

La omisión legislativa en materia de contrato de alquiler de vientre materno en Colombia y consecuencias jurídicas*

The legislative omission concerning the surrogate womb contract in Colombia and the legal consequences that it implies

Juan Camilo Cruz Palomo**

jcruz.camilo@iclaro.com.co

Laura Lusma Castro Ortiz***

laucasor@hotmail.com

RESUMEN

El presente ensayo tiene como fundamento y tema objeto de desarrollo lo relacionado con las consecuencias de la falta de regulación en la que ha incurrido el legislador colombiano en materia del contrato de alquiler de vientre materno; hasta dónde llega la afectación de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en general, y de las parejas que deciden alquilar un vientre con el fin de procrear y extender su núcleo familiar, para tiempo después encontrarse con la negativa de la madre sustituta a entregar el niño que biológicamente es descendiente de los padres contratantes.

PALABRAS CLAVE: contrato, alquiler de vientre, interés superior del menor, jurisprudencia, omisión legislativa, derecho de familia, precedente judicial.

ABSTRACT

This test is based on and subject under development related to the consequences of the lack of regulation in which incurred the Colombian legislature in matters of lease womb; far the allocation of fundamental rights of children in general arrives, and couples who decide to rent a womb in order to procreate and extend their household, to meet after the refusal of the surrogate mother to give the child biologically it is a descendant of the contracting parents.

KEYWORDS: contract, surrogacy, child's best interests, jurisprudence, legislative omission, family law, judicial precedent.

Fecha de recepción: julio 21 de 2014

Fecha de aceptación: agosto 27 de 2014

* Artículo de reflexión, producto del proyecto de investigación Disputa de la maternidad en el contrato de alquiler de vientre en Colombia – Problemas que origina la ausencia legislativa. Línea número VIII: Estudios Interdisciplinarios en Derecho y Familia.

** Estudiante de noveno semestre de Derecho en la Fundación Universidad Autónoma de Colombia (FUAC). Integrante del grupo de investigación Filantropía Iuris, avalado por la FUAC y registrado ante Colciencias con el número COL-0101277. Finalista en el Concurso de Ensayo Jurídico Octavio Arizmendi Posada, convocado por la Universidad de La Sabana en el segundo semestre de 2013.

*** Abogada; magíster en Derechos Humanos, Universidad Alcalá de Henares (Madrid, España) y en Dirección Universitaria, Universidad de los Andes. Especialización en Derecho Administrativo, Universidad Libre de Colombia; juez de Familia, coordinadora de la Especialización en Derecho de Familia y docente de Postgrado de la FUAC; directora del grupo de investigación Filantropía Iuris, registrado ante Colciencias con el número COL-0101277.

“Tomar la decisión de tener un hijo es trascendental. Es decidir para siempre tener tu corazón caminando alrededor de su cuerpo”.

Elisabeth Stone

Para nadie es objeto de discusión que acorde con los avances en materia científica, tecnológica y bioética por los que la humanidad atraviesa, muchos estereotipos y paradigmas en los diferentes campos del conocimiento se han derrumbado, a la vez que se abren paso nuevas formas de concebir el entorno en que vivimos.

Uno de los ejemplos más significativos históricamente es el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en la sentencia C-807 de 2002, con ponencia del doctor Jaime Araújo Rentería:

Con los avances de la ciencia y la tecnología es posible llegar, no sólo a la exclusión de la paternidad, sino inclusive, a la atribución de ella, estableciendo con un alto grado de probabilidad, que el presunto padre lo es realmente respecto del hijo que se le imputa. Prueba biológica que asegura la confiabilidad y seguridad de su resultado.

El avance de la ciencia y la tecnología han convertido en obsoletas muchas de nuestras leyes y nuestros códigos, en especial nuestro Código Civil que cumple ya 114 años de vigencia y que entre sus disposiciones consagraba una serie de presunciones para establecer la filiación que hoy por hoy han quedado atrás respecto del avance científico mediante las pruebas antro-po-heredo-biológicas; por eso nuestros legisladores pensando en adecuar las normas a las actuales circunstancias del mundo moderno y acorde a los fines esenciales del Estado, como en el presente caso, han modificado la ley 75 de 1968 mediante la ahora demandada ley 721 de 2001 imponiendo como obligatoria y oficiosa la prueba del ADN en los procesos de filiación para establecer la paternidad o maternidad, desplazando los demás medios de prueba, los que han pasado a tener un carácter meramente subsidiario, esto es, que se recurrirá a éstas solamente cuando sea absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, como se prescribe en su artículo 3°.

