

Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer

UNA MIRADA DE LA NORMA
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

ISBN: 978-958-8621-22-7

Grupo de Investigación
JUSTICIA CONSTITUCIONAL



TATIANA DIAZ RICARDO
Directora de Proyecto
EMILIO JOSE AGUILAR GOMEZ
Investigador

Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer

UNA MIRADA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

EMILIO JOSE AGUILAR GOMEZ
INVESTIGADOR

TATIANA DIAZ RICARDO
DIRECTORA DE PROYECTO

Grupo de investigación
JUSTICIA CONSTITUCIONAL

CARTAGENA - 2010



©UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA

ISBN: 978-958-8621-22-7

Primera Edición, 2010

América del Sur

Teléfonos: 661147- 6561379



Editorial Universidad Libre Sede Cartagena

Comité editorial

Carlos Gustavo Méndez Rodríguez

Narciso Castro Yanes

María Cristina Bustillo c.

Zilath Romero González

Diseño y Diagramación:

Sandra Morales Montenegro

Editora: Zilath Romero González

zilathromero@yahoo.com

Cartagena de Indias, Colombia

Año 2010

Se permite la reproducción total y parcial por cualquier medio siempre y cuando se citen debidamente la fuente, los autores y las instituciones. La Universidad Libre, Sede Cartagena, no se hace responsable por los contenidos, posibles errores u omisiones. Los contenidos son responsabilidad exclusiva de sus autores.

UNIVERSIDAD LIBRE

DIRECTIVOS NACIONALES 2010

Presidente

Luis Francisco Sierra Reyes

Rector

Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

Censor

Edgar Sandoval Romero

Decano Facultad de Derecho

Jesús Hernando Álvarez Mora

Decano Facultad de Contaduría

Clara Inés Camacho

Decano de Extensión de Contaduría

Pública

Gustavo Arrieta Vásquez

Directora Consultorio Jurídico

y Centro de Conciliación

Tulia del Carmen Barrozo Osorio

Coordinadora de Postgrados

Beatriz Tovar Carrasquilla

Directora Centro de Investigaciones

Zilath Romero González

Secretaria Académica

Eline Palomino Riher

DIRECTIVOS SECCIONALES 2010

Presidente Delegado Rector

Rafael Ballestas Morales

Vicerrector Académico

Carlos Gustavo Méndez Rodríguez

Secretario General

Luis María Rangel Sepúlveda

Director Administrativo y Financiero

Lucy Castilla Bravo

Directora de la Facultad de Ciencias

Económicas, Administrativas y

Contables

María Cristina Bustillo Castillejo

Decano de Extensión de Derecho

Narciso Castro Yanes

La publicación de los artículos está sujeta a los criterios del Comité editorial y la evaluación de los pares científicos. Las opiniones expresadas por los autores son independientes y no comprometen a la Universidad Libre Sede Cartagena. Se respeta la libertad de expresión.

Universidad Libre

Pie de la Popa Calle. Real # 20-177

Cartagena de Indias. Colombia

América del Sur

Teléfonos: 6661147- 6561379

Dedico este trabajo a:

Mis padres por ser los artífices de mi formación profesional

Mi hermana Olga Lucia quien es mi punto de referencia

Mis docentes por plasmar en mí la semilla de la investigación

Es la naturaleza mortal la que aspira a perpetuarse y a hacerse inmortal,
en cuanto es posible; y su único medio es el nacimiento que sustituye
un individuo viejo con un individuo joven.

PLATON

AGRADECIMIENTOS

Agradezco infinitamente a Dios, por haberme dado la paciencia, el interés, y la sabiduría para sacar adelante este trabajo, a pesar de considerarse por muchos como antirreligiosa la doctrina que desarrolla la manipulación genética, a mi parecer esto no es así, pues el trabajo investigativo nace del escepticismo de los investigadores encaminados a la evolución del mundo y esta solo se dará mediante los trabajos que como este viabilizan la vida del hombre dentro del universo.

También los presento a toda mi familia, quienes durante toda mi vida han estado presente para apoyar mis criterios, mi forma de ver la vida y me han orientado en muchos otros aspectos.

Agradecer a mi asesora del proyecto, pues sin su sapiencia y la manera en que transmitió cada uno de sus conocimientos en el tema, la proyección de este informe final no hubiera sido posible.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	10
1. PROBLEMA, HIPÓTESIS, JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS	15
1.1. Problema de investigación	16
1.2. Hipótesis	16
1.3. Justificación	17
1.4. Objetivos.....	19
1.4.1. Objetivo general	19
1.4.2. Objetivos específicos	19
2. ASPECTOS MÉDICOS QUE RESPALDAN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO	21
2.1. Reproducción humana sexual	21
2.2. Reproducción humana asistida	22
2.2.1. Técnicas de reproducción humana asistida	22
2.2.2. Riesgos en los procedimientos médicos	23
2.2.3. Aplicabilidad al arrendamiento de vientre	25
3. PANORAMA GLOBAL DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO	26
3.1. Antecedentes.....	26
3.2. Generalidades.....	28
3.3. Viabilidad Jurídica.....	29
3.3.1. Aspecto Constitucional	29
3.3.2. Aspecto Legal	30
3.3.3. Características del contrato	32
3.3.4. Elementos del contrato.....	34
3.3.5. Carga obligacional en el contrato de arrendamiento del vientre de la mujer.....	34
3.4. Un intento frustrado de legislación: Proyecto de ley 151 de 2001, Senado de la República de Colombia.....	36
4. TENSIONES ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO EN LA INCLUSIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE DE LA MUJER EN EL ORDENAMIENTO LEGAL COLOMBIANO	39
4.1. Concepto de moral	39
4.2. Las tesis planteadas	39
4.2.1. Tres mundos de la moral	42



5. IMPACTO SOCIAL.....	44
5.1. Población	44
5.2. Muestra	44
5.3. Análisis de datos	45
6. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	51
6.1. Estados Unidos de América	52
6.3. Ucrania.....	53
6.4. España	55
7. CONCLUSIONES	57
BIBLIOGRAFÍA	60



TABLA DE GRÁFICOS

Grafica 01	Pág 45
Grafica 02	Pág 45
Grafica 03	Pág 46
Grafica 04	Pág 46
Grafica 05	Pág 46
Grafica 06	Pág 47
Grafica 07	Pág 47
Grafica 08	Pág 48
Grafica 09	Pág 48
Grafica 10	Pág 48

INTRODUCCIÓN

La reproducción humana, es el proceso natural mediante el cual una pareja heterosexual decide procrear, consiste en la fecundación interna y su éxito depende de la acción coordinada de las hormonas, el sistema nervioso y el sistema reproductivo. En muchos casos la misma naturaleza es la causante del impedimento para que dicha reproducción se pueda llevar a cabo de forma natural, y es en este momento donde interviene la mano del hombre.

El arrendamiento del vientre se ha considerado como un avance de la tecnología, que involucra ciencias como la medicina y la genética, produciendo impacto en la sociedad, por lo que se convierte en un asunto del derecho, al tener que definir los aspectos jurídicos que enmarcan ese hecho social.

Por lo general, las normas positivas de derecho no alcanzan a contemplar los fenómenos que sobrevienen a raíz de los avances de la ciencia con la inmediatez que la sociedad lo requiere, es por esto que mediante el planteamiento de este problema, se pretende esquematizar una figura atípica del derecho, que repercute en el conglomerado social, tratando de dar solución a un problema jurídico, anticipándonos a una eventual figura legal.

Mediante este informe, se presenta el resultado de las indagaciones en la doctrina internacional sobre el contrato de arrendamiento del vientre de la mujer, con el fin de demostrar la aplicabilidad del derecho comparado con las situaciones de facto que generan los avances de la ciencia que involucran a la sociedad Colombiana.

A continuación se expondrá mediante el desarrollo del marco jurídico el sello de legalidad que contiene la ejecución del tipo de contrato propuesto, empero no se deja de lado el aspecto moral que como es bien sabido, se haya íntimamente ligado con las concepciones del derecho desde el inicio de los tiempos.

Es importante, que se enfatice a la sociedad Colombiana, de que los tiempos cambian, el mundo avanza, y las relaciones jurídicas no pueden ser la excepción a este dinamismo, *contrario sensu*, deben estar a la vanguardia de los avances con el fin de favorecerlas pero al mismo tiempo de regularlas.

En este informe se presentaran los procesos genéticos adelantados por los especialistas, mostrando los indicadores de riesgos y favorabilidades de cada uno de estos. Así como también las distintas posiciones doctrinales frente al tema del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer, tanto a favor como en contra. Pero lo más importante será el criterio individualizado que se va a generar a partir de ahora, en aras de que continúe el debate fundamentado sobre la aplicabilidad de esta figura.

A través de los tiempos la genética a avanzado, por la necesidad que imponen las deficiencias naturales del cuerpo humano, pese a ello, el derecho se ve estancado en cuanto a las relaciones que debe dirimir respecto de esos avances, por ello esta tesis está encaminada a darle una luz al legislador sobre la viabilidad jurídica que presenta la figura del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer.

Las técnicas de reproducción asistida, también llamadas de fecundación artificial, fueron concebidas y desarrolladas para dar solución a problemas de esterilidad que afectan hoy en día a numerosas parejas en edad reproductiva. Los centros en los que se dispone de estas técnicas han proliferado tanto en los países desarrollados como para satisfacer la demanda de determinados sectores en los países en desarrollo¹.

La reproducción humana asistida se realiza básicamente por dos métodos: *La Inseminación Artificial*, el primero de ellos, consiste en la introducción medica del

¹ Anna Veiga, Fines de la reproducción asistida, La Vanguardia 23-02-07, www.almendron.com

semen o esperma del hombre en la vagina de la mujer con el fin de conseguir la gestación, con este método se reemplaza la actividad sexual de la pareja, por la intervención médica, en donde el especialista en fertilidad, introducirá artificialmente la carga de espermatozoides, quedando un aleas sobre la fecundación, es decir, la posterior unión entre el ovulo y el espermatozoide, una incertidumbre en cuanto a la existencia del embrión. *La Fecundación In Vitro (FIV)*, el segundo, se lleva a cabo mediante la extracción del ovulo de la mujer para fecundarlo fuera del organismo de la mujer, con espermatozoides obtenidos previamente del hombre, luego de que la fecundación es realizada manualmente en un laboratorio, el embrión es implantado en el cuerpo de la mujer, a diferencia del método visto anteriormente, en el presente, la intervención médica es mayor, ya que, el procedimiento de fecundación es impulsado mediante el uso de artefactos clínicos, en un laboratorio especializado, y luego de cerciorarse de que se ha fecundado, se introduce en el útero de la mujer.

Así las cosas, el deber ser indica que aquellas parejas que deseen procrear, pero les sea imposible, por cualquier causa, interna o externa, deberán acudir a estos métodos de reproducción asistida.

A partir de dichos métodos asistidos, nace el planteamiento de esta figura contractual, definiendo puntos sobre los principios generales del derecho, como el PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, que tiene raigambre constitucional en el artículo 333.

