

El arrendamiento de vientre en Colombia

Gustavo Adolfo Marín Vélez*

NOTA:

El presente texto corresponde a la ponencia presentada por el autor en el marco del 1 Simposio Internacional "Derecho y Cuerpo Humano": La Medicina y el Derecho en el siglo XXI, efectuado en la Universidad de Medellín, durante los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2002.

RESUMEN

Los vertiginosos avances en los campos de la medicina y la genética han permitido el descubrimiento y la implementación de variadas prácticas orientadas a hacer viable el proceso de reproducción humana de una manera asistida. La humanidad parecía resignarse ante las posibilidades exclusivas de la reproducción natural y quizás sea en el siglo XX cuando en forma rigurosa y disciplinada se aplicó al estudio de nuevas alternativas de reproducción humana, normalmente dirigidas a resolver problemas de infertilidad, tanto femenina como masculina.

Ahora bien, es cierto que hemos avanzado significativamente en estas nuevas técnicas, pero es claro también que ellas plantean complejos problemas desde la óptica del Derecho, ya que en el contexto jurídico colombiano in profundo vacío normativo caracteriza nuestro desconocimiento de dichas posibilidades científicas, lo cual obviamente ha generado encendidas polémicas en el momento de abordar las múltiples problemáticas surgidas frente a la reproducción humana asistida.

El presente trabajo pretende consignar un marco general, a manera de "estado del arte", sobre una de las más importantes variantes de la reproducción humana asistida, a saber: El arrendamiento del vientre. Pero estas reflexiones se hacen desde la perspectiva de la permisión de dicha modalidad contractual, dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

* Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín. Especialista en Derecho Inmobiliario de la Universidad Pontificia Bolivariana. Perito evaluador inscrito en el Registro Nacional de Evaluadores de FEDELONJAS. Profesor investigador en las universidades Pontificia bolivariana y de Medellín. Miembro del Comité Jurídico de Lonja Propiedad Rafe de Medellín. Arbitro conciliador certificado por el Ministerio de Justicia y del Derecho. Arbitro y conciliador vinculado al Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín. Asesor jurídico de copropiedades y empresas del sector privado.

ABSTRACT

The vertiginous advances in the fields of medicine and genetics have allowed the discovery and implementation of various practices oriented towards making the process of human reproduction through assisted manner viable. Humanity seemed to be resigned before the exclusive possibilities of natural reproduction and it may be in the 20th century when the study of new alternatives of human reproduction was applied in a rigorous and disciplined way, normally directed towards resolving the problems of infertility, be they feminine or masculine.

Now then, it is true we have advanced significantly in these new techniques, but it is also clear that they lay out complex problems from within the view of law, for in the Colombian juridical context, a profound normative void characterizes our lack of knowledge in such scientific possibilities, which obviously has generated heated polemics when approaching the multiple problematic issues arising from assisted human reproduction.

This paper pretends to consign a general “state of art” framework over one of the most important variables of the assisted human reproduction to be known: The leasing of wombs. But these reflections are made parting from the perspective of the permission to such a contractual modality, within the Colombian juridical order.

PALABRAS CLAVE

- Reproducción natural: Proceso de reproducción humana que parte exclusivamente de la cópula entre el hombre y la mujer.
- Reproducción humana asistida: Consiste en la asistencia médica para lograr el embarazo.
- Infertilidad: Presencia de factores físicos que impiden la gestación de un ser humano.
- Inseminación artificial: Conjunto de procedimientos médicos para permitir que un óvulo fecundado pueda finalmente convertirse en un embrión (mórula-embrión-feto).
- Inseminación in vitro: Consiste en la unión de un óvulo y un espermatozoide en el laboratorio, para luego ser implantado en el útero de la mujer. Procedimiento completo para la instalación del óvulo fecundado en el útero de la madre sustituta.
- Tecnología reproductiva: Disciplina científica iniciada a partir del año 1950, principalmente en algunos países europeos (Francia, Inglaterra, Alemania). Conjunto de manipulaciones e intervenciones médicas al proceso de reproducción humana natural.
- Derechos sexuales y reproductivos: Conjunto de derechos humanos asociados a la vida sexual y reproductiva de las personas. Constituyen un ejercicio de la libertad individual.
- Salud reproductiva: Es entendida como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos.

La problemática de la reproducción de la especie humana ha ocupado un papel preponderante en la historia de la humanidad. Dicha preocupación, y como una nota particular, presenta dos proyecciones con alcances opuestos. En efecto, resulta tan preocupante para el hombre su imposibilidad de reproducirse, como que dicha actividad reproductiva se exprese ilimitadamente y sin ningún control.

En las diversas concepciones acerca del desarrollo de la especie humana, modernamente se ha postulado como un verdadero derecho humano, los denominados DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS, los cuales están llamados a ocupar un papel fundamental en el siglo XXI.