111

Similarmente, las parejas homosexuales en Colombia no tenían ninguna clase de protección en materia de derecho de familia. Posteriormente sucedió que, de un momento a otro, por medio de acción pública de inconstitucionalidad se demandó la Ley 54 de 1990 “Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, y mediante la sentencia de constitucionalidad C-075 de 2007 se declaró exequible dicha normatividad, en el entendido que el régimen de protección allí previsto se hace extensivo a las parejas del mismo sexo. También ocurrió algo parecido con la sentencia C-355 de 2006, en la que la Corte Constitucional colombiana decidió dar un gran paso en materia de interrupción voluntaria de la gestación, siempre y cuando se presentaran determinadas condiciones fácticas con las cuales dicha conducta no se consideraría antijurídica, es decir, con afectación del derecho fundamental del *nasciturus*, por apreciar el tema de

la vida digna y no resultar sometido a condiciones de existencia que ponen en entredicho la dignidad del que está por nacer o la existencia misma de la madre; por ejemplo, respecto del primero, cuando el feto presenta malformaciones o es producto de un incesto; y en cuanto a la segunda, cuando el hijo que espera es producto de acceso carnal no consentido o alguna forma de reproducción humana asistida efectuada sin su expreso consentimiento. En orden a seguir enunciando cambios en dichos conceptos, que tienden a ser férreos e inmodificables, es menester hacer referencia a la sentencia C-239 de 1997, en la cual el máximo tribunal constitucional colombiano declaró que la eutanasia, en caso de enfermos terminales, no tendrá efectos de carácter penal cuando la persona manifieste su consentimiento respecto de autorizar su muerte digna. Estos son algunos de los casos más sonados en materia de avance jurídico, que se han discutido no solo académica sino políticamente (Toda la Corte a responder por aborto..., 2013), y que han llevado a que en la sociedad colombiana se sienta una sensación de liberalidad y de desplazamiento de concepciones retrógradas y vetustas para, con ayuda de la ciencia y la tecnología, avanzar en el bien de la comunidad y generar lo que el doctrinante Lafont Pianneta denomina Derecho de familia en la época contemporánea:

Está representado por aquella etapa del derecho de familia que no solo en forma autónoma regula y estudia la familia, sino que comienza a tener en cuenta, inicialmente de manera insular aspectos de control de natalidad, la inseminación, la interrupción y el aborto, la liberación de igualdad de sexo, entre otros, sino también, posteriormente, la regulación y el contexto general de la humanidad (2010, pág. 3).

112

Con base en lo anterior, amerita enunciar que constituye una verdadera reflexión y llamado de atención a nuestro legislador, sobre un tema tan influyente y determinante en los derechos fundamentales de las familias que se ven inmiscuidas o relacionadas directa o indirectamente con este tipo de acuerdos atípicos, y las consecuencias que se desprenden de la falta de seguridad jurídica que conlleva la ausencia de la norma,¹ y que se traduce en omisión legislativa:

-
1. Lo anterior, como enunciado, constituye quizá una visión algo retrógrada del derecho y muchos llegarán a cuestionar el trabajo de la ley, y afirmarán la primacía en la actualidad de la jurisprudencia. Como constituye un tema no objeto de discusión, en el presente escrito solo haré una pequeña alusión a dicho aspecto: en muchas partes de la doctrina se ha llegado a hablar acerca de la decadencia de la ley como fuente formal principal del derecho y la ascensión al trono del precedente. Nada más inconstitucional. Varios doctrinantes afirman que en muchas leyes de procedimiento se ha establecido el respeto al precedente, se habla de precedente horizontal, vertical, sumisión a este, igualdad de trato, etc., y esto suena plausible, pues considero que el precedente evidentemente sí se traduce en igualdad de trato; pero nuestra Constitución Política, en su artículo 230 sujetó a los jueces únicamente al imperio de la ley, y rezagó a la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación sin fuerza vinculante. Luego los que sostienen que la jurisprudencia se ha establecido como fuente formal obligatoria para los jueces y que se le ha dado ese carácter en muchas leyes ordinarias, olvidan tristemente que la Constitución constituye norma superior y prioridad fundamental en materia de constitucionalidad y jerarquía de las normas. Dichos argumentos suenan a algo como esto: supongamos que en la Constitución de un país X se establece la prohibición de la pena de muerte. Posteriormente, en cincuenta leyes del mismo Estado se estatuye expresamente la permisividad sobre dicha sanción jurídica capital. Evidentemente tales normas desconocen los principios que orientan a la Constitución y son susceptibles de ser expulsadas del ordenamiento vía acción pública de inconstitucionalidad. Esto del precedente no es más que una vana pretensión de extranjerizar nuestra administración de justicia adoptando la operatividad de un Estado con sistema de derecho consuetudinario o *common law*.

Según la jurisprudencia, el legislador incurre en una omisión legislativa principalmente en dos casos: (i) cuando ha regulado de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional (omisión de una condición o un ingrediente que de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella) lo cual conduce a la violación del derecho a la igualdad; y en segundo término (ii) cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella (por ejemplo) si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa (sentencia C-489/12).

Un tema como el contrato de alquiler de vientre materno genera distintas consecuencias y concepciones acerca de la familia, que la Asamblea Constituyente de los años 1990 y 1991 pensó, ideó, debatió y finalmente plasmó en la Constitución Política vigente. El tópico objeto de estudio y discusión en el presente texto plantea algo más allá de una interpretación lógico-objetiva respecto de la legislación de siglos pasados que contempla el Código Civil.² Requiere entender la familia más allá de la sangre y la pura relación biológica; replantear las nuevas formas de procreación y repensar y quizás derrumbar estereotipos y prejuicios relativos a la capacidad e idoneidad de ciertos sujetos de derecho para concebir, o para criar hijos en el seno de una familia no del todo común y general en la mayoría de los casos: las parejas del mismo sexo. Se necesita iniciativa por parte del legislador demostrando que las circunstancias de índole política no impiden que se garanticen derechos fundamentales y se otorgue prioridad a situaciones de orden público, legislando de manera íntegra y eficiente, en pro de evitar daños y menoscabo en las relaciones interpersonales de índole privada de las personas, que a la postre puedan traducirse en actos de reparación directa por parte del Estado³ ocasionados por hechos u omisiones del legislador.