Bien sabido es que el legislador no está en posibilidad de definir el contenido de cada negocio jurídico en particular y generalmente ni siquiera fija factores para su determinación concreta, puesto que esa es una tarea poco menos que imposible. Por tal razón delega en los propios negociantes esa función.

En el contrato de arrendamiento del vientre de la mujer son los particulares quienes están llamados a crear las disposiciones que van a disciplinar su relación jurídica. La expresión autonomía privada ha sido puesta con ese significado. Aspectos como el precio, las condiciones de la gestación, la entrega, y el acuerdo de voluntades en si es potestad de los contratantes, pero las consecuencias sociales del desarrollo de dicha actividad es competencia del Estado. No obstante esa autonomía privada no significa que a los asociados les este permitido pactar cualquier cosa, en desmedro o no de sus derechos, o del interés general.

Al regular sus intereses, naturalmente, el particular no puede abarcar ciertos puntos que se los ha reservado el Estado. Podríamos decir que el estado tiene una competencia normativa y el particular tiene otra, no solo más restringida y concreta, sino de menor grado jerárquico.

Cuando factores ajenos a los propios celebrantes vienen a determinar el contenido, encontramos allí que hay limitaciones al ejercicio de la autonomía privada, es decir, parámetros dentro de los cuales deben moverse los particulares en su objetivo de definir el contenido del negocio jurídico.

En este mismo sentido se le dedica un aparte del informe a la explicación de los requisitos de validez de todo contrato en cuanto a capacidad, consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita se refiere.

Y de igual manera se determinaran las características de la figura como son: la Bilateralidad, la onerosidad, lo Principal, Solemne, Conmutativo, *Intuitu Personae* y De Tracto Sucesivo, que son de la esencia del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer.

En síntesis, el contrato de arrendamiento del vientre de la mujer, consiste en el planteamiento de una figura contractual, constitucional y legalmente reconocida en Colombia, a partir de la adaptación de principios rectores que ya poseemos,

mediante la aplicación del bloque de constitucionalidad. Se demostrará como la moral no es obstáculo para el desarrollo a cabalidad de esta práctica en derecho. Y el desarrollo de la figura en otros países, partiendo del hecho que *la ciencia jurídica se nutre cada vez más del ser que se impone*.

1. PROBLEMA, HIPÓTESIS, JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS

1.1. Problema de investigación

¿Se podría considerar el acto jurídico de dar en arrendamiento el vientre de la mujer para llevar a cabo la gestación de un niño hijo biológico de terceros como una acción permitida jurídicamente, encaminada a desarrollar preceptos constitucionales, legales y morales aceptados dentro de la cultura social, jurídica y religiosa de Colombia?

1.2. Hipótesis

El acto jurídico de dar en arrendamiento el vientre de la mujer para llevar a cabo la gestación de un hijo biológico de terceros, en nuestro ordenamiento jurídico se puede considerar como lícito, además de desarrollar preceptos de rango constitucional.

Esta primera hipótesis que se plantea toma dos vertientes, el aspecto constitucional propiamente dicho, partiendo de la figura que nos trae la constitución de 1991 del bloque de constitucionalidad, ya que al pretender aplicar tratados internacionales ratificados por Colombia en materia de protección y libertad de la mujer, estamos aplicando una norma de rango constitucional obedeciendo al *ius cogens* y a la *cláusula martens*, así entonces se debe reconocer el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas como desarrollo de la constitución misma; de otro lado su carácter legal reposa en la legislación civil, proponiendo de la misma manera que la práctica de la maternidad subrogada se tipifica en el contrato de arrendamiento, sin que esto degenera en otra figura por no tratarse de cosas, sino, del cuerpo

humano, para lo que citamos nuevamente los tratados internacionales que avalan dicha posición.

Como segunda hipótesis al planteamiento inicial del problema en esta investigación, encontramos el hecho de que la práctica del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer es moralmente permitida en la sociedad colombiana, partiendo de la base del estudio de la concepción de moral en el ordenamiento jurídico colombiano, y cómo esta vincula al derecho, en aras de la aprobación de la sistematización de ciertas actividades dentro de la cultura del país. Creemos de entrada que el móvil que conlleva a la práctica de la maternidad subrogada va mas allá de cualquier precepto religioso que pueda perturbar la aceptación de esta figura. Así como también desde ya nos acogemos a la tesis positivista de la teoría del derecho que pregona la desvinculación entre la moral y el derecho, no obstante, será por medio de la aplicación de las encuestas y la posterior tabulación de los datos, que se establezca la percepción de la sociedad frente a la figura, y el grado de aceptación por parte de los mismos.

Para sustentar el último de los planteamientos dentro del problema de investigación, sobre la legislación comparada, y partiendo de la base que nuestro ordenamiento jurídico es un mosaico de las legislaciones de muchos países del mundo, consideramos pertinente recobrar esa habilidad que tenemos para armar leyes desde los planteamientos vecinos, y adaptar aquellas en materia de manipulación genética, con el fin de darle viabilidad jurídica a la figura contractual planteada.

1.3. Justificación

El arrendamiento del vientre de la mujer, o maternidad subrogada, llamada así por la doctrina, consiste en el acuerdo al que llegan una pareja, interesados en procrear, y un tercero, que para el caso se requiere que tenga el aparato reproductor femenino, por medio del cual expresan su consentimiento encaminado a la gestación del óvulo, ya fecundado, en el vientre de esa mujer ajena a la

relación de afinidad, y esta a su vez exige una remuneración por haber dado en arrendamiento su vientre durante los nueve meses que dura la gestación del feto, y de ahí nacen las obligaciones recíprocas, para la pareja de pagar el precio, y para la mujer de gestar y entregar al niño.

Este fenómeno, considerado como un avance de la tecnología, involucra ciencias como la medicina y la genética, produciendo impacto en la sociedad y por ende se convierte en un asunto de derecho, al tener que definir los aspectos jurídicos que enmarcan ese hecho.

Este proyecto de investigación, propende indagar en la doctrina internacional en materia de maternidad subrogada, y analizar los resultados, con el fin de aplicar ese derecho comparado con las situaciones de facto que conllevan los avances de la ciencia, y que involucran a la sociedad Colombiana.

Para desentrañar la investigación se consultaran a lo largo del desarrollo del proyecto, investigaciones en cuanto al marco jurídico, y así mismo determinar si es legalmente permitida la ejecución de este tipo de contratos, pero también se hará énfasis en el aspecto moral que como es bien sabido, se haya íntimamente ligado con las concepciones del derecho desde el inicio de los tiempos.

Es importante, que por medio de este proyecto se le enfatice a la sociedad Colombiana, de que los tiempos cambian, el mundo avanza, y las relaciones jurídicas no pueden ser la excepción a este dinamismo y por el contrario, deben estar a la vanguardia de los avances con el fin de favorecerlas pero al mismo tiempo de regularlas.

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo general

Indagar los aspectos sobre los cuales se podría considerar el acto jurídico de dar en arrendamiento el vientre de la mujer, como una acción permitida jurídicamente, encaminada a desarrollar preceptos constitucionales, legales y morales aceptados dentro de la cultura social, jurídica y religiosa de Colombia.

1.4.2. Objetivos específicos

- Indagar sobre los conceptos técnicos y profesionales en materia de reproducción humana y reproducción humana asistida.
- Investigar los orígenes de la figura del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer.
- Verificar la viabilidad jurídica de la práctica de la Maternidad Subrogada en Colombia.
- Determinar las características del fenómeno contractual del arrendamiento del vientre de la mujer.
- Desarrollar un respaldo teórico, constitucional, que justifique la introducción del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer como institución jurídica colombiana.
- Crear principios constitucionales garantistas de la maternidad subrogada a partir de nuestro ordenamiento constitucional existente.

- Analizar conceptos de moral y derecho, relativos al acto jurídico de dar en arrendamiento el vientre de la mujer para permitir la gestación de un hijo biológico de terceros.
- Enfocar la investigación en la opinión de los Cartageneros acerca del contrato de arrendamiento del vientre materno y proyectar los resultados de la investigación en el derecho civil Colombiano.
- Verificar la opinión de los Cartageneros, respecto de la aceptación o no de la concepción de hijos por la vía del arrendamiento del vientre materno.
- Hacer un análisis de los resultados de la investigación aplicando el derecho comparado, con legislaciones internacionales donde se aplica la figura de la maternidad subrogada.

2. ASPECTOS MÉDICOS QUE RESPALDAN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO

2.1. Reproducción humana sexual

Esta clase de reproducción se da entre dos individuos de distinto sexo. La reproducción humana emplea la fecundación interna y su éxito depende de la acción coordinada de las hormonas, el sistema nervioso y el sistema reproductivo.

Las gónadas son los órganos sexuales que producen los gametos, las gónadas masculinas son los testículos, que producen espermatozoides y hormonas sexuales masculinas. Las gónadas femeninas son los ovarios, que producen óvulos y hormonas sexuales femeninas², lo que esto significa en palabras castizas es que la reproducción de la especie humana se da naturalmente por la relación coital, entre un hombre y una mujer, por medio de la cual el hombre al momento de eyacular deposita en la vagina de la mujer el líquido seminal que contiene los espermatozoides producidos por los testículos, culminando así la primera parte del proceso natural, llamada fecundación.

Después de la fecundación del huevo u óvulo, llamado en ese momento cigoto se presenta una serie de divisiones mitóticas, en el llamado *desarrollo embrionario*, culminando con la formación del embrión³, es decir, que consecutivamente, se genera un proceso interno involuntario de penetración del espermatozoide en el ovulo de la mujer con el fin de que se haga efectivo el surgimiento del feto.

Paralelamente a este procedimiento natural del hombre, la ciencia, en aras de combatir las falencias biológicas de algunos seres humanos, ya sean endógenas,

² BIOLOGIA. Solomon, Berg, Martin. McGraw-Hill Interamericana, 2001 5a. ed. ISBN:970103368X.

³ Ob. Cit.

es decir, que se dan desde el nacimiento, o bien sean exógenas, o sea, producto de una enfermedad, del hombre o de la mujer, los avances de la ciencia han permitido desarrollar los métodos de reproducción humana asistida.

2.2. Reproducción humana asistida

Las técnicas de reproducción asistida, también llamadas de fecundación artificial, fueron concebidas y desarrolladas para dar solución a problemas de esterilidad que afectan hoy en día a numerosas parejas en edad reproductiva. Los centros en los que se dispone de estas técnicas han proliferado tanto en los países desarrollados como para satisfacer la demanda de determinados sectores en los países en desarrollo⁴.

2.2.1. Técnicas de reproducción humana asistida

La reproducción humana asistida se realiza básicamente por dos métodos:

La Inseminación artificial: Que consiste en la introducción médica del semen o esperma en la vagina de la mujer con la finalidad de conseguir una gestación. Normalmente, con esta técnica, de cada 100 ciclos de inseminación 13 resultan en gestación, y de cada 100 parejas que completan 4 ciclos, 60 consiguen gestación. Partimos entonces de que en este primer método se va a reemplazar la actividad sexual del hombre, por la intervención médica, en donde el especialista en fertilidad, introducirá artificialmente la carga de espermatozoides, quedando un aleas sobre la fecundación, es decir, la posterior unión entre el ovulo y el espermatozoide, una incertidumbre en cuanto a la existencia del embrión.