La presente investigación tuvo como objeto principal de estudio el sentido negativo de esta problemática reproductiva; es decir, el estudio sobre los medios de reproducción humana asistida y, particularmente, sobre uno de ellos, denominado: “La maternidad subrogada por la vía del arrendamiento de vientre”.

En verdad, esta problemática puede ser analizada y discutida desde diversas perspectivas: política, económica, social, ética, filosófica, médica y, obviamente, desde la perspectiva jurídica. Esta última lectura jurídica nos ha permitido, a su vez, detectar los enormes vacíos normativos en el ordenamiento jurídico colombiano, en lo que hace relación al arrendamiento de vientre como mecanismo facilitador de la reproducción humana. Esta situación hace evidente el gran número de interrogantes que el operador jurídico debe resolver en el momento de acercarse a esta compleja temática del Derecho, lo cual, obviamente, le ha planteado interesantes y motivadores retos a la tarea de investigación efectuada.

Esta problemática nos remite a otros problemas colaterales de no menor importancia, tales como el derecho a una vida sexual plena, el derecho a la procreación, el derecho a la salud, el derecho al bienestar de la pareja, todos ellos inscritos en el marco de las preocupaciones por una sociedad mejor.

Una revisión cuidadosa de nuestro ordenamiento jurídico, efectuada desde la óptica constitucional y legal, indicó que a pesar de la falta de tipicidad contractual que registra el arrendamiento de vientre, múltiples normas en fin de cuentas hacen evidente su validez jurídica. En efecto, en la moderna concepción de la salud, superando el simplismo que la define como la mera ausencia de responsabilidad, pasando a una categoría omnicomprensiva de la misma, asumida como el bienestar y el equilibrio físico, mental y social de la persona y tomados de la mano de este nuevo concepto de salud, han surgido con pleno vigor los denominados derechos sexuales y reproductivos, concepto afín al de salud reproductiva, entendida como un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos.

Múltiples tratados, convenios y decisiones de organismos multilaterales, plenamente vinculantes para los Estados, han ligado los derechos sexuales y los reproductivos, asumiendo que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir si hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia..”

A su turno, el artículo 2° de nuestra Carta Política, en una concepción de indudable avanzada, estableció la igualdad de los hijos habidos dentro del matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica. Resulta claro que para viabilizar la procreación de un nuevo ser recurriendo al arrendamiento del vientre de la madre gestante, se hace necesaria la asistencia científica.

Finalmente, y como una manera de ratificación de la hipótesis propuesta en la investigación, se concluyó que, en el contexto del ordenamiento jurídico colombiano, el arrendamiento de vientre se presenta como una práctica ajustada al derecho; por ende, y ante la ausencia de normativa reguladora, se constató la urgencia de su regulación.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema objeto de estudio consiste fundamentalmente en determinar la viabilidad jurídica de emplear, como método reproductivo humano, la asistencia médica para implantar, un embrión (unión de óvulo y espermatozoide) en el útero de una mujer (madre sustituta), quien recibe, a cambio, una contraprestación económica o canon de arrendamiento por adelantar los procesos de gestación y parto del bebé.

2. LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

2.1. Concepto: Consiste en la asistencia médica para lograr el embarazo.

2.2. Modalidades:

2.2.1. Inseminación artificial: Mediante medios, instrumental y personal médico, inocular el semen en el útero de la mujer que adelantará la gestación.

Formas:

- Inseminación artificial homologa: Cuando el semen inoculado a la mujer corresponde al de su cónyuge o compañero.
- Inseminación artificial heteróloga: Cuando el semen inoculado a la mujer no corresponde al de su cónyuge o compañero, es decir, el semen es de un tercero. También ocurre cuando el semen del cónyuge o compañero se inyecta en el útero de una mujer diferente de su cónyuge.

2.2.2. La fecundación “in vitro”: Consiste en la unión de un óvulo y un espermatozoide en el laboratorio, para luego ser implantado en el útero de la mujer. Procedimiento completo para la instalación del óvulo fecundado en el útero de la madre sustituta.

2.3. Concurrencia de maternidades: En los procesos de procreación asistida, pueden hacer presencia estos tres (3) tipos de maternidad, en el concepto clásico:

- 2.3.1. Maternidad fisiológica: Asociada al acto médico del parto (gestación - parto).
 - 2.3.2. Maternidad biológica (o genética): Mujer aportante de su propio óvulo para ser implantando en el útero de otra mujer.
 - 2.3.3. Maternidad educacional o afectiva: Rol cumplido por la mujer que funge como madre y que velará por el desarrollo integral del niño, como auténtico ser humano.
- 2.4. Regulación normativa:
- 2.4.1. Ley 9 de 1979: Código Sanitario Nacional.
 - 2.4.2. Ley 73 de 1988: Sobre manejo de órganos y componentes anatómicos humanos.
 - 2.4.3. Decreto Reglamentario Nº 1546 de 1998: Regulatorio de las Unidades de Biomedicina Reproductiva.