2. Al respecto, en la sentencia C-507 de 2004, mediante la cual se cuestionó la edad para celebrar matrimonio de los individuos de sexo femenino, se afirmó respecto de la antigüedad de la norma: “Si recurrimos a los antecedentes legislativos de la normativa acusada, encontramos que dada la antigüedad del Código Civil (1873) resulta imposible encontrar una explicación histórica para la razón de ser de la diferencia de trato entre las mujeres y los hombres para efectos de reconocerle a las primeras capacidad relativa antes que a los hombres por razón de la edad.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta el momento cultural en que se redactó dicha codificación, su autor, Andrés Bello, siguió muy de cerca el derecho romano que tenía prevista una marcada diferenciación entre hombres y mujeres.

Sin embargo, a diferencia del derecho romano se trató de zanjar la diferencia marcada entre hombre y mujer para efectos de la capacidad y se consideró que como esta última en razón a su rápido desarrollo físico y fisiológico que influía de manera directa en su madurez psicológica y emocional, podía asumir con mayor rapidez responsabilidades en la toma de decisiones con consecuencias jurídicas, a diferencia del varón que tardaba aún más en dicho desarrollo. Por tal motivo, se consideró oportuno marcar la diferencia y fijar un límite inferior de edad para la mujer, hasta ahora se controvierte su constitucionalidad.

Si contextualizamos las normas censuradas en la época que fueron expedidas, encuentra el Ministerio Público que para aquel entonces, este factor marcó innumerables diferencias, especialmente en relación con el ejercicio de derechos.”

3. Al respecto, la Constitución colombiana establece en su artículo 90 la cláusula general de responsabilidad del Estado: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.



114

Respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.”

jurídica, amoral⁴ e inhumana que se tiene del contrato de alquiler de vientre, que en su esencia responde simplemente a la finalidad de traer seres a este mundo y asegurar la felicidad y la satisfacción de personas que, por circunstancias de distinta índole, no pueden gestar un hijo durante el tiempo

Aparte de reflexionar sobre la necesaria actualización de la legislación como un medio regular para alcanzar la satisfacción plena de los derechos de los asociados, se trata de garantizar la seguridad jurídica en materia de contratos innominados o atípicos fruto de la autonomía de la voluntad privada:

En relación con el primer interrogante, la ley no plantea exigencia alguna de tipo formal que subordine la eficacia del acto de la amigable composición, más allá de los requisitos generales de existencia y validez de todo negocio jurídico. De suerte que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, les asiste el derecho a las partes de fijar libremente los límites, condiciones y requisitos que estimen convenientes en cuanto a la forma como ha de adelantarse, en cada caso, la amigable composición (sentencia T-017/05).

El principio de la autonomía de la voluntad privada puede llevar a que las personas celebren todos los acuerdos de voluntades que juzguen necesarios, siempre y cuando se respeten los derechos de los demás, las buenas costumbres, el orden público y se guarde sumisión a requisitos de existencia del negocio jurídico como lo es la causa lícita y el objeto lícito. Es sobre esto que el presente ensayo trata de reflexionar y de defender posturas sobre la conveniencia y el rechazo de la concepción anti-

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

4. Sobre el tema de la moral y el ordenamiento jurídico, en la sentencia C-224 de 1994 se afirmó lo siguiente: “No es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico. Hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social.”

necesario en el vientre de la mujer que conforma la pareja. Lo anterior no constituye delito ni está prohibido expresamente en la legislación penal colombiana (Ley 599 de 2000), y lo ideal es que no lo sea porque cercenaría el concepto y el derecho a formar una familia.⁵

Marco jurídico indirecto acerca del contrato de alquiler de vientre materno en Colombia

Antes que aludir al aspecto legal y jurisprudencial de la temática planteada es necesario establecer una definición del contrato al que estamos haciendo referencia en el presente ensayo. Al respecto, Scotti (2012, págs. 9 y 10) opina:

La maternidad subrogada o “gestación por sustitución”, “vientre de alquiler”, “maternidad intervenida”, “maternidad disociada”, “gestación por contrato”, “madre sustituta” o “madre de alquiler” es el compromiso entre una mujer, llamada “mujer gestante”, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los “subrogantes”, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con él o los subrogantes.

En efecto, el recurso a la maternidad subrogada tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la “madre subrogada”, “madre de alquiler” o “madre portadora”, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales”, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer.