⁴ Anna Veiga, Fines de la reproducción asistida, La Vanguardia 23-02-07, www.almendron.com

La Fecundación *In Vitro* (FIV): Es la extracción del ovocito femenino para fecundarlo fuera del organismo de la mujer con espermatozoides obtenidos previamente del hombre. Tras la fecundación realizada en un laboratorio, el embrión es implantado en el cuerpo de la mujer⁵.

A diferencia del método visto anteriormente, en el presente, la intervención médica es mayor, ya que, el procedimiento de fecundación es impulsado mediante el uso de artefactos clínicos, en un laboratorio especializado, y luego de cerciorarse de que se ha fecundado, se introduce en el útero de la mujer.

Así las cosas, el deber ser indica que aquellas parejas que deseen procrear, pero les sea imposible, por cualquier causa, endógenas o exógenas, deberán acudir a estos métodos de reproducción asistida.

2.2.2. Riesgos en los procedimientos médicos⁶

a) Síndrome de Hiperestimulación Ovárica:

Consiste en un agrandamiento o abultamiento de los ovarios, el cual va acompañado de sobreproducción de hormonas producidas por los mismos. Se producen síntomas de náuseas, vómitos, dolor abdominal y disnea. Hay un riesgo alto de que se produzca en pacientes menores de 35 años; el riesgo disminuye con pacientes de más de 36 años.

b) Sangrado o Infección Pélvica:

La aspiración folicular puede generar sangrado a nivel vaginal o una inflamación pélvica (pelvic inflammatory disease). El sangrado a nivel vaginal suele parar espontáneamente tan pronto como el procedimiento termina; si no es así, se deberá identificar el sitio de sangrado y hacer presión mediante un “sponge

⁵http://es.wikipedia.org/wiki/Reproducción_asistida.

⁶ Tesis de grado

fórceps” o incluso llegar a suturar. La inflamación pélvica no es muy frecuente pero si llega a suceder, puede terminar en un fracaso de la aplicación de la técnica de reproducción. Si la infección ocurre antes de la transferencia embrionaria, podrá recurrirse a la criopreservación hasta que cese la infección, si ocurre con posterioridad, será necesario recurrir al uso de antibióticos para evitar el fracaso del procedimiento.

c) Embarazo múltiple:

Al aplicar técnicas de reproducción asistida, las probabilidades de embarazo múltiple aumentan.

Según estadísticas recientes, un 25% de los embarazos logrados mediante transferencia de 3 embriones termina en la gestación de mellizos y, en el mismo caso, un 5% termina en la gestación de trillizos. Los embarazos múltiples se producen tanto en la *Fertilización in Vitro*, como en la Inseminación Artificial. En la primera, la causa es la transferencia de un número plural de embriones y en la segunda la causa es la inducción a la ovulación, teniendo en cuenta que la fertilización se producirá de manera corporal.

Los riesgos que se generan por un embarazo múltiple son grandes, ya que es aceptado que el cuerpo femenino está diseñado para una sola ovulación a la vez y subsecuentemente, para albergar y desarrollar un solo embrión. Como resultado de la limitada capacidad uterina, puede generarse una reducción natural del número de embriones, es decir, uno de ellos desaparece (*vanishing twin* síndrome); esto sucede en 1 de 7 embarazos provocados con una técnica de reproducción humana asistida. Se ha dicho incluso por científicos (Pharoah y Cooke), que la muerte de un embrión puede implicar una parálisis cerebral en el sobreviviente. Igualmente, los riesgos de malformaciones en estos casos aumentan. Con miras a evitar los embarazos múltiples, se debe realizar un adecuado control del comportamiento folicular como consecuencia de la

estimulación ovárica, así como establecer métodos de criopreservación de embriones y gametos.

2.2.3. Aplicabilidad al arrendamiento de vientre

La aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida que emergieron como posible solución ante la infertilidad humana han creado profundas problemáticas para el Derecho el cual, previa valoración de los distintos intereses en juego debe manifestarse oportunamente⁷.

Como consecuencia del descubrimiento de estas técnicas de reproducción humana asistida, surgen varios métodos que persiguen el fin único de la procreación, aun cuando sea con ayudas científicas, sin embargo, como se viene mencionando a lo largo de este informe, surgen problemáticas que afectan las relaciones entre los asociados, e involucran al derecho, a partir de la aplicación de estos métodos.

De ahí nace la mencionada figura del contrato de arrendamiento del vientre materno, que en primera instancia hace parecer cierta frivolidad en el tema de la reproducción del hombre. Pero, luego nos damos cuenta de que es una alternativa más para las parejas infértiles que tienen el único anhelo de conformar una familia.

Como afirma Antonio Rodríguez Ramos para los codificadores decimonónicos era impensable que un tercero distinto de los padres pudiera decidir sobre el mismo hecho de la reproducción; y mucho más aun que constando fehacientemente una

⁷ Freddy Andres Hung Hill, Las técnicas de reproducción humana asistida y la protección jurídica del concebido no nacido, Cuba, 2007, www.monografias.com/trabajos55

disparidad entre la filiación biológica y la jurídica, predominase a todos los efectos legales esta última⁸.

Lo impensable, se pensó y en la actualidad es una realidad que se debe afrontar, mediante la vitalización de figuras tendientes a preservar la sistematización del ordenamiento jurídico, con el fin de evitar un desbarajuste normativo.

3. PANORAMA GLOBAL DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO

3.1. Antecedentes

Uno de los casos más resonantes de alquiler de vientre fue el de “baby M” en los Estados Unidos de América. El 7 de Febrero de 1985 el matrimonio Stern contrato a Mary Withead para la gestación de un bebe, por inseminación artificial con semen del señor Stern. En el contrato, la madre portadora se obligaba a no entablar una relación materno-filial con el bebe y a abortar, si los exámenes que se practicara durante el embarazo mostraban sin dudas anomalías en el feto. El 27 de Marzo de 1986 nació “baby M”, pero Mary, la madre portadora, dueña del ovulo, se negó a entregarla, y su esposo la reconoció como hija suya; Mary aducía no poder desprenderse de la criatura. Un juez de New jersey mediante sentencia, concedió la custodia de la niña a los Stern y determino que el contrato era válido y debía cumplirse. El tribunal de apelaciones revoco esa decisión, pero le dejo la niña a los Stern alegando que le podían dar un hogar con mejores condiciones

⁸ RODRIGUEZ RAMOS, Antonio Manuel, La ceguera del legislador a la luz de la genética, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, Pag 193 - 194

socioeconómicas. Luego de 10 años, la corte estadounidense finalmente reconoció a Mary como mama biológica con derecho de visita⁹. Es decir, se le reconoció el derecho de ser una madre a medias.

En lo que se refiere a la maternidad subrogada como tal, este término fue acuñado por Noel Keane, un abogado de Michigan, que en 1976 abrió la primera agencia de alquiler de vientres. Al principio solo ofrecía programas de maternidad subrogada tradicional, utilizando un ovulo de la madre de alquiler fecundado con el semen del padre biológico. Debido a los esfuerzos del enérgico abogado, para el año 1988 nacieron 302 niños.

El primer programa coordinado de maternidad subrogada tradicional en estados unidos y en el mundo fue realizado en 1980 en Louisville con asistencia de la compañía *Surrogate Parenting Associates Inc.* Constituida un año antes por el Doctor Richard M. Levin. El proceso de pruebas medicas y coordinación de la documentación legal, previo al inicio del programa, tardo nueve largos meses pero el embarazo fue conseguido en el primer intento y termino con el nacimiento de un niño sano. Desde entonces *Surrogate Parenting Associates Inc.* Ha contribuido al nacimiento de más de 500 niños, mientras que el propio Dr. Levin ha llegado a ser una persona mediática, al igual que el abogado Keane¹⁰.

Los descubrimientos científicos que se ven reflejados en las técnicas de reproducción humana asistida, ejecutados en países desarrollados como los Estados Unidos de América, ha desencadenado en la práctica arbitraria de “instituciones jurídicas”, pero que a su vez marcan tendencias dentro de dichos ordenamientos jurídicos, situación que obliga a la aplicación del derecho como tal. Estos hechos van generando gran inquietud en otros países los cuales deben atravesar por el mismo fenómeno de adaptación a aquellos hallazgos de la ciencia.

⁹ ANSON OLIART, Francisco, *Se Fabrican Hombres*, Ediciones Rialp, España 1988, P. 50 y ss.

¹⁰ <http://www.surrogacy.ru/es/surrogacy.php>; Publicado por Clínica MA – MA, Victoria Zaeva.



3.2. Generalidades

El arrendamiento del vientre de la mujer, o maternidad subrogada, llamada así por la doctrina, consiste en el acuerdo al que llegan una pareja, interesados en procrear, y un tercero (que para el caso se requiere que tenga el aparato reproductor femenino) por medio del cual expresan su consentimiento encaminado a la gestación del ovulo ya fecundado en el vientre de esa mujer ajena a la relación de afinidad, y esta a su vez exige una remuneración por haber dado en arrendamiento su vientre durante los nueve meses que dura la gestación del feto, de ahí nacen las obligaciones recíprocas, para la pareja de pagar el precio, y para la mujer entregar y gestar al niño.

Sostiene la profesora Emilssen González de Cancino en su obra los retos jurídicos de la genética; la figura en referencia se refiere a los casos en que una mujer:

- a) Permite fecundación de un ovulo propio con semen del contratante varón obligándose a entregar el fruto que resulte de tal fecundación a la pareja que el tiene formada con otra mujer. (Inseminación Artificial, con material del hombre contratante y la mujer contratada)

- b) Permite que le sea implantado el embrión humano que es el resultado de un proceso de fecundación natural o artificial con componentes sexuales de hombre y mujer que forman una pareja, obligándose a entregar el bebe que alumbra a dicha pareja. (Fecundación In Vitro, con material de la pareja contratante)

- c) Permite que le sea implantado un embrión que es el resultado de la fecundación in vitro de un ovulo de tercera mujer con el semen del marido que forma la pareja que le pide adelantar la gestación y entregar el fruto al termino de esta. (Fecundación In Vitro, con material del hombre contratante y una tercera mujer)

- d) Observa la conducta descrita en -c- cuando el ovulo de la esposa en la pareja que desea el hijo ha sido fecundado con semen de un donante. (Fecundación In Vitro, con material de la mujer contratante y un hombre ajeno a la relación(Banco de Semen)

3.3. Viabilidad Jurídica

Para determinar la viabilidad jurídica de esta figura como un contrato reconocido por el ordenamiento legal de Colombia es menester estudiar la figura del Código Civil con la que mas guarda relación la práctica de la maternidad subrogada, esto con el fin de que se materialice dicho reconocimiento, y luego entrar a establecer las características que tendría esta práctica, en materia contractual.

