeno corporal en la legislación colombiana y su enfoque jurisprudencial. *Revista CRITERIOS*, 4(2), 151-180. <https://doi.org/10.21500/20115733.1964>
- Moadie Ortega, V. (2012). Principio de Dignidad Humana en el Arrendamiento de Vientre en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, 4(7), 111-131. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.4-num.7-2012-315>
- Moadie Ortega, V. & Díaz Pérez I. M. (2012). Aportes para un análisis crítico sobre la omisión legislativa del arrendamiento de vientres en Colombia. En *Una mirada al derecho desde la investigación jurídica y socio jurídica*. Memorias del VI encuentro de la red de centros y grupos de investigación jurídica y socio jurídica.
- Moadie, V. (2015). *Reflexión crítica sobre la fecundación post-mortem como técnica de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico colombiano y su incidencia en el ámbito filial y sucesoral*. XI Jornadas de sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. <http://cdsa.aacademica.org/000-061/327.pdf>
- Portela, J. G. (2009). Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. *Dikaion*, 23(18), 33-54. <https://www.redalyc.org/pdf/720/72012329003.pdf>