115

Del concepto de contrato de alquiler de vientre expuesto supra, se desprenden elementos que se deben resaltar de manera breve: i) es bilateral, ii) es de ejecución sucesiva, iii) es conmutativo, iv) aunque no aparece expresamente en el enunciado es, en la mayor parte del mundo, por esencia oneroso, v) es principal, vi) es innominado —hasta el punto que no está regulado expresamente por una ley—, vii) es de libre discusión por regla general y, viii) presenta otras características no enunciadas como la de ser una obligación para la madre subrogante de hacer, jamás la de dar.⁶

5. Al respecto, la honorable Corte Constitucional afirmó en la sentencia C-238 de 2012: “Ciertamente, en reiterada jurisprudencia, la Corporación ha indicado que el consentimiento expresado por los contrayentes caracteriza, desde su origen, a la familia surgida del matrimonio, mientras que el solo hecho de la convivencia, mas no la manifestación del acuerdo de voluntades propia del contrato, es la fuente de la familia de hecho, constituida en virtud de la libre autodeterminación de los miembros de la pareja que prefieren no celebrar el matrimonio y excluir de su relación el régimen jurídico propio de este.”

6. Al respecto, Camacho Cubides (2012) da algunos conceptos importantes: Las prestaciones de dar “son las que tienen como finalidad transmitir al acreedor el derecho de dominio, o cualquier otro derecho real” (pág. 51) y los seres humanos no somos bienes para poderse decir ni siquiera en tono jocoso que la obligación de la madre subrogante sea de dar. En cambio, la obligación de hacer es menos repulsiva: “Tienen por objeto la entrega sin transmisión del dominio o de otro derecho real, o en general la realización de un hecho positivo” (pág. 52).

Refiriéndonos específicamente a su característica de innominado, como lo resaltó la sentencia fundadora de línea sobre el tema objeto de debate en este ensayo (T-968 de 2009), no hay una regulación expresa e íntegra respecto del contrato de ‘arrendamiento’ o alquiler de vientre en nuestro país. Se afirmó lo siguiente en dicha providencia:

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.” La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas” (sentencia T-968/2009).

Ahora bien, en relación con lo transcrito, es importante hacer algunos comentarios y argumentos de hecho y de derecho a favor del contrato de alquiler de vientre, su conveniencia, y rechazar posturas que lo califican de antijurídico o de inmoral.

116

Respecto de la ‘mediación lucrativa’ entre las partes objeto del contrato: realmente constituye un contrato oneroso, pues para la madre gestante el llevar dentro de sí una criatura durante un lapso de tiempo relativamente largo (9 meses por regla general) implica un esfuerzo de tipo biológico y físico, y sería absurdo o por lo menos ingenuo de parte de ella no buscar una recompensa proporcional a los gastos médicos y demás rubros relacionados con la manutención del *nasciturus* que reposa en su útero. En la mayoría de los casos los gastos que se generan con ocasión de dicho proceso, sin contar la remuneración pactada *strictu sensu*, son de acuerdo con Apaza (2008) de valores exorbitantes: “Los costos totales de este proceso a través de una agencia ascienden a los **65.000** dólares (incluidos los honorarios de madre de alquiler, abogados, tratamientos médicos, seguros, etc.). [Negrillas añadidas].”

Igualmente, Madrigal Ambriz (2010) en su tesis de grado afirma lo siguiente, en relación con el valor que se cobra por prestar este tipo de servicios:

La práctica conocida como maternidad subrogada es un negocio nuevo de rápida expansión en India. ... En 2002, se legalizó la práctica de actuar como útero sustituido con fines comerciales, prohibida en algunas áreas de Estados Unidos y países europeos.

El costo es de aproximadamente 25 mil dólares, casi una tercera parte del precio original en Estados Unidos (pág. 22).

También, obsérvese la diferencia entre el costo del procedimiento en Argentina y en California:

La ciudad más elegida por los argentinos para llevar adelante el tratamiento es Miami. Allí se pagan unos 90.000 dólares contra los más de 130.000 que hay que desembolsar en California, otro de los estados donde se permite la práctica. Además, lo hacen por una afinidad cultural, ya que los hispanos son mayoría (Del Carril, 2011, pág. 1).

Tal y como se desprende de lo anteriormente citado, es posible colegir que se viene desarrollando una práctica de turismo reproductivo por parte de quienes buscan la economía en este tipo de contratos. A manera de ejemplo, en los Estados Unidos el costo es tres veces lo que cuesta en India u otros países donde esta práctica se ha legalizado.

De aquí se desprende que el contrato de arrendamiento o alquiler de vientre materno es, por esencia, oneroso y no implica para nada que sea reprochable u objeto de señalamiento. La Corte Constitucional, en la sentencia C-355 de 2006, argumentó como *ratio decidendi* que la mujer no es un simple receptáculo para ser obligada o constreñida a llevar a la fuerza una criatura cuya concepción estuviera viciada por un acceso carnal violento u originada en incesto, entre otros supuestos fácticos presentes en la parte resolutive. Este pronunciamiento respecto a la función reproductiva de la mujer implica un replanteamiento y discusión acerca de si tal prerrogativa puede ser objeto de conversión en costumbre mercantil, transmutando un útero que siguiendo la teoría del diseño inteligente se creó para procrear los propios hijos, fruto de sus óvulos y los espermatozoides de su pareja, a un órgano de ‘recepción’ de un huésped que al finalizar el ciclo de gestación se entregará a sus padres biológicos y quizá la mujer gestante nunca vuelva a saber nada de él. Uno de los requisitos establecidos como necesarios y convenientes para este tipo de contratos, y que la Corte Constitucional recomendó tener en cuenta para efectos de una posterior regulación fue: “(iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.” (sentencia T-968/09), a la vez que afirmó que en Colombia este tipo de servicios se estaba popularizando debido a la pobreza en algunas zonas del país y que “al parecer también es una práctica en auge. En internet se encuentran cientos de anuncios de mujeres de todas las edades que ofrecen su vientre para hacer realidad el sueño de otros de ser padres” (sentencia T-968/09).