3.3.1. Aspecto Constitucional

A través de esta investigación, se le ha dado gran prevalencia a las normas de carácter internacional que de una u otra manera involucran las reglas de derecho interno, por expreso mandato de los artículos 93 y 94 de la Carta Política, además de la obligación vinculante y la aplicación de tratados como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que buscan entre otras cosas la no vulneración de los derechos del cuerpo en cuanto a la reproducción, como protección de los Derechos Humanos de los Colombianos, que trae consigo la aplicación del bloque de constitucionalidad.

En el mismo sentido se hace imperioso explotar al máximo los preceptos constitucionales en materia de libertad, para ellos citamos el artículo 13 es decir que todas las personas ante los ojos de la ley son libres y gozan de igualdad de condiciones, el que se refiere al libre desarrollo de la personalidad y también al de

la libertad de conciencia, y en este particular caso el 333 que se refiere a la libertad en cuanto a la iniciativa privada de negocios en el ámbito jurídico.

Este soporte constitucional, permite viabilizar la figura jurídica del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer, y al mismo tiempo generar doctrina en cuanto al surgimiento de principios constitucionales protectores de la libertad de escogencia en el método de reproducción, para las parejas en edad reproductiva.

De esta manera nace lo que se denominara a continuación “Principio de libertad reproductiva”, derivado de todos aquellos preceptos que estando plasmados o no en el texto constitucional hacen parte de él¹¹. Y que se tendrá como pilar para el desarrollo aplicativo del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer.

3.3.2. Aspecto Legal

Adecuación Legal: Según la tesis que adopta GONZALEZ DE CANCINO, sobre la disparidad que existe entre el contrato de Subrogación que ofrece el Código Civil Colombiano, y la figura de la gestación sustitutiva en cuanto, *“En nuestro ordenamiento la llamada madre biológica –no simplemente genética y menos la simple “contratante”- sería la madre legal. ¿Se subroga en sus derechos la mujer que le encarga llevar adelante la gestación? No. Ni siquiera en el sistema anglosajón que trata estos problemas especialmente en sede contractual y no en sede de personas se ha establecido esta posibilidad.*

En primer lugar, no existe norma que así los establezca, en segundo lugar la relación de maternidad no puede establecerse por simple convención. (...), compartimos esta posición, adhiriéndome a sus argumentos y además, se ha considerado de acuerdo con el principio de especialidad, que en el mismo Estatuto

¹¹ Concepto de bloque de constitucionalidad manejado en el Derecho constitucional colombiano

Civil se contempla una figura, a la cual, la práctica de la gestación sustitutiva se adecúa.

Se hace referencia, con esto a la contemplada en el libro cuarto, título XXVI del Código Civil Colombiano, del contrato de Arrendamiento, que reza: *“El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, (...), y la otra a pagar por ese goce, (...) un precio determinado”*, es entonces, aquel en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionar a la otra el goce de una cosa durante cierto tiempo, y esta a pagar por dicho goce un precio determinado. La parte que proporciona el goce se llama arrendador, y la que se beneficia de dicho goce y paga el precio compensatorio, arrendatario¹².

Supone entonces dos partes, que serían de un lado la pareja infértil, que llamaremos A; y del otro lado, la mujer portadora que va a ofrecer su útero, y llamaremos B; así las cosas, se parte entonces del presupuesto que se va realizar una Fecundación In Vitro, con material genético de la pareja interesada, o sea, ovulo y espermatozoides de estos. Entonces B se obliga a proporcionar a A su útero durante los nueve meses del embarazo, sin que esto signifique la cosificación de los órganos del cuerpo humano¹³, sin embargo, esta carga obligacional no se limita solo a lo anterior, también hacen parte de ello, el íntegro cuidado que debe tener la portadora del niño, mas aun que siendo el hijo propio, esto implica la ausencia de culpa o dolo a que se refiere el artículo 63 del Código Civil, y finalmente un agregado que yace en el objeto principal del contrato, la entrega del niño producto de la Fecundación In Vitro con material genético de la pareja interesada.

¹² GOMEZ ESTRADA, Cesar, De los Principales Contratos Civiles, tercera edición, Bogotá 1999, Temis, Pág.182

¹³ El derecho a la autodeterminación reproductiva, protegido internacionalmente en tratados como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en donde se alega el derecho a planear la propia familia, el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y sobre todo al derecho de estar libres de todas las formas de violencia y coerción que afecten la vida reproductiva de la mujer, que han sido acogidos por el ordenamiento legal Colombiano; allí mismo hacen un llamado especial a aquellos países que castigan instituciones como el aborto o manipulaciones genéticas, por ser atentatorios de estos derechos internacionalmente reconocidos.

Como consecuencia de lo anterior, surge para la pareja solicitante la obligación de pagar un justo precio, por el goce del útero de la portadora.

3.3.3. Características del contrato

Habida consideración a la definición antes indicada, de ella se desprende que el contrato de arrendamiento de cosas es bilateral, oneroso, principal, consensual y generalmente conmutativo¹⁴, a este punto nuestro llamado contrato de arrendamiento del vientre materno obedece a las mismas características por GOMEZ ESTRADA anunciadas, sustrayéndose del consensualismo, es decir, que obedece a la solemnidad, además de ser *intuitu personae* y de tracto sucesivo.

- Es Bilateral: Cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente; para la portadora surge la obligación de gestar el feto, tener el debido cuidado y diligencia, y entregar el niño; y para la pareja solicitante, surge la obligación de pagar un precio, equivalente en dinero, al aporte que la otra parte ha hecho.

- Es Oneroso: Cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; la utilidad de los padres consiste en tener un hijo con su carga genética; y la utilidad de la portadora yace en la remuneración económica que esta recibe por haber dado su vientre en arrendamiento.

- Es Principal: Subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; la carga obligacional para las partes nace de la convención en este contrato, sin que dependa de otro contrato para su existencia.

- Es Solemne: Esta sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales; formalidades que a mi juicio deben ser provistas por una ley especial (en la que se

¹⁴ op. cit. Pág. 182

regule la práctica de los métodos de reproducción humana asistida) que rijan a lo largo y ancho del territorio nacional, principalmente en aspectos como la calidad de los centros donde se van a prestar los servicios y la cualidades de la mujer que va a dar su vientre en arrendamiento.

- Es Conmutativo: Cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; tanto la pareja solicitante como la portadora, se obligan en acciones equivalentes, *contrario sensu*, no es aleatorio porque el ámbito de responsabilidad sobre la salud del *nasciturus*, no entra en la órbita obligacional de la portadora, no siendo esta parte de su equivalencia dentro del contrato.

-*Intuitu Personae*: El contrato se llevara a cabo con determinada persona, en razón de ello, es decir, atendiendo a los resultados favorables que la ley en su momento exija como requisitos para el merito de la contratación. De modo que, no se puede delegar en otra persona, o si se llegare a perder uno de esos requisitos, no será apta para contratar.

- Es De Tracto Sucesivo: Aquellos que generan obligaciones de cumplimiento intermitente o continuo, cuya propia naturaleza impide que puedan ser satisfechas de manera instantánea¹⁵; la obligación de la portadora de gestar cautelosamente el feto, se extiende en el tiempo que por naturaleza dura el embarazo, sin que exista la posibilidad de que se satisfaga de manera instantánea, sin embargo, aquella obligación se limita hasta el momento en que finaliza el embarazo y el niño es entregado a sus padres. Entonces en este contrato no se habla de resolución sino de terminación, el contrato se extinguirá, dejara de producir efectos para el futuro pero quedaran subsistentes los producidos anteriormente¹⁶.

¹⁵ op cit. Pág. 184

¹⁶ op cit. Pág. 185

3.3.4. Elementos del contrato

De la esencia: En el de arrendamiento de cosas son esenciales dos en torno a las cuales giran, respectivamente, las obligaciones del arrendador y del arrendatario, y que constituyen correlativamente el objeto y la causa de las prestaciones a cargo de cada uno. Esos elementos son: a) La cosa arrendada, y b) El precio o renta¹⁷; es de la esencia del contrato de arrendamiento del vientre materno, el útero de la mujer portadora del ovulo fecundado y la calidad que esta debe requerir, y de otro lado, el precio ofrecido por la pareja solicitante que aporte la carga genética de dicho ovulo, pactados los cuales se entiende perfeccionado el contrato.

De la naturaleza: Las que no siendo esenciales en el, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; habiendo aprobado los requisitos exigidos para soportar la obligación de arrendar el vientre, será de la naturaleza del contrato el sometimiento a los procedimientos médicos, la responsabilidad de asumir el embarazo, la entrega del niño y el pago del precio acordado por la pareja solicitante.

Los puramente accidentales: Son aquellos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales; todo aquello que se pacte por fuera de lo dicho anteriormente, por ejemplo: el hecho de que la pareja asuma la manutención absoluta de la portadora durante el tiempo de gestación.

3.3.5. Carga obligacional en el contrato de arrendamiento del vientre de la mujer

El principio de la autonomía de la voluntad privada, que consiste en la atribución a los particulares del poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones

¹⁷ op cit. Pág. 187

jurídicas, encuentra en el contrato su más fecunda aplicación, porque en materia contractual la ley no asume, por regla general, una actitud dispositiva. Vale decir, imperativa, sino mas bien procura reconocer y amparar las manifestaciones de la voluntad de los contratantes, e interpretar o suplirlas solo cuando sean oscuras o deficientes¹⁸; establece el Estatuto Civil Colombiano que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º) que sea legalmente capaz; 2º) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicios; 3º) que recaiga sobre un objeto lícito, 4º) que tenga una causa lícita; la primera y segunda exigencia legal, no merecen mayor explicación, solo recalcar la capacidad legal, tanto de la pareja solicitante como de la portadora, es decir, por sustracción de materia, que no sean legalmente incapaces de acuerdo con el régimen de incapacidad; y que la declaración consiente, no adolezca de vicios de error, fuerza y dolo.

Objeto del Contrato de Arrendamiento del Vientre Materno

Obedece a la pregunta ¿Qué se debe?; en este caso, sin obviar la cosificación del cuerpo humano, en atención a los tratados protectores de los Derechos Humanos ratificados por Colombia, podemos responder a la pregunta diciendo que es el útero de la mujer. En consecuencia, si se analiza cada una de las condiciones para validar el objeto, dentro de este tenemos: a) El objeto debe existir: en los términos que se han manejado, ya está establecido que la mujer es apta para contratar luego de haberse sometido a los exámenes médicos pertinentes, de lo que se colige que debe tener un útero capacitado para gestar al hijo de la pareja solicitante; b) El objeto debe estar determinado: en el mismo examen los especialistas en fertilidad determinaran las calidades del útero; c) el objeto debe ser posible: el trámite de implantación del ovulo es absolutamente posible por lo dicho anteriormente; d) El objeto debe ser lícito: por vía de exclusión, es decir la ilicitud del objeto en el presente contrato respecto del útero de la mujer como

¹⁸ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo, Regimen General de las Obligaciones, Septima edición, Bogota 2001, Temis, Pág. 39

objeto del mismo, ya está dicho que no hay prohibición expresa de la ley en esta materia, *contrario sensu*, varios instrumentos internacionales abren este campo en aras de desarrollar las libertades plenas de los individuos, lo que nos permite concluir que el útero de la mujer no representa un objeto ilícito en la figura contractual bajo estudio.