3. TECNOLOGÍA REPRODUCTIVA

Disciplina científica iniciada a partir del año 1950, principalmente en algunos países europeos (Francia, Inglaterra, Alemania)

- 3.1. Concepto: Conjunto de manipulaciones e intervenciones médicas al proceso de reproducción humana natural.
- 3.2. Objetivo: Brindar bienestar a un grupo reducido de parejas y viabilizar la realización humana, mediante la procreación de hijos, específicamente para las parejas infértiles.
- 3.3. Presupuesto básico: El hombre es insuficiente para la reproducción.
- 3.4. Factores incidentes en la reproducción natural:
 - 3.4.1. Factor masculino: 45% de responsabilidad en el embarazo.
 - 3.4.2. Factor femenino: 55% de responsabilidad en el embarazo.
 - 3.4.3. Factor común: 1% ó 2% de responsabilidad en el embarazo.
- 3.5. Causas predominantes de infertilidad:
 - 3.5.1. Causas tuboperitoneales: (Trompas de Falopio)
 - 3.5.2. Causas endocrinas: (Comandan la ovulación)
 - 3.5.3. Causas inmunológicas: (Destrucción de espermatozoides en el medio vaginal, por ejemplo).
- 3.6. Problemas de fertilidad resueltos con la tecnología reproductiva:

3.6.1. Del hombre: Situaciones:

- Mujer normal, ovuladora, ovario normal, trompa normal, con hombre oligoasteni- nospermio (pocos espermatozoides y lentos). Solución: Ayudar a los espermato- zoides a que suban al ovario (selección de los más rápidos y mejores) y, luego, ovulación inducida con droga (inseminación homologa).
- Mujer normal, ovuladora, ovario normal, trompa normal, con hombre sin esperma- tozoides, sólo con liquido seminal. Solución: De otro hombre (donante) se extraen los espermatozoides y se implantan en el útero de la mujer, (inseminación heteróloga, iniciada en 1960, alto costo económico).
- En la actualidad no se conoce de la intervención científica al espermatozoide débil.

3.6.2. De la mujer: Situaciones:

- Mujer nacida sin ovarios, o están destruidos (conocido como menopausia precoz). Solución: Donación de un óvulo de un ser cercano (hermana) y extracción de un espermatozoide al esposo y, en un medio externo, (laboratorio) unirlos (insemi- nación “in vitro”).
- Mujer nacida sin útero. Solución: Se retira el óvulo de la mujer, se extrae el espermatozoide al hombre y se unen (bebé probeta) y luego se instala en una madre sustituta (1981).
- Mujer con útero normal, ovario normal y trompas obstruidas.

Solución: Se le extrae un óvulo, o varios óvulos, se estimula una superovulación, se construyen varios embriones y se congelan; luego se implantan uno o varios embriones en el útero, procurando éxito.

Frente a los embriones sobrantes, éstos se congelan en nitrógeno líquido a una tem- peratura de -160°C (nunca superior a -196°C), con altos costos económicos (reactivos, laboratorios, equipos, recursos humanos, etc.).

En Londres (Inglaterra), recientemente un laboratorio informó tener cerca de 3.000 embriones congelados. Posibilidades:

- Destruirlos (¿muerte de seres vivos?)
- Continuar congelados: Posponer el problema.
- Reutilizarlos: Para otras posibilidades de la ciencia médica, reconstruir tejidos para atender enfermedades, cultivar tejidos para órganos, etc. (¿Quién es el titular de los mismos?)

4. LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

- 4.1. Concepto de salud: No es sólo la ausencia de enfermedad. Es procurar el bienestar y el equilibrio físico, mental y social de la persona (concepto integral).

En esta perspectiva, el bienestar y el equilibrio humano provienen también de un encuentro con la actividad sexual, orientada a la procreación. Tener hijos (descendencia), integrar un núcleo familiar y tener la experiencia de educar una familia con una determinada visión existencial, constituyen factores integrantes de la salud y del desarrollo de la condición humana.

- 4.2. Concepto de salud reproductiva: Es entendida como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos.

- 4.3. El Derecho Internacional y los derechos reproductivos: “Los derechos humanos expresan los derechos inalienables de las personas, imponiendo límites al poder del Estado, así como obligaciones positivas para garantizar y promover el ejercicio de éstos.

“Los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales son de obligatorio cumplimiento para los estados que los suscriben y generan responsabilidad internacional en caso de violación.

“La doctrina internacional de los derechos humanos, reconoce tres niveles de obligaciones para los Estados, que sirven para examinar la responsabilidad estatal:

- Obligación de respetar (Duty to Respect)
- Obligación de proteger (Duty to Protect)
- Obligación de garantizar la realización de los derechos humanos (Duty to Fulfill)”¹

- 4.3.1. Primera Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos (Teherán, 1968). El acto final de la conferencia incluyó una sección dedicada a las medidas estatales para promover los derechos humanos de las mujeres. Igualmente, en esta conferencia se reconoce, por primera vez, el derecho humano fundamental de los padres “...a determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre sus nacimientos”. (Artículo 16)

- 4.3.2. En el año 1972 la Asamblea General de las Naciones Unidas definió el año 1975 como el Año Internacional de la mujer.

- 4.3.3. Naciones Unidas (México) estableció la década de 1976 a 1985 como la Década de la Mujer de las Naciones Unidas.

- 4.3.4. Protocolo de San Salvador (1988). XVIII periodo de sesiones de la OEA: Define la salud como un “bien público”.

- 4.3.5. Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Viena, 1993): Declaró los derechos de las mujeres como parte inalienable, integral e indivisible de los Derechos Humanos.

4.3.6. Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994): El programa de acción de El Cairo identifica por primera vez una categoría de derechos humanos, denominada “Derechos

Sexuales y Reproductivos”, que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo.

Igualmente, consagra que”... la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir si hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia...”

4.3.7. Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995): Consagró la importancia de asegurar la protección de los derechos de la mujer, estrechamente ligados a los derechos reproductivos y sexuales.

4.3.8. Convención Americana. Pacto de Derechos Civiles y Políticos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que el derecho a la vida impone obligaciones positivas a los gobiernos para prevenir y evitar situaciones que pongan en riesgo la vida de las personas, como es el caso de mujeres que mueren a causa del embarazo.

4.3.9. Naciones Unidas. Declaración Universal. Consagra el derecho a la salud, la salud reproductiva y la planificación familiar.

4.4. El contexto normativo colombiano:

4.4.1. Constitución Nacional (1991)

- Artículo 1o. Forma del Estado. Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran.
- Artículo 2o. Fines del Estado. Es función de las autoridades colombianas protegerá todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.
- Artículo 6o. Responsabilidad de los particulares. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringirla Constitución y las leyes.
- Artículo 16°. Libre desarrollo de la personalidad. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.
- Artículo 42°. Derechos y deberes en la institución familiar. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. 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.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

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 progeneración responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

4.4.2. Ley 100 de 1993 (Sistema de Seguridad Social Integral)

- Preámbulo. La seguridad social integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica individual y la integración de la comunidad.
- Artículo 10. Principios generales. Sistema de Seguridad Social Integral. El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables

de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley u otras que se incorporen normativamente en el futuro.

- Artículo 2o. Principios. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

4.4.3. Decreto № 1546 de 1998. Sobre obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos y condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva.

- Artículo 1o. La salud es un bien de interés público, en consecuencia son de orden público las disposiciones contenidas en el presente decreto.
- Artículo 2°. Definiciones.

Unidades de Biomedicina Reproductiva. Son todas aquellas que prestan servicios de estudio, asistencia, tratamiento e investigación en salud reproductiva con especial énfasis en la infertilidad de la pareja”, Incluyendo actos quirúrgicos de diagnóstico y tratamiento con técnicas de reproducción asistida que contemplan la obtención de preembriones, que vayan en beneficio de la recuperación de la fertilidad tanto de la mujer como del varón, la obtención de material biológico con el mismo fin y la posibilidad del logro de un embarazo...

- Artículo 43°. ...El objeto de las unidades de la Biomedicina Reproductiva, será el de prestar servicios de salud en el área de la Biomedicina Reproductiva de acuerdo con los principios de calidad, oportunidad y racionalidad lógico-científica.
- Artículo 51°. Vigilancia y control. Privativamente corresponde a las Direcciones Territoriales de Salud y subsidiariamente a la Superintendencia Nacional de Salud y al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA.

4.4.4. Ley 599 de 2000 (Código Penal)

- Artículo 134°. Fecundación y tráfico de embriones humanos. El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de uno 111 a tres (3) años.

En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título.

5. VIABILIDAD JURÍDICA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN COLOMBIA

- 5.1. Principio de la autonomía privada: En nuestro sistema jurídico los particulares estamos autorizados para la realización de todo tipo de actos jurídicos (contratos) que no estén expresamente prohibidos por las normas y que tampoco desconozcan normas de carácter imperativo o de orden público.

“...La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que éstos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad...”²

Esta posición fue posteriormente reiterada por nuestro máximo Tribunal Constitucional, en los siguientes términos:

“...Dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce aunque no con carácter absoluto, la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público...”

Los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales permiten expresar los alcances o manifestaciones de esa autonomía de la voluntad privada, proyectados en el campo práctico de la siguiente forma:

- Libertad de discusión: En la etapa de conservaciones preliminares, también denominada “etapa precontractual”, las partes disponen de libertad para expresar los objetivos o intenciones perseguidos por la celebración del mismo. Las partes deben situarse en un plano de igualdad para convenir razonablemente los términos, plazos y condiciones generales del contrato.
- Libertad de conclusión: Concluida la etapa prenegocial y habiendo conocido los alcances y posibles efectos jurídicos del contrato proyectado, las partes están en libertad de decidir sobre la celebración o no del proyectado contrato, en el entendido claro de que decidiendo la celebración del contrato, se seguirán unas determinadas consecuencias jurídicas.

- Libertad de configuración: “Consiste en determinar el contenido del contrato, respecto a la forma contractual más conveniente. Los interesados pueden decidir cuál esquema de contrato les resulta más ventajoso para sus fines o propósitos.

Se extiende la libertad de configuración a la determinación de los efectos del negocio. Salvo las limitaciones jurídicas, las partes pueden libremente pactar los derechos y las obligaciones que le atribuyen al vínculo, el alcance de sus facultades y deberes...”³

- 5.2. Validez de los actos jurídicos atípicos o innominados: Como es apenas lógico, el ordenamiento jurídico resulta insuficiente para regular o reglamentar todas las posibilidades negociables que se le presentan o desarrollan los particulares en su cotidiano vivir. Esta realidad inobjetable hace que en la práctica se presenten modalidades contractuales que por el hecho de no estar reglamentadas en la norma, no carecen de validez jurídica.

En nuestro sistema jurídico se le confiere validez y eficacia jurídica a los llamados actos jurídicos atípicos o innominados, aunque ellos ofrecen dificultades para la interpretación y resolución de los conflictos que surgen de los mismos. No obstante, la propia norma establece una metodología para la interpretación de tales conflictos, tal como lo previene el Artículo 80 de la Ley 153 de 1887, en los siguientes términos:

- En primer lugar deberán revisarse las estipulaciones libremente pactadas por las partes.
- Las normas generales de todos los actos jurídicos (contratos).
- Las normas reguladoras del acto jurídico (contrato) más semejante.
- La doctrina constitucional (fallos de los jueces y tribunales).
- Las reglas o principios generales del Derecho.

El arrendamiento de vientre, como modalidad contractual, carece de una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico, pero desde este punto de vista sería considerado un contrato atípico, cuya problemática podría abordarse adoptando los criterios interpretativos ya expuestos.

- 5.3. Inexistencia de norma imperativa © de orden público de carácter prohibitiva-. En efecto, no se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico una norma legal que de manera expresa prohíba la celebración del contrato de arrendamiento de vientre, como medio posibilitante de la procreación humana.

Tampoco existe norma reguladora que atenúe, limite o restrinja su eficacia jurídica.

En tales condiciones, es viable la aplicación del principio general según el cual los particulares estamos facultados para celebrar todos los actos jurídicos que no estén expresamente prohibidos por las normas y que no desconozcan normas imperativas.

- 5.4 Existencia de normas autorizadoras de la procreación asistida:

- 5.4.1. Los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos y aprobados por Colombia y en los que de una manera explícita se reconoce la existencia de los derechos humanos y específicamente de los denominados “Derechos Sexuales y Reproductivos” de las personas.
- 5.4.2. La Constitución Nacional reconoce y autoriza expresamente en su Artículo 42 que”... Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente **o con asistencia científica** tienen iguales derechos y deberes...”

Y más adelante establece: “...La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos...”

Como se observa, la norma superior no establece impedimento alguno para la celebración del contrato de arrendamiento de vientre, siendo ésta una modalidad de la procreación humana obtenida con asistencia científica, ya que se requiere la intervención médica para la implantación del óvulo fecundado en el vientre de la madre gestante o sustitua

- 5.4.3. El Decreto № 1544 de 1998: Autoriza la creación y funcionamiento de las denominadas “Unidades de Biomedicina Reproductiva”, permitiendo su operación normal y siempre bajo el necesario control y vigilancia de las autoridades estatales.

En esta norma se efectúa una autorización implícita para la práctica de procedimientos constitutivos de tecnología reproductiva bajo diferentes modalidades medicas, autorizando el trasplante de componentes anatómicos humanos y su manipulación.

Se trata de un cuerpo normativo que constituye soporte jurídico fundamental para las prácticas de la procreación humana asistida, empleando los procedimientos propios de la tecnología reproductiva, de donde se infiere la autorización para la práctica del implante del óvulo fecundado en el vientre de la madre gestante o sustituta.

- 5.4.4. La Ley 599 de 2000 (Código Penal): Esta norma (artículo 134), penaliza con pena privativa de la libertad la fecundación de óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, la investigación científica y el tratamiento o diagnóstico de enfermedades.

Se observa con claridad el propósito del legislador de respetar y estimular los sanos objetivos de la procreación humana asistida, entendida como mecanismo de solución a los impedimentos de toda índole que comporta la pareja para procrear hijos.

Este conjunto de normas, si bien es cierto no consagra terminológica y conceptualmente la autorización para la celebración del contrato de maternidad subrogada por la vía del arrendamiento de vientre, sí permite concluir, con una sana y lógica interpretación, la permisión para su practica, por lo menos en el contexto de parejas

física o mentalmente inhabilitadas para la procreación de hijos con la consecuente conformación de un núcleo familiar en los términos como lo proclama y lo respalda nuestra Carta Fundamental y en general el ordenamiento jurídico colombiano.

6. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE QUIENES SOSTIENEN LA INVALIDEZ JURÍDICA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN COLOMBIA

- 6.1. "... Se puede llegar a producir la explotación de la mujer pobre por la rica, que se ahorra, pagando las molestias de una gestación y el parto..."⁴
- 6.2. "...Se debe garantizar el respeto de los derechos humanos en esta materia, fundamentalmente mediante el reconocimiento del derecho a un patrimonio genético con la finalidad de garantizar la fácil manipulación de éste..."⁵
- 6.3. El tratadista Javier Gafo⁶ ha agrupado de manera magistral un conjunto de reservas jurídicas, políticas, médicas, antropológicas y sociales a la denominada maternidad subrogada por la vía del arrendamiento de vientre, las cuales se explican por sí solas y, por ende, nos relevan de todo comentario:
 - La procreación humana debe limitarse a las relaciones de amor recíproco de dos personas. Introducir una tercera en el proceso de la procreación constituye un ataque contra los valores fundamentales, puesto que la contribución de la mujer gestante es mayor, más íntima y duradera que la del simple donante. Se ponen en juego el amor y la familia, con grave peligro de pérdida y sin contraprestación de ganancia equilibrada.
 - La capacidad de gestar es intransferible; no puede ser objeto de transacciones y, además, la madre, no sólo cede el útero y, en su caso, gametos, sino que se cede toda ella, quedando implicada la totalidad de su ser y de su personalidad.
 - La maternidad subrogada es un atentado a la dignidad de la persona que, en este caso, es simplemente una mujer, ya que la subrogación se hará normalmente por medio de un contrato con lo que, una vez más, el cuerpo femenino quedará sometido a comercio.
 - La maternidad subrogada plantea gravísimos problemas y conflictos entre los derechos y obligaciones de cada una de las posibles madres.
 - Es incompatible con la dignidad humana que una mujer explote su útero con fines de lucro y lo emplee como incubadora de un niño que no va a ser suyo. Ni la mujer es una incubadora humana, ni el niño una mercancía.
 - No se puede pedir que una mujer asuma el embarazo en sustitución de otra, por dinero, ni obligarla a desprenderse, contra su voluntad, del niño gestado en su vientre.
 - La maternidad subrogada deforma la relación madre-hijo. Hay un planteamiento equivocado del embarazo, potencialmente nocivo para el niño cuyos lazos con la gestante son muy sólidos y cuyo bienestar es el de mayor importancia.

- En la maternidad subrogada, el hijo es tratado como simple medio y no como fin per se; como un bien útil y no como un valor en sí mismo.
- La subrogación es, además, degradante para el niño intercambiado por dinero.
- La maternidad subrogada pide que se instaure y afirme la extraña figura de la adopción pre-natal, como único camino para dar solución jurídico-positiva a los problemas paterno-filiales, que origina la subrogación maternal.
- No es válido ni exacto el pretendido paralelismo entre subrogación maternal y la pretérita subrogación de alimentación maternal, incluso por dinero, de las nodrizas. En esta hipótesis no
- se produce un niño nuevo: ya existe uno nacido al que hay que alimentar y salvar por todos los medios posibles.
- El mínimo anonimato imprescindible en materia de fecundación artificial se hace imposible o mucho más difícil en la maternidad subrogada.
- La maternidad subrogada adelanta a un primer plano la autonomía individual de las partes interesadas, en detrimento del interés público y el bien común, a los que afectan, muy de cerca, los impactos ético-familiares y sociales que provoca la subrogación maternal.
- La maternidad subrogada repugna al orden social, no encuentra acogida ni terreno propicio y es totalmente desaconsejable, sin que baste para ponerle límites ni la inhibición del legislador ni su misma prohibición civil y/o administrativa; hay que llegar hasta la penalización.
- La maternidad subrogada es una tercena biológica, un adulterio biológico, genético, que quedaría legalizado.
- La gestación subrogada cimienta entre el niño gestado y la madre gestantes, a todo lo largo de la gestación, continua interrelación irreductible a lo meramente biológico y hasta a lo psicológico, según el modo, circunstancias y estilo con que atraviesa la madre el embarazo, más o menos voluntario. Estas repercusiones originan nexos de todo tipo para el niño y su personalidad a lo largo de la vida.

7. LOS GRANDES INTERROGANTES

Desde luego, el problema objeto de estudio plantea innumerables preguntas para el Derecho, para la Medicina y, en general, para la sociedad contemporánea que postula, como fundamento de su existencia, el mejoramiento de la calidad de la vida humana.

En este orden de ideas, debe reconocerse que el debate sobre el tema en cuestión apenas comienza, y que dicha situación reclama una postura de apertura mental para admitir, con razonable y ponderado criterio, la necesidad de una ruptura de los paradigmas históricamente conocidos frente al polémico, dinámico y siempre inquietante problema de la reproducción humana.

Seguidamente se reseñan algunos de los más importantes interrogantes y/o problemas que pueden derivarse del arrendamiento de vientre como método de procreación humana asistida en Colombia:

- ¿Qué tipo de negocio jurídico se celebra entre la pareja contratante y la madre sustituta?
- La madre sustituta ¿debe ser contratada por una pareja, o puede ser una mujer sola?
- El contratante de la madre sustituta ¿puede ser un hombre solo, sin esposa ni compañera?
- En el contrato de arrendamiento de vientre, ¿puede configurarse ilicitud por objeto o causa?
- ¿Cómo se establece la filiación? ¿Normas del Código Civil o carga genética?
- ¿Cuál sería la ubicación del embrión, del feto y del nacido, como extremos subjetivos del contrato?
- En el contrato de arrendamiento de vientre, ¿se exige la capacidad de las partes para el contrato? ¿Cómo? ¿Porqué?
- ¿Qué incidencia jurídica tendría en el negocio jurídico un vicio del consentimiento en la mujer que gesta?
- ¿Qué ocurriría con la mujer gestadora obligada a llevar a término el proceso de gestación, si en la transferencia recibió varios embriones, corriendo grave riesgo su vida?
- ¿Cuáles son las obligaciones de la madre sustituta antes de la gestación, durante la gestación y después del parto?
- ¿Cuáles son las obligaciones de la pareja contratante antes, durante la gestación y después del parto?
- ¿Cuál es el tipo o modalidad contractual que se celebra entre la pareja contratante y el médico?
- ¿Cuáles son las obligaciones del médico frente a la mujer portante del feto?
- ¿Qué consecuencias jurídicas tendría el hecho de que la mujer que gesta haya obrado sin el consentimiento de su esposo?
- ¿Cómo se clasifica el derecho sexual y reproductivo de la mujer, consistente en querer ser madre?
- ¿Cómo se define el derecho del nacido, por medio de madre sustituta, a conocer su propio origen?
- ¿Cuáles serían las recomendaciones éticas para los centros de fertilización “in vitro”?
- ¿Es posible la transmisión de enfermedades de los padres biológicos a la madre sustituta, una vez efectuada la instalación del óvulo fecundado en su vientre?
- ¿Es posible la transmisión de enfermedades de la madre sustituta al nuevo embrión fecundado recibido?
- ¿Es necesaria la compatibilidad de razas (étnica) entre la madre sustituta y los padres biológicos? ¿Qué incidencia tiene?
- Si se constata una malformación física en el embrión, desde el punto de vista médico, ¿quién podría resolver sobre la suerte futura del embrión.- la madre sustituta o los padres biológicos?

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

- ALBALADEJO, Manuel. Derecho de Obligaciones. Tomo II, Vol. 1. José María Bosh Editor. Barcelona.
- ALEXI, Robert. El Concepto y la Validez del Derecho. Editorial Gedisa. Colección Estudios Alemanes. España. 1994.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, María Yolanda y Restrepo M. Luz Mana. *los Principios Generales del derecho en la Contratación Privada*. En: Estudios de Derecho. Vol. 57 Nro. 129. Medellín. 1998
- ANGARITA GÓMEZ, Jorge. Lecciones de Derecho Civil, Personas y representación de incapaces. Editorial Temis, S.A. Bogotá. 1994.
- ARIAS LONDOÑO, Melba. Derecho de Familia. Ecoe Ediciones. Santa Fe de Bogotá, 1993.
- ARRUBLA PAUCAR, Alberto. La Autonomía de la Voluntad privada y del Derecho Mercantil. Contratos Mercantiles. Tomo I. Biblioteca Jurídica Diké, Octava Edición. Medellín. 1997.
- BARRERÉ UNZUETA, Mana Ángeles. Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y Acción Positiva a Favor de Las Mujeres. Ed. Cuadernos Civitas. España. 2001.
- BOHORQUEZ ORDUZ, Antonio. Construcción del Contenido del Negocio Jurídico y Restricciones a la Autonomía Privada. De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. Vol. 1. Ediciones Doctrina y ley. Bogotá. 1996.
- BOLÍVAR Z, Francisco y BALBAOS, Paulina. Ingeniería Genética y Biotecnología. Ed. OEA. Washington. 1989.
- BOTERO BERNAL, José Fernando. De la Manipulación Genética en el Nuevo Código Penal Colombiano. Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.. Medellín. 2001.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique, El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética, Editorial DYKINSON, S.L. Madrid. 1996.
- CÁRCAVA FERNÁNDEZ, María. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana. Barcelona, España: Ed. José María Bosch Editor S.A. 1995.
- CARDONA HERNÁNDEZ, Guillermo. Curso de Contratos. Editorial Librería Doctrina y Ley. Bogotá. 1991.
- CARRERAS M, José y Dexeus de Be. José M, en la obra *Así nace un niño*. Colección Salvat Temas Clave. Aula Abierta. Salvat Editores, S.A. 1984
- CASADA, María R. y GONZÁLEZ, Russer. Los Relatos de la Genética del siglo XXI. Ed. Universidad de Barcelona. Barcelona. 1999.
- CUEVAS GÓMEZ DE LA TORRE, Ximena Andrea y MUÑOZ GUENAGA, Renán Andrés. Maternidad Subrogada. Director Dr. José Miguel Lecaros Sánchez. Profesor de derecho civil. Universidad Central Santiago de Chile. Chile: 1997.
- DÍAZ ELÍAS. María Teresa y Ramos Guantánamo, Carmen Sugranyes. *Las técnicas de reproducción asistida; nuevos retos para la administración de justicia*, en Revista Nº 13 de los estudiantes de la facultad de jurisprudencia de! Colegio Mayor de Nuestra Señora de! Rosario, febrero y mayo de 1999.

- ESCOBAR SANÍN, Gabriel. Principios Rectores de los Contratos. Negocios Civiles y Comerciales. Tomo II. Biblioteca Jurídica Diké. 1994.
- ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA". Hermenéutica del Derecho. Colombia. 2000.
- FEMENIA LÓPEZ, Pedro 1. Status Jurídico del Embrión Humano, con Especial Consideración al Concebido in Vitro. Ed. Ciencias Jurídicas. Madrid. 1999.
- GAFO, Javier. Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho. Ed. Universidad Pontificia Comillas. Madrid. 1986.
- GAVIRIA, Carlos. *La interpretación Constitucional*. En: Cifuentes, Muñoz, Eduardo. Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano. Editorial Diké. Medellín. 1994.
- GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. *El Contrato de Gestión Sustitutiva*. En: Medicina, Ética, y Delito. Bogotá. Análisis 1990.
- GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. Los Retos Jurídicos de la Genética. Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho. Bogotá. 1995.
- GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. *Mujeres, derecho a la procreación e inseminación artificial*. En: Homenaje a Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1993.
- GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. *Repercusiones de los avances Genéticos en el Derecho*. En: Externadista. Universidad Externado de Colombia. Revista № 1. Bogotá. 1992.
- HERRERA CAMPOS, Ramón, La inseminación artificial: aspectos doctrinarios y regulación legal española. Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada. España. 1991.
- LEAL DAVIDA, Luis. *La reproducción artificial humana frente al derecho colombiano*. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias políticas. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín: No. 87 - 88, octubre, noviembre, diciembre 1089; enero, febrero, marzo, 1990.

NOTAS:

- ¹ Cabal, Luisa. Lemaitre, Julieta. Roa, Mónica. "Cuerpo y Derecho. Legislación y Jurisprudencia en América Latina". Ed. Temis. 2001.
- ² Sentencia T-338 de 1993. Corte constitucional. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- ³ Álvarez Álvarez, María Yolanda y Restrepo M., Luz María. "Los Principios Generales del Derecho en la Contratación Privada". En: Estudios de Derecho. Vol. 57 N° 129. Medellín, 1998.
- ⁴ Oquendo Moreno, Carlos. "Maternidad subrogada. Tesis de grado". Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. universidad de Antioquia. Medellín, 1998.
- ⁵ Martínez, Pereda Rodríguez, J.M. y Massigoge Beneni, J.M. "La maternidad portadora, subrogada o por encargo en el derecho español". Madrid: Dykinson, 1994. Pág. 66.
- ⁶ Gafo, Javier. "Nuevas técnicas de reproducción humana: Biomedicina, Ética y Derecho". Madrid. Ed. Omupisa, 1986.