117

Lo más probable en materia de alquiler de vientre es que la madre gestante no desarrolle sentimientos por la persona que lleva adentro, pues: i) no tiene ninguna clase de relación de carácter biológico con dicho ser, ii) está siendo prácticamente subsidiada por los padres biológicos del *nasciturus*, iii) en la mayoría de los casos recibe una fuerte suma de dinero en contraprestación a su servicio, iv) debe tener una familia ya consolidada, a la cual dar cariño y de la cual reciba amor y afecto; luego en el caso de que llegue a sentir algún tipo de sentimiento por el niño que nace deberá hacer una ponderación bastante seria entre el costo que le representa ingresar a una persona más a su núcleo familiar y, en

caso de regulación oportuna por el Congreso, hacerse responsable por los distintos daños⁷ y perjuicios materiales e inmateriales que pueda ocasionar a los padres biológicos del menor, como consecuencia de la retractación a última hora. Al respecto veamos lo que el Centro de Bioética Persona y Familia (2012) señala respecto de las cláusulas de un contrato de alquiler de vientre en la India:

Incumplimiento: en caso de incumplimiento a las cláusulas del contrato o realización de conductas distintas a las estipuladas, la mujer gestante pierde el derecho que le asiste al pago de los gastos —y si los hubiere ya recibido deberá reembolsarlos—; y se constituye además en responsable de todos los gastos dinerarios en que hubieren incurrido madre y padre genético incluyendo médicos, psicológicos, de viaje y legales sin restricción de otras erogaciones (pág. 2).

Conforme a lo expuesto supra, se debe otorgar al contrato atípico o innominado de alquiler de vientre materno la seriedad de un contrato de compraventa, permuta u otro tipo de contrato de carácter civil —más adelante se atenuará este enunciado que aparenta ser bastante crudo al igualar la entrega de una cosa con la de un ser humano—, para que en el caso de que la parte obligada a la prestación de entregar un niño que no es biológicamente de ella lo dé en adopción,⁸ pues dicho acto estuvo regido por un contrato que, en lo posible, deberá ser regulado como solemne. No bastará pactar la entrega del niño y el precio como forma de perfeccionar el contrato. Es un asunto de orden público⁹ y deberá revestirse de algunas formalidades que garanticen seguridad jurídica y la consecuente ejecución coactiva en caso de incumplimiento por parte de la madre subrogada, o la indemnización de perjuicios a que haya lugar. Así se manejan las cosas en el ámbito del derecho contractual y del negocio jurídico. El artículo 1602 del Código Civil establece implícitamente el *pacta sunt servanda*, ¿para qué comprometerse a entregar un ser que se gesta en su cuerpo si no se ha tomado una decisión previa,

118

7. Al respecto de temas como el daño moral, la Corte Constitucional interrelacionando la doctrina de otras altas Cortes como el Consejo de Estado afirmó en la sentencia T-351 de 2011: “Ese monto está ligado a la consideración de que, en el caso concreto, se presenta una grave aflicción, conclusión a la que puede llegar el juez mediante cualquier tipo de argumento práctico racional que se enmarque en parámetros de equidad y razonabilidad, como presupuesto de la vigencia del principio de igualdad de trato a los ciudadanos por parte de las autoridades judiciales. Por las razones expuestas, considera la Sala que, el hecho de que en el caso objeto de estudio se establezca el monto máximo previsto por el Consejo de Estado (aún a manera indicativa) como condena por perjuicios morales, sin dar ninguna razón para ello diferente al ejercicio del *arbitrio judicis* y, más aún, sin establecer por qué este caso produce una aflicción emocional de similar intensidad a la que se produce en aquellos eventos en que la alta Corporación citada ha aplicado la presunción de intensa aflicción, resulta abiertamente irrazonable.”

8. Desgraciadamente, debido a la falta de regulación sobre el tema en Colombia, se recurre a este método por parte de los padres contratantes y la madre subrogante para dar formalidad y seriedad a un acuerdo que nace en un acto que la ley no prohíbe pero tampoco regula expresamente.

9. Esta noción de orden público es bien importante. La Corte Constitucional la ha entendido de la siguiente forma: “Al respecto conviene recordar que las normas que regulan las relaciones laborales son de orden público, lo cual significa que la autonomía de la voluntad se restringe considerablemente ya que es el Legislador el encargado de adoptar diseños normativos para ámbitos concretos como el de la indemnización moratoria, y de señalar sus efectos temporales, claro está, dentro del marco fijado por la Constitución.”

consciente y con la supervisión de especialistas calificados en el tema⁹, ¿acaso se está contratando con incapaces¹⁰ absolutos o relativos? Al respecto deberá consultarse de nuevo los requisitos que la Corte Constitucional fijó en la sentencia plurimencionada sobre la madre subrogante, porque son importantísimos —salvo el de la falta de interés económico en el contrato que resulta ser retrógrado e insensato frente a las duras condiciones que se viven en algunas regiones del país—¹¹ como la mayoría de edad por lo menos y, otro que consideramos trascendental, que las células femeninas sexuales sean un aporte de la madre subrogada, no de la subrogante.