Causa del Contrato de Arrendamiento del Vientre Materno

Obedece a la pregunta de ¿Por qué dar en arrendamiento el vientre materno?; así las cosas, la razón de ser de este contrato yace de una parte, en el anhelo de conformar una familia (pareja solicitante), y de la otra en lucrarse mediante una actividad que no está legalmente prohibida, además del elemento intrínseco que apunta al altruismo que evoca la portadora.

Si nos acogemos a la escuela clásica que entiende la teoría de la causa como el fin en vista del cual ha contratado la parte¹⁹, partimos entonces de que en el contrato de arrendamiento del vientre materno, ya caracterizado por su bilateralidad y conmutabilidad, las obligaciones son recíprocas de cada una de las partes. En los términos del párrafo anterior, es decir que la portadora se obliga de la manera ya enunciada simultáneamente que la pareja solicitante lo hace en reconocer el precio que van a pagar por dicho arrendamiento, lo que trae como consecuencia una causa lícita, en el perfeccionamiento del contrato de arrendamiento del vientre materno.

3.4. Un intento frustrado de legislación: Proyecto de ley 151 de 2001, Senado de la República de Colombia

Al parecer el órgano legislativo colombiano alcanzó a preocuparse por el impulso que está generando en el ordenamiento jurídico los avances de la ciencia. en 2001

¹⁹ ORTIZ MONSALVE, Álvaro, Manual de Obligaciones, Tercera edición, Bogotá 2003, P. 73 y Ss.

se intento proyectar una ley que definiera conceptos referentes a la manipulación genética y aspectos legales tanto civiles como penales.

El proyecto se encabezaba de la siguiente manera:

“PROYECTO DE LEY 151 DE 2001 SENADO.

por la cual se modifican 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.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

TITULO I

DEL OBJETO DE LA LEY

Artículo 1°. La presente ley tiene por objeto:

- a) La aplicación de la normatividad sobre los métodos científicos de procreación humana asistida;*
- b) Las inseminaciones artificiales y fertilización invitro con transferencia de embriones;*
- c) El aporte, depósito, donación y disposición de gametos;*
- d) De los beneficiarios, el consentimiento informado y la relación paterno filial de la persona concebida mediante el procedimiento de los métodos científicos de procreación humana asistida;*
- e) El parentesco, la existencia biológica, legal y la legitimidad del hijo concebido por asistencia científica, modificando los artículos 36, 50, 90, y 213 del Código Civil;*
- f) La maternidad de la mujer soltera ante los métodos científicos de procreación;*
- g) La procreación póstuma;*

- h) La adopción de embriones;*
- i) La creación de la comisión de procreación humana asistida;*
- j) Modificación del Código Penal atinente a la manipulación genética;*
- k) Prohibiciones sobre manipulación genética de embriones y del genoma humano de nuestra diversidad étnica.*

Parágrafo 1°. En atención a la garantía estatal, a los derechos de libertad de conciencia, libertad de religión y de cultos, la presente ley no tiene por objeto menoscabar o desvirtuar la valoración moral que las técnicas de procreación humana asistida merecen ante las religiones que se profesen en el territorio nacional, tampoco suplantarse el juicio de moralidad que libremente debe merecer ante las religiones que se profesen en el territorio nacional, ni el juicio de moralidad que libremente debe formular cada uno de los miembros de la pareja con intención de elegir las técnicas reguladas por la presente ley.

Parágrafo 2°. La presente ley se aplicará igualmente a otras técnicas de procreación humana asistida que acepte el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud.

(...)” (ver la continuación en los anexos)

A pesar de que no se maneja concretamente la tesis planteada en el presente informe, si se podría considerar un valioso impulso, solo por el hecho del interés en el dinamismo de las figuras jurídicas.

Lo grave es que el proyecto de ley se quedó en eso. En proyecto, no alcanzó debates en plenaria del congreso, lo que no permitió su surgimiento, y en ese mismo sentido el estático ordenamiento jurídico que rige actualmente en Colombia, sigue igual, al menos en este tema.

4. TENSIONES ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO EN LA INCLUSIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE DE LA MUJER EN EL ORDENAMIENTO LEGAL COLOMBIANO

4.1. Concepto de moral

Para el siglo XX, la historia del pensamiento jurídico venía dividida en dos bloques, que marcarían las pautas para la formulación de las tesis sobre la teoría del derecho y que se inclinarían por argumentos antagónicos, sustentados cada uno de ellos por los pensadores simpatizantes en cada una de esas corrientes. El argumento central de la teoría del derecho cobija a la moral y al derecho, ya sea como conceptos que se relacionan, o todo lo contrario que se hayan separados el uno del otro.

Partiendo de esta base, se hace imperioso definir el concepto de moral, para poder determinar su vinculación o no con el derecho.

La moral son una serie de conductas aceptadas mediante las cuales se concretizan los valores ya sean sociales o individuales, con base en la creencias individualizadas pero exteriorizadas, que a la final se convierten en reglas subjetivas para la elaboración de juicios de valores. Dicho esto vale la pena agregar que la moral individual es un concepto distinto de la moral social, ya que la primera se refiere al punto de vista intrínseco de cada individuo sin que sea exteriorizado, mientras que el segundo hace referencia a la coincidencia de esos puntos de vista individualizados que ya han sido exteriorizados y aceptados por el conglomerado.

4.2. Las tesis planteadas

Así las cosas, retomamos la división del pensamiento jurídico y tenemos entonces que el primer bloque habla sobre la *VINCULACION DE LA MORAL Y EL*

DERECHO POSITIVO, pregonada por los ius naturalistas – antipositivistas, con esta tesis lo que ellos pretenden vender es el hecho de que el conglomerado y sus costumbres, permanecen en una dinámica constante y que esa dinámica es controlada por la moral social, la cual va permitiendo o restringiendo ciertos comportamientos, los cuales deben complementarse con el ordenamiento jurídico, con el fin común de hacer permanecer el orden social.

Contrario a lo dicho anteriormente, el segundo bloque pregonar la *SEPARACION DE LA MORAL Y EL DERECHO POSITIVO*, defendida por los positivistas, esta rígida corriente desprende a la moral del derecho, es decir, que solo debe aplicarse la norma positivizada con el fin de evitar la ruptura de la seguridad jurídica y de que se provoque un caos en el ordenamiento, considerando que los operadores jurídicos involucrarían esas creencias individualizadas generando la invocada inseguridad, por ello, plantean el hecho de que no es posible un fallo justo, partiendo de las convicciones íntimas del fallador.

Se habla de dos órdenes normativos totalmente distintos, sin embargo, ambas tesis rechazan el hecho de que la moral sea individual. En la teoría del derecho ninguna corriente ha aceptado esa tesis, cuando se dice que las decisiones judiciales deben ser moralmente correctas, no se refiere a que el juez deba fallar conforme a sus convicciones personales, sino con un criterio de aceptación general.

En el segundo bloque cuando se dice que la moral y el derecho deben estar separados, no se insinúa que el juez debe fallar, sino, conforme a la convicción social, entonces, cuando se invoca la moral, esta corresponde a la existencia gaseosa de los valores dentro del ordenamiento jurídico, con base en los cuales pueda fallar un juez, y que hasta cierto punto le impedirían tomar decisiones poco aceptadas.

Una moral crítica constituye una teoría moral, en tanto que, un juez puede tomar una decisión conforme a la moral crítica que se supone está detrás del ordenamiento jurídico, pero que entra a coadyuvar las normas legalmente establecidas en aras de promover fallos moralmente correctos.

Dicho esto de alguna manera nos impone una talanquera para el desarrollo de la tesis acerca de la viabilidad jurídica del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer. Si bien es cierto que se han adaptado las figuras jurídicas preexistentes dentro del ordenamiento jurídico colombiano, al contrato que se plantea en el proyecto, también lo es que para que una figura jurídica adquiera un nivel óptimo de legitimación, requiere la aceptación del conglomerado social, y la única forma de lograr esto es considerando que dicha figura es moralmente aceptada.

Partiendo de la tesis positivista, al desprender la moral del derecho, incluir este capítulo dentro de este trabajo resultaría inocuo, ya que como se explico en capítulos anteriores la figura del contrato que se plantea encaja en los prototipos de contratos ya establecidos.

Pese a esto, aun en el siglo XXI la opinión generalizada reflejada en una carga moral, sobre las figuras jurídicas, sigue siendo necesaria, lo cual implica el hecho de la aplicación de una tesis *ius naturalista*.

De lo anterior nace la incertidumbre para los investigadores en el tema, de ¿Qué tan inmoral es, el desarrollo científico sobre la reproducción humana y su afectación al ordenamiento legal de un país?, si la respuesta a la anterior pregunta es que si es inmoral, significa que deben cesar las investigaciones científicas o frustrar los resultados en simples informes, evadiendo la experimentación por considerarse un actuar inmoral, que repercute sobre la aplicación del derecho. Mientras que, si la respuesta es que no es inmoral, ósea, moralmente admitido, genera el efecto contrario y da pie a que la investigación científica avance y el derecho lo haga de la mano de esta.

4.2.1. Tres mundos de la moral²⁰

La concepción de moral, ha sido muy debatida, sin embargo, se pueden destacar tres mundos a partir de su concepto, los cuales corresponden a percepciones de acuerdo con la corriente filosófica que se pregone, también es importante destacar el hecho de que estos tres mundos no se excluyen entre sí, contrario a esto se puede determinar que para un concepto amplio de moral son consecuentes entre sí.

En el primer mundo encontramos el aspecto subjetivo de la moral, se parte de ese valor intrínseco del individuo, pero, manejada esa singularidad desde la perspectiva de las diferencias de los individuos, ósea cada individuo maneja su concepto desde la pluralidad, y diversidad en la cultura que se encuentre. Se plantea entonces una ética individual.

En el segundo mundo están los hechos, lo objetivos, el *ethos*²¹, en este mundo se observa la moral desde una óptica pluralista, es decir la moral del primer mundo es exteriorizada, manejando el concepto de ética colectiva, y en este mundo tenemos por ejemplo: los partidos políticos, las religiones, los grupos étnicos, es decir, una colectividad que se encuentra identificada por unos valores que manejaban internamente y que al exteriorizarlos coincidieron.

En el tercer mundo se encuentra la moral crítica, de algún modo los *valores positivizados* que involucran los dos mundos anteriores, pero en este se da el factor de la aceptación, es decir, que luego de la exteriorización, corresponde la aceptación crítica mediante la formulación de teorías, doctrinas, y argumentos, que servirán a los jueces para eventualmente sustentar una decisión.