Como se ve, en la mayor parte del globo este contrato se está celebrando con unos intereses contrapuestos y para nada similares, pero que *prima facie* se pueden observar como equivalentes, y por ende calificarse de contrato conmutativo. Es por esto que rechazamos el requisito que citó el máximo tribunal constitucional colombiano sobre la necesaria inexistencia de *ánimus lucrandi* en dicho acuerdo de voluntades. Es simplemente opcional el que una mujer quiera realizar dicho procedimiento sin cobrar un peso. Pero debe ser fruto de la autonomía de la voluntad de ella y para nada debe significar un requisito de existencia la gratuidad del servicio.

En lo que tiene que ver con los desacuerdos entre las partes involucradas hay que dejar claro que la Corte Constitucional manejó en la sentencia fundadora de línea de este asunto (la T-968/2009), que la filiación materna se determina con base en el parto, en aplicación de un principio de derecho romano que dice, en resumidas cuentas, que siempre se sabe quién es la madre de uno. Dicha norma es anacrónica, es de muchos siglos atrás, y los cambios en materia de reproducción humana asistida nos están exigiendo dejar esos aforismos latinos para la historia, no para el Derecho. No es pertinente aquí transcribir todo un tratado sobre el origen del Código Civil y su regulación exhaustiva por el señor Bello, pero sí es de conocimiento general que viene desde mucho tiempo atrás. ¿Cuál será la solución? Interpretar la norma con base en una lógica-objetiva, o por el contrario ¿legislar de manera expresa y consciente con lo actual?

10. Al respecto, la honorable Corte Constitucional, en sentencia C-983/02 afirmó: “La capacidad, en sentido general, consiste en la facultad que tiene la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones. Pero esta capacidad, de acuerdo con el artículo 1502 del Código Civil, puede ser de goce o de ejercicio. La primera de ellas consiste en la aptitud general que tiene toda persona natural o jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, y es, sin duda alguna, el atributo esencial de la personalidad jurídica. La capacidad de ejercicio o capacidad legal, por su parte, consiste en la habilidad que la ley le reconoce a aquélla para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra. Implica, entonces, el poder realizar negocios jurídicos e intervenir en el comercio jurídico, sin que para ello requiera acudir a otro.”

11. La Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009 estableció unos sabios requisitos para la madre subrogante, pero precisamente el de la falta de interés económico en dicho negocio jurídico no se ajusta a la realidad colombiana. La Corte se basó en un autor extranjero debido a la falta de: i) regulación legal endémica, e ii) investigación pertinente sobre el tema en nuestro país. Desconoció que la economía y situación del pueblo español es muy diferente a la del pueblo colombiano.

Al respecto nos inclinamos en favor de la segunda opción por las siguientes consideraciones: i) no debemos entender la función de los jueces como creadora de derecho o interpretativa-ultra extensiva; ii) nuestro derecho es de estirpe francesa, es decir, somos un derecho codificado (Monroy Cabra, 2001); iii) la regulación del Congreso implica democracia y representatividad sobre los intereses en juego respecto de muchos asuntos, en este caso, un aspecto que gira en torno al derecho de familia.

Intento legislativo sobre el tema

En determinado momento se intentó regular aspectos relativamente cercanos al contrato de alquiler de vientre, pero la verdad es que dichos proyectos no alcanzaron ni el primer debate. Así se apreció:

Al parecer el órgano legislativo colombiano alcanzo (sic) a preocuparse por el impulso que esta (sic) generando en el ordenamiento jurídico los avances de la ciencia. En 2001 se intentó (sic) 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:

120

“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 *in vitro* con transferencia de embriones;
- c) El aporte, depósito, donación y disposición de gametos;
- d) De los beneficiarios, el consentimiento informado y la relación paterna-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;
- (...)

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

Lo grave es que el proyecto de ley se quedo (sic) en eso. En (sic) proyecto no alcanzo (sic) 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.

De nuevo se intentó legislar en el año de 2011, con el proyecto 148 de 2011 (Cámara), pero fue retirado por su autor en el mes de abril del 2012.¹² De manera que no hay regulación expresa sobre nuestro tema *sub exámine* y constituirá el siguiente punto de tratamiento.

La omisión legislativa y su definición conceptual

Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-543 de 1996, manifestó lo siguiente:

- La jurisprudencia también ha señalado que las omisiones legislativas se producen en los siguientes casos:
- Cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución;
 - Cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros;
 - Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto.

A esta clasificación propuesta cabe agregar otra instancia: cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella, v. gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa.

...

El primero de los casos anteriores corresponde a la omisión legislativa absoluta. Los demás configuran formas de omisión legislativa relativa, en donde cabe el pronunciamiento de la Corte por cuanto la norma, por incompleta, desconoce el derecho a la igualdad o la garantía del debido proceso o de otro derecho fundamental.

Así las cosas, la omisión legislativa en la cual ha incurrido el Congreso es de carácter absoluta, por cuanto no es posible trasladar la competencia del legislador ordinario (artículo 150 de la Constitución Política de Colombia) a la jurisdicción constitucional, por ser esta potestad privativa del legislador; así que resulta ser improcedente una declaratoria de exequibilidad condicionada. Lo conveniente y acorde con los mandatos constitucionales es proferir una ley que regule de manera íntegra el tema, como ya se afirmó *supra*.

Asimismo, en sentencia C-533 de 2012, el máximo tribunal constitucional afirmó respecto de la clasificación de la omisión legislativa absoluta y relativa:

12. Ley 5 de 1992 “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”. Junio 17 de 1992. Diario Oficial n.º. 40.483 de 18 de junio de 1992.

La diferencia existente entre la denominada omisión absoluta, es que en ella el Legislador no ha producido norma alguna en relación con la materia de que se trate, en tanto que en la omisión relativa, sí existe desarrollo legislativo vigente, pero imperfecto, por ausencia de un enfoque concreto sobre algún aspecto o aspectos específicos, no obstante el deber constitucional de desarrollarlo o desarrollarlos.

Posibles consecuencias de la omisión legislativa absoluta en que ha incurrido el legislador colombiano

Reluce más que palmario que los vacíos normativos siempre van a generar unas consecuencias por todos conocidas o al menos imaginadas: i) inseguridad jurídica, ii) falta de fijación de parámetros en el comportamiento o un deber ser, iii) falta de confianza en la ley y el respeto de los derechos de los demás, iv) desconfianza en el principio de representatividad y democracia por cuanto el órgano de representación popular se ve insuficiente para legislar, que se supone es su tarea primordial como poder constituyente derivado:

El poder constituyente originario tiene por objetivo el establecimiento de una Constitución, está radicado en el pueblo y comporta un ejercicio pleno del poder político, lo que explica que sus actos son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden jurídico, por lo que dichos actos escapan al control jurisdiccional. A diferencia del poder constituyente originario, el poder constituyente derivado, secundario o de reforma se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado para modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma, de donde se desprende que se trata de un poder establecido por la Constitución y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma, de manera que, aunque es poder constituyente, se encuentra instituido por la Constitución, por lo que es derivado y limitado, así como sujeto a controles (sentencia C-141 de 2010).

122

Algunas posibles consecuencias que se consideran pertinentes y suficientes para los efectos y extensión del presente documento:

- *Se está sacrificando el derecho de las personas a formar familia y a exigir seriedad en el cumplimiento de las prestaciones del contrato de alquiler de vientre materno.* En ejercicio del principio de autonomía de la voluntad las personas están celebrando un contrato de alquiler de vientre que encuadra dentro de los llamados contratos atípicos, que no está prohibido expresamente por la ley —no está contemplado como delito en la Ley 599 de 2000— o en alguna otra regulación de carácter general; sin embargo, los jueces no están actualizados en la materia, y en caso de incumplimiento por parte de la madre sustituta dan prioridad a lo establecido por el Código Civil respecto de que la maternidad se presume por el nacimiento. Lo anterior es reforzado por el aforismo latino *mater semper certa est etiam si vulgo concepterit*, lo cual implica una concepción jurídica del parto, filiación¹³ y derechos familiares retrógrada o no con-

13. Creemos que el tema de la filiación es prácticamente trascendental en un contrato de alquiler de vientre, y no deben quedar dudas acerca de quién es procreante y quién es procreado, sobre todo el primero.



Se está sacrificando el derecho de las personas a formar familia y a exigir seriedad en el cumplimiento de las prestaciones del contrato de alquiler de vientre materno. En ejercicio del principio de autonomía de la voluntad las personas están celebrando un contrato de alquiler de vientre que encuadra dentro de los llamados contratos atípicos, que no está prohibido expresamente por la ley —no está contemplado como delito en la Ley 599 de 2000—.

forme con las nuevas hipótesis y situaciones que se viven gracias a los avances tecnológicos, además de darle a dichas inconformidades o desavenencias en cuanto a la entrega del niño por parte de la madre sustituta la categoría de obligación natural.¹⁴

- *El hecho de que este tipo de situaciones se estén solucionando por el campo jurisprudencial y no por el campo legal implica una invasión de la Corte Constitucional al ámbito privativo del Congreso de la República, conforme a la cláusula general de competencia (art. 150 constitucional): es un tema tangencial a tratar, pero existe inconstitucionalidad respecto a la adopción de costumbres extranjeras como el respeto al precedente judicial y la sistematización de la ley y los derechos subjetivos por medio de fallos judiciales. El artículo 230 de la Carta Política es claro al establecer que la jurisprudencia es criterio auxiliar de interpretación. Para nada interesa si en diez mil leyes se establece el respeto al precedente, son leyes ordinarias y de acuerdo con el artículo 4° de la Constitución están sometidas a los mandatos constitucionales y por ende son inconstitucionales y susceptibles de demanda mediante acción pública de inconstitucionalidad.*
- *La falta de regulación en situaciones como el derecho de familia, que al ser de orden público lleva a incertidumbre no solo jurídica sino sociológica donde no se tiene una referencia normativa de conducta: si bien los jueces de la República, ya por procedimientos civiles o ya por acción de tutela ante la jurisdicción constitucional resuelven las situaciones o casos contenciosos que llegan a sus despachos de manera prudente y cuidadosa, no se puede establecerles la carga de resolver un asunto tan delicado y que involucra derechos fundamentales de los menores —interés superior del menor— porque no están constitucionalmente dotados para proferir normas de carácter impersonal, general y abstracto. Es la sujeción al principio *iura novit curia* lo que los hace fallar, e igualmente el tipo penal contemplado en la Ley 599 de 2000 denominado *prevaricato por omisión*.*