²⁰ Tesis planteada por Yezid Carrillo de la Rosa en la clase de pregrado de Filosofía del Derecho. Universidad Libre - Sede Cartagena.

²¹ *Ethos* es una palabra griega que puede ser traducida de diferentes maneras. Algunas posibilidades son 'punto de partida', 'aparecer', 'inclinación' y a partir de ahí, 'personalidad'.

En este entendido, partiendo de la conjunción entre estos tres mundos la validez del derecho, no puede estar sometida al criterio del juez, el juez debe fallar conforme a la moral crítica, en contraposición de la moral individual.

La propuesta filosófica de Kelsen, no niega la realidad de los valores sino la posibilidad de dar un sentido absoluto a los mismos; para él, todos los valores morales pueden ser defendidos o preferidos frente a los otros sin que por ello se pueda afirmar la corrección o no de una elección, y la fundamentación de los mismos no es materia de la ciencia jurídica; para ésta última resulta irrelevante la fundamentación moral de un sistema jurídico, pues su tarea es como la de toda ciencia, la descripción y no la valoración de su objeto: el derecho positivo²².

De lo anterior se colige que, al derecho le incumbe el estudio de la moral crítica, para efectos de definir las tesis de vinculación y/o separación expuestas anteriormente.

Entonces para el desarrollo de este trabajo, sobre la inclusión del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer en el ordenamiento jurídico colombiano, y como una práctica esquematizada y socialmente aceptada, hay que destacar los valores básicos sobre los cuales sienta sus dogmas el ordenamiento jurídico colombiano, con esto nos referimos a la libertad. En todo el sentido de la palabra se reconoce en el Estado colombiano un amplio margen de libertad a los individuos, lo cual genera, para el caso que nos ocupa, lo que denominaremos “el principio de libertad reproductiva”, por medio del cual, tanto las parejas, como las mujeres que deseen utilizar la práctica del arrendamiento del vientre ya sea para satisfacer una necesidad biológica impedida (por parte de la pareja) o una necesidad económica (por parte de la mujer, a través de su aparato reproductor), puedan hacerlo.

²² CARRILLO DE LA ROSA, Yezid, temas y problemas de la filosofía del derecho, ediciones doctrina y ley, Bogotá 2008, p. 79

Este principio planteado, no es más que la materialización de un precepto constitucionalmente reconocido cual es la libertad en el Estado social de derecho.

Sin que lo que se diga a continuación genere una tesis definitiva, se comparte el argumento del segundo bloque, es decir, la separación entre la moral y el derecho, ya que como ha quedado claro a lo largo de este capítulo, la moral se basa en puntos de vista gaseosos, probablemente exteriorizados por un sector de la población con convicciones coaccionadas por una serie de dogmas sin fundamentos teórico-prácticos, y que tienden a chocar con el dinamismo del mundo.

5. IMPACTO SOCIAL

5.1. Población

Teniendo en cuenta los objetivos trazados para este proyecto de investigación, se ha determinado la opinión de los Cartageneros acerca del contrato de arrendamiento del vientre materno, respecto de la aceptación o no de dicha figura.

5.2. Muestra

Esta encuesta se realizó sobre una población calificada, es decir, en planteles educativos, con el fin de que se arrojaran datos exactos sobre la percepción del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer, en cuanto al conocimiento de la figura y el desarrollo en el ámbito jurídico político colombiano.

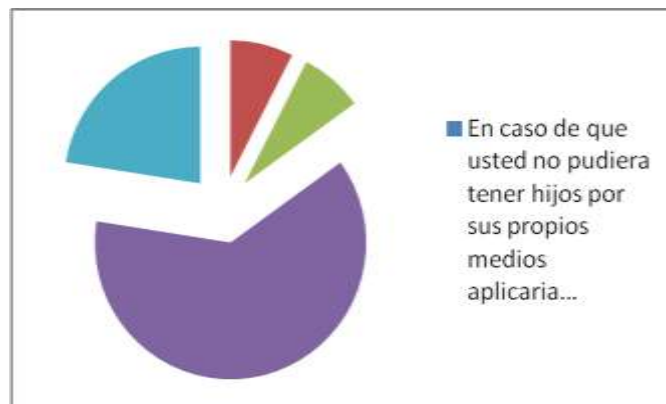
5.3. Análisis de datos

Para determinar el impacto social que genera la figura del contrato de arrendamiento del vientre materno, se hizo imperioso llevar a cabo una encuesta, aplicada a una muestra de la población de cartageneros, de la que se obtuvieron los siguientes resultados:

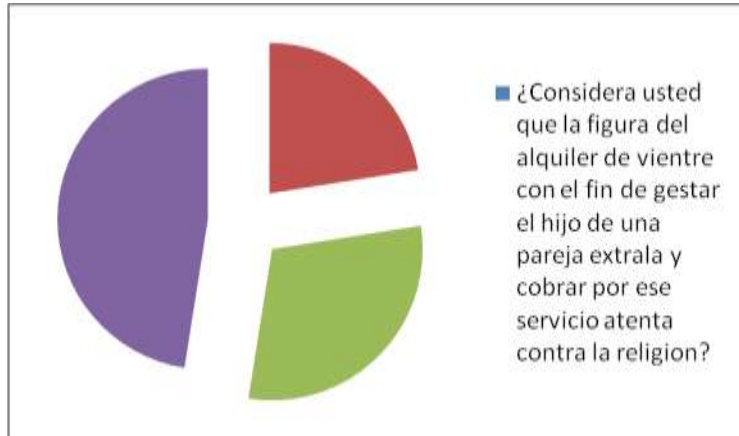
Grafica 01. Pregunta 4



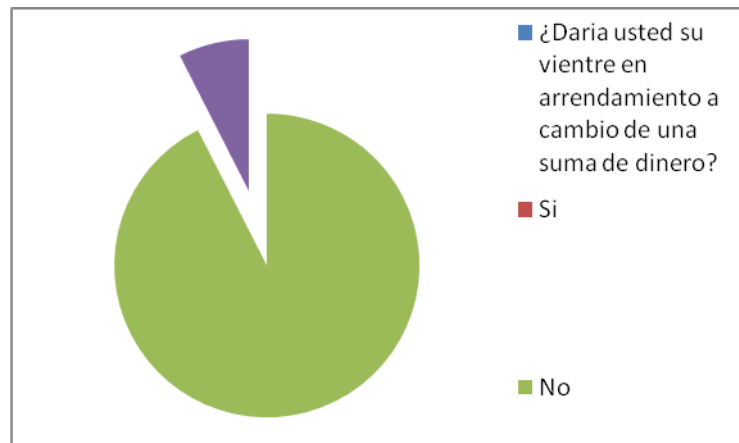
Grafica 02. Pregunta 5



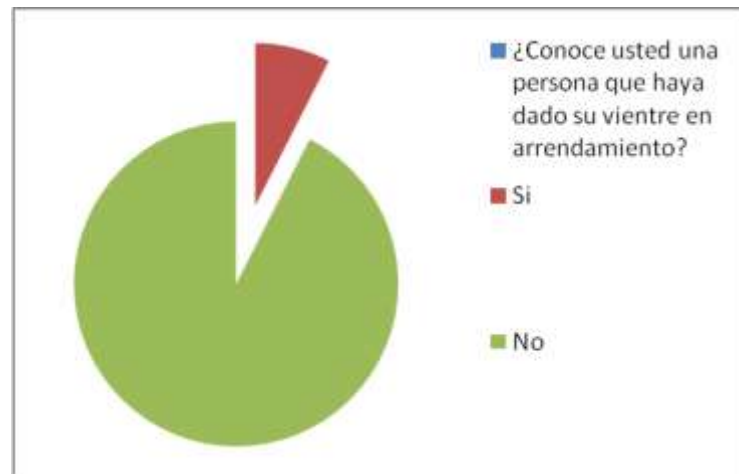
Grafica 03. Pregunta 6



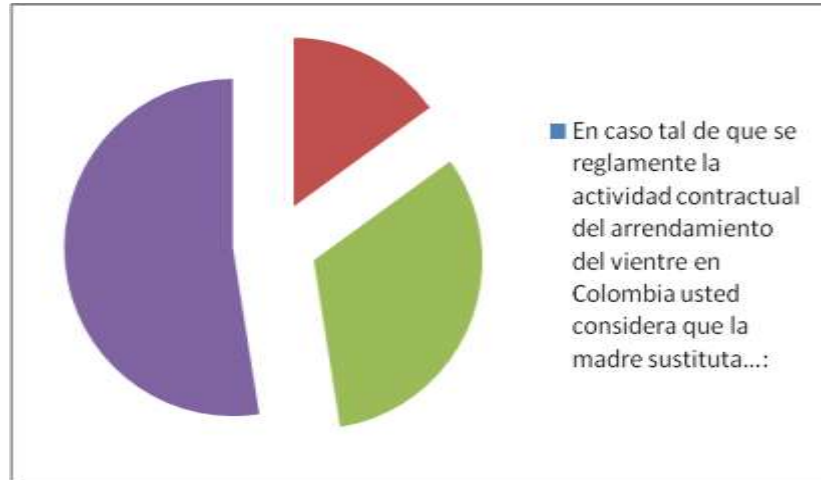
Grafica 04. Pregunta 7



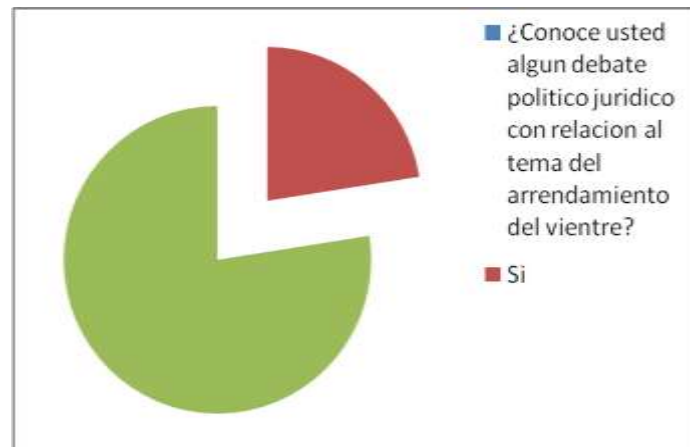
Grafica 05. Pregunta 8



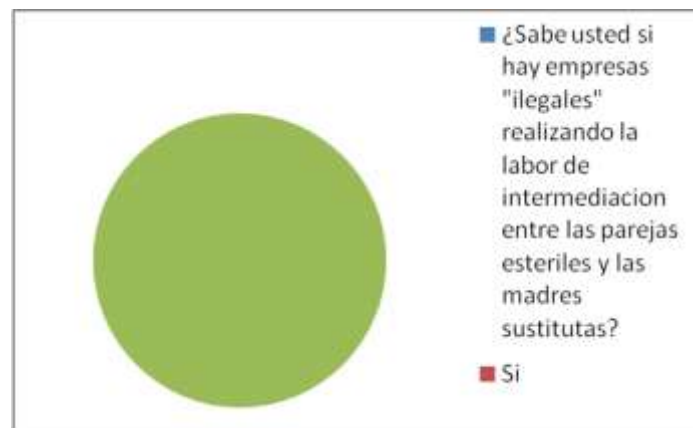
Grafica 06. Pregunta 9



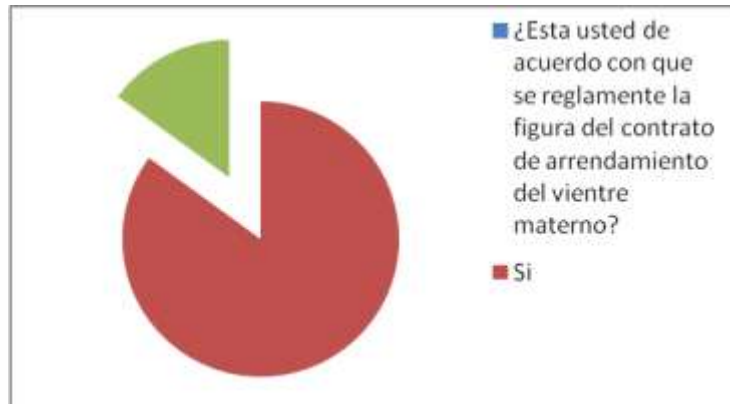
Grafica 07. Pregunta 10



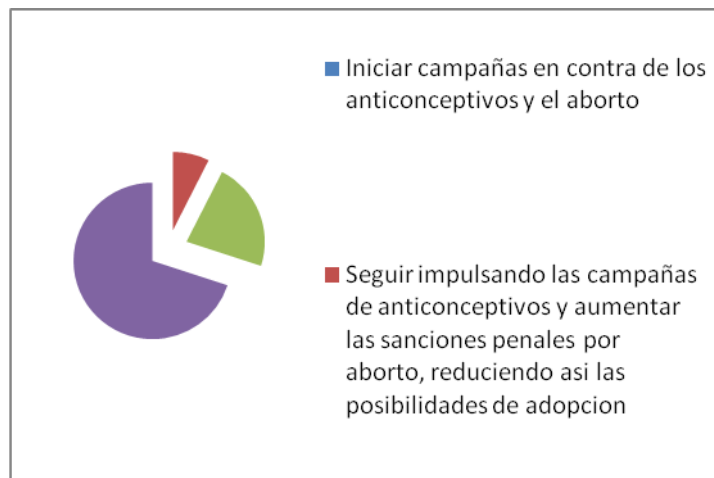
Grafica 08. Pregunta 11



Grafica 09. Pregunta 12



Grafica 10. Pregunta 13



Grafica 11. Pregunta 14

De los gráficos que anteceden y de la tabulación de los datos que arrojo la encuesta aplicada, obtuvimos las siguientes conclusiones, en cuanto al impacto social que genera la figura del arrendamiento del vientre de la mujer:

La mayoría de las personas encuestadas conocían de la figura, bien porque se habían actualizado mediante la prensa o el internet, o porque lo habían leído en algún sitio o alguien lo había comentado en una reunión social.

Se puede afirmar que las personas tienen una buena percepción sobre el contrato de arriendo del vientre ya que a los encuestados que manifestaron no conocer la figura, se les realizó una labor académica, explicándoles la razón de ser de ella. Con esto se detectó que la percepción es positiva aun cuando la mayoría considera que el único beneficio es la esperanza que genera en las familias estériles. Unos pocos consideran que pone en decadencia a la mujer, y ninguno manifestó que se podría considerar como un mal proceder.

A pesar de que la percepción es positiva, la sociedad conservadora colombiana prefiere los métodos tradicionales alternativos a la esterilidad, como son la adopción y los métodos de reproducción humana asistida. Muchos encuestados manifestaron que los métodos de reproducción humana asistida aun se encontraban en periodo de prueba y que necesitaban superar este impacto para luego asimilar otra figura como la que se está planteando. Y ligado a esto se equipara el resultado obtenido por la población femenina al rechazar el hecho de dar su vientre en arrendamiento, solo pocas consideraron la posibilidad de hacerlo en un extremo caso de situación económica deplorable y como único medio de subsistencia subsidiario.

Al parecer la religión se ha ido quedando a un lado respecto de los avances de la ciencia, la comunidad encuestada considera que la religión es un tema aparte y que las creencias teológicas están desligadas de las prácticas científicas aun cuando involucren temas como la mujer, los niños y la disponibilidad del cuerpo humano, se le puede atribuir este fenómeno a la asimilación del precepto constitucional novedoso contenido en la carta del 91. Teniendo en cuenta los objetivos planteados, se ha considerado un avance en la idiosincrasia colombiana el hecho de reconocer este tipo de figuras, sin considerar la religión como un impedimento para el desarrollo de ellas.

Definitivamente en Cartagena aun no se perciben huellas de que mujeres hayan dando su vientre en arrendamiento, la población encuestada fue enfática en

señalar una respuesta negativa, pues no conocen de casos cercanos. Sin embargo de la misma población se destacan unas pocas personas que han tenido conocimiento de que en el extranjero conocidos han conocido personas que utilicen este método para procrear. Sin embargo tampoco hay rastros de empresas dedicadas a esta actividad, a pesar de que la ley no lo prohíbe, no ha sido determinante en el comercio, pues el tabú y la mente conservadora de los colombianos genera una talanquera en la innovación de empresa.

Cuando se inicia en la indagación respecto del tratamiento de la figura jurídica como tal, la población es tímida y reconoce el vacío legislativo, pero al mismo tiempo consideran que el trabajo es meramente de este órgano²³. Analizan la figura como un contrato propiamente dicha y reconocen la figura de la indemnización de perjuicios por daños ocasionados por una de las partes. Existe una parte considerable de la población que delega en la madre sustituta la potestad de decidir la suerte del niño que ella gesto.

Son pocos los debates jurídicos políticos que se han llevado a cabo alrededor de la figura y estos no son muy conocidos, lo que se demuestra mediante los resultados de esta encuesta.

Definitivamente la principal conclusión que se obtiene de esta encuesta es que la sociedad se encuentra muy desinformada en cuanto estos temas, aun se conservan los tabúes y lo peor es que no existen políticas estatales tendientes a superar estas barreras, que nos impone la ignorancia.

²³ Si bien es cierto que la misión de crear leyes está en cabeza del congreso, no menos lo es que cada una de ellas que se sanciona tiene repercusión directa o indirecta sobre los asociados, por lo que se reconoce en estos procesos de concientización el hecho de que la comunidad debe involucrarse más en proceso de elaboración de las leyes en aras de obtener una ley aceptada, que cumpla con todos los requisitos de validez y eficacia.

6. LEGISLACIÓN COMPARADA

En varios países están implantadas de manera jurídica y médica las técnicas de reproducción asistida con legislaciones detalladas y con una infraestructura de clínicas, médicos y laboratorios con la más alta tecnología. La reproducción médicamente asistida es algo permitido legalmente y muy demandado.

Una mujer “alquila” su útero en el que se implanta el ovulo y el espermatozoide del hombre y la mujer que desean ser padres. La justificación de esta práctica se basa en que “con esto se permite que el niño sea el hijo biológico de la pareja puesto que la madre de alquiler tan sólo se encarga de gestar un embrión fruto del espermatozoide del padre y el óvulo de la madre”.

Varios matrimonios y parejas, tanto heterosexuales como homosexuales, están acudiendo a estos métodos. Ucrania y Estados Unidos son algunos de los países más demandados y en los que están permitidas estas prácticas y a ellos acuden españoles, franceses, alemanes, y personas de otros países pagando altísimas sumas de dinero.

Francia tiene un proyecto de ley en estudio para legislar el tema de las “madres de alquiler”, a raíz de que se les han presentado varias situaciones reales. Por ejemplo, el 25 de octubre de 2007 la justicia reconoció a Sylvie et Dominique sus derechos como “padres” de las gemelas que tuvieron gracias a una madre de alquiler californiana. Los políticos franceses comprendieron entonces que era necesario que la legislación se adaptara a las nuevas realidades sociales y el resultado es el informe que presenta un plan para aprobar este procedimiento como ya ocurre en otros países. Previsiblemente el Senado francés reconocerá este tipo de casos pero con condiciones: sólo para parejas heterosexuales que demuestren más de dos años de convivencia y siempre y cuando sea

biológicamente imposible que la mujer se quede embarazada, según indica Michèle André (senadora socialista) en una entrevista que publica Le Monde²⁴.

Existe en muchos países el concepto legal de que la mujer que da a luz un niño es su madre legal, y los *contratos de gestación* están prohibidos (p.ej. Francia, Holanda), aunque algunos (p.ej. Canadá) prohíben la forma "comercial" pero admiten la "altruista", y otros permiten ambas (Bélgica, Ucrania).

La *maternidad de alquiler* en la India es barata y las leyes son flexibles desde 2002. En 2008, la Corte Suprema de la India en el caso Manji (criatura japonesa) sentenció que la *maternidad comercial* estaba permitida en la India. Por lo cual se ha convertido en este país en una *industria*.

En términos generales la práctica de esta figura a nivel mundial se estila para parejas con un amplio poder adquisitivo, ya que se traducen en procedimientos costosos, que inician su inflación desde la labor de intermediación entre las agencias hasta los costos de productos y aparatos químicos pasando por la mano de obra de los médicos especialistas y por supuesto el pago del justo precio a la madre portadora del niño. Los precios pueden elevarse hasta mas de 90.000 euros.

6.1. Estados Unidos de América

En los Estados Unidos, tuvo repercusión pública el caso "Baby M", en el que la madre biológica de Melissa Stern ("Baby M"), nacida en 1986, rehusó ceder la custodia de Melissa a la pareja con la que había hecho un contrato. El tribunal de Nueva Jersey otorgó la custodia a los padres biológicos. Pero la idea ha ganado

²⁴Patricia Alzate Monroy, Revista La Clave, La maternidad subrogada (alquiler de vientres), Martes 29 de julio de 2008, Categoría, Adopciones, familia, filiación.

aceptación y en la actualidad en ocho de los Estados Unidos hay leyes que permiten los *contratos de gestación*.

6.2. Rusia

En Rusia el régimen jurídico del alquiler de vientres está consignado en el Código de Familia. El hecho es que, de acuerdo con la legislación vigente, la madre sustituta tiene el derecho preferente de decidir el destino del bebé. O sea, según la Ley, la mujer puede guardar para sí al niño, sin que se pueda hacer algo al respecto (Código de Familia, de 8 de diciembre de 1995, sección IV, capítulo 10, artículo 51, punto 4, segunda parte). Los derechos de los padres genéticos solamente se reconocen después de que la madre sustituta haya abdicado del derecho propio (artículo 52, allí mismo). Los aspectos médicos por ahora presentan un orden no comprensible hasta el final.

6.3. Ucrania

La legislación de ucrania es amplia, y taxativa respecto de los procesos de reproducción humana asistida, siempre con la implementación de medidas que salvaguardan los derechos del que esta por nacer, con imposición de normas favorables a las parejas infértiles. Siempre con observancia del ministerio de salud, La Convención sobre la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad, como la aplicación de las preocupaciones de la biología y la medicina: Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, de fecha 04 de abril 1997.

A) El artículo 1 del Código Civil de Ucrania, que establece que todos los no patrimoniales personales y las relaciones de propiedad (relaciones públicas) basándose en los principios de igualdad jurídica, la declaración libre de la voluntad, la independencia característica de sus partidos se rigen por la Legislación Civil .

El artículo 6 del Código Civil de Ucrania, que establece que:

1. Las partes tienen la autoridad para firmar un contrato que, aunque no previstas por los actos que la legislación civil, se ajustaría a los principios fundamentales de la legislación civil.
2. Las partes tienen la autoridad para regular las relaciones entre ellos, que no están regulados por los actos que la legislación civil, en un contrato, que está previsto por tales actos.
3. Las partes contratantes podrán retirarse de las disposiciones de los actos de la legislación civil y regular la relación entre ellos como les parezca conveniente. Las partes del contrato no podrá retroceder de las disposiciones de los actos de la legislación civil, en caso de que ninguna de tales actos expresamente Estado, así como en los casos en que el efecto vinculante de las disposiciones de los actos de la legislación civil se hace evidente por su contenido o la esencia de la relación entre las partes.
4. Disposiciones de las piezas de uno, dos y tres del presente artículo se aplican también a las autoridades unilaterales.

El artículo 627 del Código Civil de Ucrania, que define la naturaleza libre del contrato.

Por lo tanto, un contrato, en virtud del cual una de las partes entra en el compromiso de llevar a cabo un niño concebido por el método de fertilización in vitro para la otra parte, mientras que la otra parte entra en el compromiso de aceptar tales servicios y efectuar el pago por ellos, se cumplirá, en su totalidad, a los requisitos legales.

El artículo 628 del Código Civil de Ucrania, que establece el tema del contrato.

El artículo 629 del Código Civil de Ucrania, que establece el carácter vinculante del contrato.

El artículo 639 del Código Civil de Ucrania, que establece la forma del contrato.

B) El artículo 123 del Código de la Familia de Ucrania regula los aspectos del origen de un bebé concebido con la ayuda de técnicas reproductivas. Por lo tanto, la parte 2 del artículo define los cónyuges que han concebido un hijo con la ayuda de técnicas de reproducción como los padres de ese niño.

Aparte de ello, el punto 2.2 de p. 2 de la Orden del Ministerio de Justicia de Ucrania N ° 140 / 5, de 18 de mayo de 2003, establece el procedimiento de la perfección de la patria potestad sobre la base de una declaración ante notario que autoriza dicha acción que se publicará por una mujer que dio a luz para el niño.

Por lo tanto, de conformidad con los hechos encima de la norma de las legislaciones activa de Ucrania, las cónyuges destacándose como los clientes bajo el contrato con su madre de alquiler están expresamente definidos como los padres del niño concebido con la ayuda de los procesos reproductivos.

Todo y cualquier relación entre una madre de alquiler, el cliente y la institución médica debe ser regulada por un contrato de fertilización in vitro adecuadas.

6.4. España

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida es la actualmente vigente en España. Mientras que la maternidad subrogada o las “madres de alquiler”, la cual va siendo cada día más demandada y más ofertada, es ilegal en casi todos los países del mundo. Por ejemplo, en España no está permitido lo que comúnmente se llama “alquiler de vientres” o “alquiler de úteros”.

Aunque en España este tipo de prácticas son ilegales, hay parejas que acuden a terceras personas para poder tener un bebé. Las parejas que en España deciden acudir a este procedimiento para tener un hijo, lo hacen totalmente al margen de la ley. Y pese a que se trate de una práctica prohibida, basta con teclear “madre de alquiler” o “alquiler de vientres” en un buscador de Internet para encontrar a muchas mujeres que ofrecen su útero para gestar bebés ajenos a cambio de dinero.

Existe también la opción de acudir a otros países en los que sí es legal. Teóricamente, no sería posible porque la ley española no lo admite con lo que no existiría la posibilidad de que los padres inscribieran al niño en el Registro Civil español como su hijo. Las parejas se encontrarían con un problema a su regreso a España porque, aunque legalmente sean sus padres según la legislación de otro país, las leyes españolas no permitirían ese procedimiento, por lo que no le otorgarían el visado de entrada al niño y tampoco les permitirían inscribirlo como hijo adoptivo.

Entonces surge la pregunta: ¿Es lícito el contrato de maternidad subrogada o de alquiler de vientres?

Varios son los juristas que piensan que no lo es porque el alquiler de vientres implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres y al orden público, así como también a la legislación, ya que en el Código Civil español (art. 1271) se consagra que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, determinando por ello la nulidad del mismo. Además, sostienen, que contraviene la más elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad.

¿Qué tipo de contrato sería? ¿De prestación de servicios, de compra-venta, de donación si fuese gratuito, de alquiler...? Ciertamente, no habría un nombre apropiado para ello.

Varios médicos expertos en medicina reproductiva reclaman la legalización en España de las madres de alquiler, siempre que este procedimiento se realice por razones estrictamente médicas y en los casos en que las mujeres no tengan otra manera de poder tener un hijo a partir de sus propios óvulos. Solicitan despenalizar este procedimiento, si bien su uso no se debería generalizar, sino que se tendría que aplicar sólo en casos necesarios y “de manera pormenorizada”, una vez que se haya examinado detenidamente cada situación. Hay otros médicos que sostienen que desde un punto de vista bioético, debe saberse que detrás de un embrión que consigue desarrollarse con éxito para que nazca un bebé por reproducción médicamente asistida, existen otros muchos embriones que se han “desechado” porque no lo consiguieron; sostienen que no hay que olvidar que esos embriones desechados son también vidas humanas “desechadas”.

7. CONCLUSIONES

Del anterior informe se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Los métodos de reproducción humana asistida, nacen del afán del hombre por suplir las falencias que la misma naturaleza se ha encargado de sembrar en las parejas en edad reproductiva.
2. Estos métodos aun no alcanzan el 100% de optimización en los resultados esperados, pero si alcanzan un porcentaje significativo, que conlleva a la divulgación de estas alternativas de esperanzas para las parejas infértiles.
3. Desde hace mucho tiempo se vienen desarrollando practicas sobre gestación sustitutiva en varias de las modalidades que son propias de estos

métodos, sin embargo, los conflictos no se han hecho esperar lo que genero el interés en el tratamiento de la figura del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer como una alternativa contractual jurídicamente viable y socialmente aceptada.

4. En Colombia de acuerdo con el ordenamiento jurídico (constitucional y legal) actual es completamente viable la implementación de un contrato de arrendamiento de vientre de la mujer para gestar el hijo biológico de terceros, sin que exista impedimento de tipo moral o religioso, mediante la aplicación de los preceptos constitucionales desarrollados en figuras legales. El principal argumento que sostiene esta tesis se basa en la inexistencia de una prohibición tacita a esta figura.
5. En Colombia existe actualmente un respaldo constitucional que justifica la aplicación del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer como una institución jurídicamente aceptada, para todos los efectos de este trabajo se ha denominado “Principio de libertad reproductiva”, y se encuentra amparado en la constitución nacional y distintos tratados internacionales.
6. La sociedad aun se encuentra engeguedida por los tabús y por los prejuicios sociales, la falta de cultura medica y bioética son los principales limitantes para que se desarrollen figuras que como esta pueden ayudar a mas de una familia tanto en el aspecto económico como el emocional.
7. Las situaciones de facto llevaron a las legislaciones de otros países a tomar medidas legislativas para promocionar la práctica del alquiler de vientres, pormenorizando los procesos con el fin de que se materializara el objetivo altruista que se pregona de esta figura.
8. Aun cuando otras situaciones de hecho también llevaron a las legislaciones de otros países a tomar medidas legislativas para erradicar cualquier forma

de manipulación genética o la utilización de métodos asistidos para la reproducción por el manejo de tabús y de creencias religiosas que no permiten que la sociedad se desenvuelva en el entorno contemporáneo y que obliga a sus asociados a delinquir, solo por querer alcanzar sueños tan anhelados como el poder conformar una familia.

BIBLIOGRAFÍA

- GONZALEZ DE CANCINO, Emilssen, Los Retos Jurídicos de la Genética, Bogotá 1995, Universidad Externado de Colombia, 258 pp.
- MARIN VELEZ, Gustavo Adolfo, El Arrendamiento del Vientre en Colombia, Medellín 2005, Sello Editorial Universidad de Medellín, 276 pp.
- BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio, De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano, Generalidades Contractuales, Bogota 2004, Ediciones Doctrina y ley Ltda, 340 pp.[1]
- TAMAYO LOMBANA, Alberto, Manual de obligaciones, Bogota 2004, Editorial Temis, 416 pp. [2]
- GOMEZ ESTRADA, Cesar, De los Principales Contratos Civiles, tercera edición, Bogotá 1999, Editorial Temis.
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo, Régimen General de las Obligaciones, séptima edición, Bogotá 2001, Editorial Temis.
- ORTIZ MONSALVE, Álvaro, Manual de las Obligaciones, tercera edición, Bogotá 2003.
- ANSON OLIART, Francisco, Se Fabrican Hombres, España 1988, Ediciones RIALP, 227 pp.
- COOK, Rebecca, DICKENS, Bernard M., FATHALLA, Mahmoud, Salud Reproductiva y Derechos Humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho. Oxford. Profamilia, Bogotá D.C, 2003
- CUMMINGS, Michael R., Herencia Humana, Principios y Conceptos, Tercera edición, España 1995, McGRAW – HILL, 661 pp.
- Solomon, Berg, Martin, Biología, Quinta Edición, 2001, McGraw-Hil Interamericana.
- RODRIGUEZ RAMOS, Antonio Manuel, La ceguera del legislador a la luz de la genética, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, 295Pp.

- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-355 de 10 de Mayo de 2006, Ms.Ps. Jaime Araujo Renteria y Clara Ines Vargas Hernandez
- Unesco, 19 de Octubre de 2005, Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos
- <http://maternidadsubrogada.blogspot.com/2008/05/un-poco-de-historia.html>
Publicado por Juventud Coalición Cívica en 8:13:00
- <http://www.tribunalderecho.com/noticia.asp?id=611>; Publicado en edición impresa del mes de julio de 2009, número 74, Myriam del Burgo.
- <http://www.surrogacy.ru/es/surrogacy.php>; Publicado por Clínica MA – MA, Victoria Zaeva.
- <http://www.mailxmail.com/curso-tesis-investigacion>.
- <http://www.am-abogados.com/blog/la-maternidad-subrogada-alquiler-de-vientres/229/>
- <http://surrogacy-evropa.com/index.php/surrogatemotherlaws>