14. A este respecto Velásquez Gómez (2013) afirma: “puede definirse la obligación natural como el vínculo jurídico entre dos sujetos, acreedor y deudor, que tiene como objeto una prestación de dar, hacer o no hacer, con la característica de que el acreedor no puede exigir con eficacia la prestación” (pág. 61).

Conclusiones

En mérito y consecuencialmente con lo anteriormente expuesto, es posible y lógico concluir los siguientes supuestos o afirmaciones:

1. El Congreso de la República ha venido incurriendo en una omisión legislativa absoluta, que contrasta con el artículo 42 de la Carta Política de 1991, en donde se hace referencia expresa a la prole procreada por otros medios distintos a los naturales; siendo esta clase de procreación un mandato de carácter constitucional, se debe garantizar la igualdad de derechos y prerrogativas a los hijos sin importar la forma de su concepción o gestación, esta última en tratándose del alquiler de vientre.
2. Hay una afectación de derechos fundamentales tanto de los menores como de los padres contratantes, y a veces también de la madre subrogante, reflejada en las situaciones ya descritas.
3. La falta de regulación trae inseguridad jurídica, lo cual sociológicamente implica una desorientación de los sujetos de derecho en sus relaciones, desplegando conductas y acciones poco acordes con los límites mínimos de las buenas costumbres y el orden público.
4. Este tipo de acuerdos se mantienen en el limbo de lo permitido porque no está prohibido, pero al no estar reglamentado estaría prohibido implícitamente al establecer un procedimiento más gravoso de lo normal para materializar el contrato.
5. La solución de conflictos de este tipo —donde se involucra falta de regulación— por vía jurisprudencial es inconstitucional: no somos un Estado del common law para que el juez esté creando derecho. Para eso la cláusula general de competencia del Congreso (art. 150) le da el carácter general a dicha autoridad para expedir leyes en los campos en que considere tener voluntad legislativa.

124

Referencias

- Apaza Colque, N. (2008). *Creación de una ley para la autorización, control y fiscalización de los convenios de subrogación de vientre gestante*. (Tesis de grado). Facultad de Derecho Universidad Mayor de San Andrés.
- Camacho Cubides, J. (2012). *Obligaciones*. (7ª edición). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, 544 p.
- Centro de Bioética, persona y familia. (2012). *El alquiler de vientre, una forma de explotación de la mujer y cosificación del niño*. Recuperado el 21 de marzo de 2013 de: <http://centrodebioetica.org/~fundlat/wp-content/uploads/2012/09/DT-Alquiler-de-vientres.pdf>
- Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Diario Oficial n.º 44.097 de 24 de julio del 2000.

- Constitución Política de Colombia. (1991).
- Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 1994. M. P.: Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1996. M. P.: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997. M. P.: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-807 de 2002. M. P.: Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional. Sentencia C-983 de 2002. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. Sentencia C-780 de 2003. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2004. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Sentencia T-017 de 2005. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. M. P.: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia T-968 de 2009. M. P.: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010. M. S.: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. Sentencia T-351 de 2011. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva
- Corte Constitucional. Sentencia C-238 de 2012. M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 2012. M. P.: Adriana María Guillén Arango.
- Corte Constitucional. Sentencia C-533 de 2012. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.
- Del Carril, J. I. (4 de febrero de 2011). Vientre en alquiler Argentina. Recuperado el 21 de marzo de 2013 de: <http://vientreenalquilerargentina.blogspot.com/>
- Díaz Ricardo, T. y Aguilar Gómez, E. J. (2010). *Contrato de arrendamiento de vientre de la mujer: una mirada de la norma constitucional colombiana*. Cartagena, 36-38.
- Lafont Pianetta, P. (2010). *Derecho de familia*. Tomo I. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Ley 5 de 1992. “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes. Junio 17 de 1992. Diario Oficial n.º 40.483 de 18 de junio de 1992.
- Madrigal Ambriz, S. (2010). *Ausencia de normatividad aplicable al préstamo o renta del útero en la reproducción asistida*. (Tesis de licenciatura). Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.
- Monroy Cabra, M. G. (09 de agosto de 2001). Salvamento a la sentencia C-836 de 2001. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Scotti, L. (Diciembre, 2012). El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. *Pensar en Derecho*, 1(1), 267-290. Obtenido de: <https://societip.files.-wordpress.-com/2013/12/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-collmada-de-interrogantes-sin-respuestas-jurc3addicas-scotti.pdf>
- Toda la Corte, a responder por aborto y matrimonio gay en Congreso*. (25 de octubre de 2013). Recuperado el 1 de noviembre de 2013 de El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13143398>
- Velásquez Gómez, H. D. (2013). *Estudio sobre las obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis.