

# PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA EN EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO<sup>1</sup>

Vanina Moadie Ortega<sup>2</sup>

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

**Immanuel Kant**

---

<sup>1</sup> La reflexión teórica presentada en este artículo, es un avance del proyecto de investigación denominado “Disponibilidad jurídica y patrimonial del cuerpo humano” del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena.

<sup>2</sup> MOADIE, Vanina, abogada, especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, Maestreado en Derecho, Universidad de Medellín. Docente de Bienes, Sucesiones, y Análisis Jurisprudencial en Derecho Privado en la Universidad de Cartagena, y Sucesiones en la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco en convenio con la Universidad de Medellín. Docente investigadora del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena en Convenio con la Universidad de Medellín, categoría C en Colciencias. Docente tutora de semilleros de investigaciones. Correo: vanmoadie66@hotmail.com.

**Fecha de Recepción:** Abril 9/2012

**Fecha de Aceptación:** Abril 15/2012

## RESUMEN

El texto aborda la defensa de la Dignidad Humana, evidenciando el reconocimiento por la Corte Constitucional Colombiana de la misma como principio de principios, para así analizar desde esta perspectiva el fenómeno del arrendamiento de vientre en el ordenamiento jurídico colombiano, justificado en que es una realidad que la legislación civil durante años ha guardado silencio sobre la posibilidad de disposición del cuerpo humano, lo cual es entendible, toda vez que el Código Civil, máximo instrumento de codificación de las relaciones entre los particulares, fue sancionado hace más de un siglo, razón por la cual no pudo haber regulado aspectos de reciente desarrollo.

Aun así, en la actualidad las prácticas médicas, científicas y biotecnológicas imponen la necesidad de plantearse reflexiones en torno a la disposición del cuerpo humano y sus partes (en este caso del vientre materno), por lo que resulta necesaria una argumentación sólida que permita tomar partido en el entendimiento crítico de la figura del arrendamiento de vientre.

## ABSTRACT

*The text is about the defense of human dignity, demonstrating the recognition by the Colombian Constitutional Court as the principle of principles, so from this perspective to analyze the phenomenon of belly leasing in the Colombian law, justified in that it is a reality that civil law has made quiet for years about the possibility of disposal of the human body, which is understandable, since the civil Code, maximum coding instrument that refer to the relations between individuals, was enacted more than a century ago, reason why could not have covered aspects of recent development.*

*Today medical, scientific and biotechnology practices make it necessary to consider reflections on the disposition of the human body and its parts (in this case the belly (womb), making a need to have a strong case to ensure a clear point of view about the critical understanding of the figure of leasing belly.*

## PALABRAS CLAVE

Cuerpo humano. Arrendamiento de vientre. Principios. Dignidad humana.

## KEYWORD

*Human body. Belly lease. Principles. Human dignity.*

## 1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

La ausencia de regulación sobre la disponibilidad jurídica del cuerpo humano en Colombia es una realidad innegable, de la cual no podemos hacer abstracción. El derecho positivo ha sido desbordado por las nuevas técnicas biotecnológicas y médicas, ubicándolo en desventaja frente a temas no reglamentados, lo cual no ha sido por su incapacidad de regular situaciones novedosas, sino que la regulación existente fue anterior a dichas realidades<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> MOADIE O, Vanina. "Reflexión y crítica sobre el fenómeno corporal en la legislación colombiana", Capítulo del libro *Tendencias actuales del Derecho Privado*. Págs. 9-25. ISBN.978- 958-8687-13-1. Editado por ACOFADE. Asociación Colombiana de Facultades de Derecho y Universidad Antonio Nariño, Bogotá. Octubre de 2011.

Algunas de las técnicas médicas que le representan problemas a la ciencia jurídica son, entre otras: la investigación científica con seres humanos; el arrendamiento de úteros; la fecundación asistida; el patentamiento de partes del cuerpo humano; la responsabilidad de los bancos de semen, la reserva de los datos del donante y sus posibles consecuencias de degeneración de la especie humana; las cirugías de cambio de sexo; la existencia o no de un patrimonio genético; la donación de órganos; el congelamiento de cadáveres; la inseminación *postmórtem*, las manipulaciones estéticas del cuerpo humano. Aunque es menester aclarar desde estas líneas iniciales, que en este artículo haremos énfasis en el análisis de uno de ellos, en este caso, del arrendamiento de vientre.

Somos conocedores de que el anterior listado aumentará progresivamente en la medida acelerada en que avanza la ciencia médica y además, observamos que todos los temas enlistados conllevan implicaciones científicas, jurídicas, antropológicas, sociológicas, psicológicas, filosóficas y religiosas. Es por lo anterior, que la bioética, como ciencia de la ética relativa al cuerpo, entra a cumplir un papel protagónico, pero el jurista será su coprotagonista, porque las cuestiones prácticas que estas situaciones plantean deben ser resueltas por este, aun en ausencia de normas, como suele suceder en la gran mayoría de los casos, ya que siempre se presenta una gran brecha entre el abordaje científico y el abordaje jurídico dándose de manera inicial el primeramente señalado.

*Para el desarrollo del presente artículo, se expondrán Inicialmente algunas consideraciones previas que sientan las premisas básicas sobre las generalidades de la “dignidad humana”, para luego hacer un abordaje de la naturaleza jurídica de la Dignidad Humana en la Constitución Política Colombiana de 1991 desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.*

Posteriormente, se abordará el tema del cuerpo humano y el principio de su no comercialización, así como el pronunciamiento de la Corte Constitucional desde sus reiteradas sentencias sobre el principio de prohibición de cosificación del ser humano, para luego detenernos en el fenómeno del arrendamiento de vientre y las consideraciones argumentativas para considerar dicha práctica contraria al principio de dignidad humana en el ordenamiento jurídico Colombiano.

Y finalmente, se sugerirán algunas conclusiones que recogen los puntos relevantes del tema tratado.

## **2. LA DIGNIDAD HUMANA. GENERALIDADES**

Según Ludwig Schmidt Hernández, en su disertación denominada HACIA UNA MEJOR COMPRENSIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA EN EL SIGLO XXI<sup>4</sup>, manifiesta que “La dignidad es considerada como una categoría moral, piedra angular de la ética, pero también de la religión, el derecho y la política, siendo así expresada por diversos pensadores en el acontecer de la historia”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Este material recoge las líneas principales de la Conferencia magistral de apertura del II Congreso Venezolano de Bioética y II Congreso Iberoamericano de Bioética, Caracas, del 29 de julio al 1 de agosto de 2008.

<sup>5</sup> Se pueden citar entre otros a Buda, Lao-Tzu, Jesús de Nazaret, Confucio, Mahoma, Platón, Aristóteles, Seneca, Francisco de Asís, Lutero, Ignacio de Loyola, Miguel de Cervantes, Miguel de Unamuno, George Fox, Rousseau, Immanuel Kant, Andrés Bello, Mahatma Gandhi, Karl Marx, Franz Kafka.

No desconoce el autor mencionado, que el concepto de dignidad está íntimamente vinculado al concepto de “persona”, manifestando que el predicado esencial de la persona es la dignidad, el cual se evidencia más claramente después de la Declaración Universal de Los Derechos Humanos en 1948, en efecto está en su artículo 1ero. reza:

“Todos los *seres humanos* nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, por lo que la dignidad pertenece a todos los seres humanos por el solo hecho de serlo, sin distinción de color, raza, etnia, sexo o clase social; es por eso que en uno de los primeros esfuerzos más globales realizados por estadistas y juristas internacionales, se planteó que la dignidad humana es *el imperativo categórico de nuestro tiempo*.

Lo anterior es un logro invaluable, máxime si se tiene en cuenta que un buen desarrollo del concepto de dignidad garantiza un mínimo de condiciones al ser humano, en especial la *libertad y la igualdad*.

Para fundamentar esa especial relación entre *dignidad y libertad*, podemos decir que es significativo que la Corte Constitucional Colombiana haya señalado la estrecha relación entre la libertad individual y la dignidad humana, en cuanto ha manifestado:

“*El núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad protege la libertad general de acción, vinculada estrechamente con el principio de dignidad humana (CP art. 1)*”<sup>6</sup> y de igual manera en la sentencia C-542 de 1993, la Corte recurrió al imperativo categórico Kantiano, para reforzar la idea según la cual no pueden superponerse los intereses generales a los derechos fundamentales, especialmente los de la libertad y la vida que son “*inherentes*” a la dignidad del ser humano, manifestando que es “*menester tener presente que, por su dignidad, el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como un medio para alcanzar fines generales*”...

### **3. LA DIGNIDAD HUMANA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA DE 1991 SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

La Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia T- 881 del 1 de octubre de 2002, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, analizó de manera completa y ordenada su línea jurisprudencial en torno a la naturaleza jurídica de la expresión constitucional: “*dignidad humana*”, así como a las consecuencias normativas de su determinación. Inicialmente realizó una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente de la expresión DIGNIDAD HUMANA como entidad normativa, manifestando que puede presentarse de dos maneras la naturaleza jurídica de esta: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. (El subrayado es propio).

---

<sup>6</sup> Sentencia T-532 de 1992.

Para el caso que nos ocupa en esta ocasión, como lo es privilegiar la observancia e interpretación de principios en el ordenamiento jurídico colombiano en el alquiler de vientres, omitiremos la reflexión sobre la expresión dignidad humana a partir de su objeto concreto de protección y nos detendremos en la funcionalidad del enunciado normativo de la dignidad humana, donde la Corte ha identificado tres lineamientos, a saber:

Por otra parte, al tener como punto de vista la funcionalidad del enunciado normativo “dignidad humana” en el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte identificó tres lineamientos:

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

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

- a.- La funcionalidad del enunciado constitucional de la “dignidad humana” como principio fundante del ordenamiento jurídico y del Estado Colombiano, y en ese sentido la dignidad como valor: al respecto, la Corte Constitucional Colombiana aclara que cuando se pronuncia sobre valores, pasa inmediatamente del plano normativo al plano axiológico. Esta duplicidad de planos impide adelantar el análisis o el tratamiento de un enunciado normativo, en este caso el de la dignidad humana, a partir del marco conceptual propio de la ciencia normativa del derecho.

Esta distinción igualmente le permite a la Corte evitar rupturas metodológicas de otra manera insalvables, pues mientras el plano axiológico opera bajo la lógica de “lo mejor”, el plano normativo opera bajo la lógica de “lo debido”. De esta forma, consideraciones que bien cabrían en el plano axiológico no serían de recibo en el plano normativo. Sin embargo, para efectos prácticos estas diferencias se diluyen, pues los predicados de la dignidad humana comparten también naturaleza normativa.

La Corte, a través de un análisis exhaustivo de sus sentencias, pasa a revisar la funcionalidad del enunciado normativo “dignidad humana” en el plano axiológico a partir de su propia jurisprudencia, así:

SENTENCIA	DEFINICIÓN DE DIGNIDAD HUMANA
T-401 de 1992	La dignidad humana es en verdad el <b>principio</b> fundante del Estado (art 1) que constituye el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías de la Constitución. La dignidad, como <b>principio</b> fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia.
T-499 de 1992	La dignidad humana es el <b>valor</b> fundante constitutivo del orden jurídico.
T-011 de 1993	La dignidad humana constituye la base axiológica de la Carta.
T-338 de 1993	La dignidad humana se muestra como el <b>principio</b> fundante de la Constitución y a la vez es una garantía de las personas.
T-472 de 1996	La dignidad humana <b>es el principio</b> del que derivan derechos fundamentales para las personas naturales.
C-521 de 1998	La dignidad humana constituye el <b>valor</b> superior al cual están anejos los derechos fundamentales.
T-556 de 1998	La dignidad humana es un <b>principio</b> constitucional elevado a nivel de “fundante” del Estado, base del ordenamiento jurídico y de la actividad de las autoridades públicas. “Es que el concepto de dignidad humana no constituye hoy, en el sistema colombiano, un recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un <b>principio</b> constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas

La Corte concluye entonces, que “es claro que la dignidad humana caracteriza de manera definitoria al Estado Colombiano como conjunto de instituciones jurídicas. La importancia práctica de esta “faceta” de la dignidad humana está mediada simplemente por la posibilidad de claridad conceptual.”

Resulta pertinente recordar en esta instancia, a propósito de la dignidad como principio y valor, como bien lo enseña el doctrinante Argentino Portela Jorge, en “LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO”<sup>7</sup>, que la identificación entre principios y valores parece ser característica de la corriente neoconstitucionalista, en la que algunos de sus exponentes definen principios como valores, especialmente Peces Barba, cuando entiende los principios como normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico o de un sector del mismo, y en sentidos similar lo hace Alexy, cuando enlista principios constitucionales -que bien son valores-, y Zagrebelsky cuando se refiere a principios o valores como si fuesen un mismo concepto.

*(b) La dignidad humana entendida como principio constitucional:* a este respecto la Corte manifiesta que: “en aras de la identificación de las normas constitucionales a partir de los enunciados normativos constitucionales sobre el respeto a la dignidad humana, se afirma la existencia de dos normas jurídicas que tienen la estructura lógico normativa de los principios: (a) el principio de dignidad humana y (b) el derecho a la dignidad humana. Las cuales a pesar de tener la misma estructura (la

<sup>7</sup> PORTELA, Jorge Guillermo. En: “los principios Jurídicos y el Neoconstitucionalismo”, publicado en *Revista Dikaion* 2009. Número 18 págs 33-54 ISSN 0120-8942 Año 23. Universidad de la Sabana.

estructura de los principios), constituyen entidades normativas autónomas con rasgos particulares que difieren entre sí, especialmente frente a su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico”.

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

No cabe duda de que la definición que la Corte Constitucional Colombiana aporta del principio de Dignidad Humana se ajusta fielmente a la definición Alexyana de principios como mandatos de optimización, como quiera que para Robert Alexy, los principios son: “normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con sus posibilidades jurídicas y fácticas.”<sup>8</sup>

Y acto seguido, la Corte se dedicó a revisar la funcionalidad de la norma jurídica identificada a partir del enunciado normativo “dignidad humana”, consistente en el principio constitucional de dignidad humana, a partir de su misma jurisprudencia; lo anterior es evidentemente constatable en sentencias como la T-499/92, T-596/92, T-461 /98, C-328/00, C-012/01, T-958/01.

En conclusión a este respecto, sobre la dignidad humana en la Constitución política Colombiana, la Corte manifiesta que era necesaria una revisión frente a la naturaleza jurídica de la misma, porque si bien, para la solución correcta de los asuntos constitucionales, ha sido suficiente la invocación y la protección de un derecho fundamental nominado o innominado específico, no le ha parecido adecuado acudir a la artificiosa construcción de un llamado derecho a la dignidad. Más aún, si la propia Corte ya ha concluido que la dignidad es un principio constitucional, y un elemento definitorio del Estado Social de Derecho Colombiano, al que como tal, le corresponde una función integradora del ordenamiento jurídico, constituye un parámetro de interpretación<sup>9</sup> de los demás enunciados normativos del mismo y sobre todo es la fuente última, o el “principio de principios” del cual derivan el fundamento de su existencia-validez buena parte de los llamados derechos innominados. (El resaltado es propio).

#### **4. EL CUERPO HUMANO Y EL PRINCIPIO DE NO COMERCIALIZACIÓN**

Lo anteriormente explicado, sienta las premisas básicas para el abordaje específico que se pretende en este artículo, el cual es, una mirada al fenómeno de alquiler o arrendamiento de vientre desde una perspectiva del principio de la dignidad, por lo que para enlazarlo debemos decir, que si bien es

---

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, México, Fontamara, 1993, p14, citado por Portela Jorge Guillermo en “los principios Jurídicos y el Neoconstitucionalismo”, publicado en *Revista Dikaion* 2009. Número 18 págs 33-54 ISSN 0120-8942 Año 23. Universidad de la Sabana.

<sup>9</sup> En este sentido ver la sentencia T-645 de 1996.

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

“El Código Civil Francés no consagra un texto dirigido a situar a la persona fuera del comercio. Es que la regla parece tan evidente, que nadie pensó en enunciarla (...) se trataría de una regla tradicional, de un axioma jurídico que nadie experimenta la necesidad de demostrar. (...) Nadie discutió el principio, nadie experimento la necesidad de justificarlo, ni siquiera de analizarlo”<sup>10</sup>. (negrillas propias).

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

En esta ocasión, hacemos el abordaje del tema con una perspectiva de protección de principios, porque es prudente advertir que ante la no consagración de una norma que expresamente de cuenta del principio de no comercialización del sujeto de derecho, algunos podrían pensar que encuentran allí argumentos para permitir dichas prácticas y de esta manera planteen, por ser posible, la realización de actos jurídicos de contenido patrimonial sobre el cuerpo humano y sus partes, pero ello no es así. La última interpretación iría en contra del principio de no comercialización, el cual existe a pesar de no estar consagrado explícitamente, porque los principios son y existen independiente de las formalidades jurídicas, la ley es puesta por el legislador, pero los principios existen y no son puestos, de igual manera los principios son indemostrables y no se deben confundir con normas y mucho menos pensar que solo son principios en la medida en que sean reconocidos por normas constitucionales. Retomemos al Francés León Mazeud, cuando expresó desde hace más de un siglo -y es ahora cuando se puede entender mejor su aseveración- sobre el principio de no comercialización del sujeto:

*“Se trataría de una regla tradicional, de un axioma jurídico que nadie experimenta la necesidad de demostrar... Nadie discutió el principio, nadie experimentó la necesidad de justificarlo, ni siquiera de analizarlo”.*

Se enunciarán a continuación dos situaciones que, aunque diferentes entre sí, abren la posibilidad de controvertir en la práctica el principio de no comercialización del cuerpo humano, como son:

La posibilidad de comercialización de partes del cuerpo humano separadas de este y la posibilidad de comercialización de *partes del cuerpo humano no separadas de él*, con

---

<sup>10</sup> MAZEAUD, León. “Los contratos sobre el cuerpo humano en ADC”, enero- marzo 1953. P.81-83, citado por Bergel, Salvador D. Bergel, 2007, *Bioética, cuerpo y mercado 2007*: Pág. 133-164 En: *Revista Bioética*, publicación de la Universidad del Bosque, pág. 133- 164 recuperado en [www.bioeticaunbosque.edu.co/publicaciones/. /Articulo\\_Bergel.pdf](http://www.bioeticaunbosque.edu.co/publicaciones/. /Articulo_Bergel.pdf)

la diferencia ostensible de que si la parte del cuerpo humano *ya está separada* de este no hace parte del sujeto de derecho; en dicho caso, no se estaría comercializando con el cuerpo humano o con el sujeto de derecho sino con un objeto o una cosa de seguirse la tradicional definición doctrinaria que indica que cosa es todo lo que existe, excepto el sujeto de derecho; mientras que si la comercialización se da con partes del cuerpo humano no separadas de este, el objeto de la negociación es el mismo sujeto de derecho, acogiendo la tesis doctrinaria de que el cuerpo humano es la envoltura física del sujeto de derecho.

La primera de ellas, es la posibilidad de comercialización de *partes del cuerpo humano separadas de él*, entre ellas, cabello, uñas, órganos, y semen, último caso que, dada su importancia en la función reproductiva, generaría en su comercialización consecuencias jurídicas aún no reguladas, como indeterminación de la filiación, incertidumbres sucesorales y desconocimiento de derechos-obligaciones y posibles riesgos de degeneración en la raza humana. En esta oportunidad esta temática no se desarrollará pero se tuvo la ocasión de analizar en otra ocasión.<sup>11</sup>

La segunda posibilidad, es la de comercialización de *partes del cuerpo humano no separadas de él*, como el caso del arrendamiento de vientre, el cual se desarrollará de manera específica y detenida más adelante, por ser el único escogido para su estudio - en este artículo- del listado inicialmente señalado de prácticas médicas que plantean incertidumbres jurídicas.

## **5. UNA MIRADA AL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE COSIFICACIÓN DEL SER HUMANO DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. PRINCIPIO DE NO COMERCIALIZACIÓN DEL SUJETO DE DERECHO**

Desde una mirada jurisprudencial sobre el principio de prohibición de cosificación del ser humano, la Honorable Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado en varias de sus sentencias sobre el alcance semántico y lingüístico de algunas expresiones que cosifican al ser humano, todas ellas violatorias de la dignidad humana. Sin embargo, es necesario aclarar que no ha habido un pronunciamiento expreso sobre el reconocimiento del principio de no comercialización, pero se toma el *principio de no cosificación* como un punto de partida de donde se pretende desprender a través de la línea de argumentación una variante del mismo denominada *principio de no comercialización*.

La Corte Constitucional, en las sentencias que se analizarán a continuación, señala su *deber de "Preservar el contenido axiológico humanístico que informa a nuestra norma fundamental, velando aún porque el lenguaje utilizado por el legislador no la contradiga"*<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> MOADIE ORTEGA, Vanina. Reflexión crítica sobre el fenómeno corporal en la legislación colombiana y su enfoque jurisprudencial, *Revista Criterios*, Universidad de San Buenaventura Bogotá, Vol. 4 No. 2, julio a diciembre de 2011. ISSN 2011-5733. El artículo en mención es una segunda versión del artículo denominado Reflexión y crítica del fenómeno corporal en la legislación colombiana, enriquecido en esta ocasión con un abordaje casuístico y comprensivo de los fallos que en Colombia han solucionado dichos casos.

<sup>12</sup>Sentencia C-037, febrero 5, 1996.

De acuerdo con lo planteado por la Corte Constitucional, la doctrina constitucional, ha propuesto el uso adecuado del lenguaje legislativo, que ha servido como fundamento para declarar la constitucionalidad condicionada o la inconstitucionalidad de numerosas expresiones legales, que no corresponden “al contenido axiológico del nuevo ordenamiento constitucional” por atentar contra principios, valores y derechos constitucionales, especialmente contra del *principio de dignidad*.

La primera de ella, es la sentencia C-037 de 1996 que declaró la inexecutable de la expresión “recursos humanos” de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la cual hemos considerado como una expresión con tendencia a cosificar al ser humano.

Al respecto señaló que:

“El reconocimiento de la dignidad humana implica la concepción de la persona como un fin en sí misma y no como un medio para un fin. En otras palabras, como un ser que no es manipulable, ni utilizable en vista de un fin, así se juzgue este muy plausible. El Estado está a su servicio y no a la inversa. Llamar “recursos humanos” a las personas que han de cumplir ciertas funciones, supone adoptar la perspectiva opuesta a la descrita, aunque un deplorable uso cada vez más generalizado pugne por legitimar la expresión”. (Sentencia C-037, Febrero 5, 1996).

Posteriormente, la sentencia C-320 de Julio 3 de 1997, considero constitucionalmente inadmisibles y reprochables el lenguaje empleado por el legislador en la Ley Nacional del Deporte<sup>13</sup> al referirse en su artículo 34 a la “*transferencia*” de los deportistas, situación que hayamos antecedente para justificar el abordaje jurisprudencial del principio de no comercialización del cuerpo humano, y se refirió a la prohibición de términos que tiendan a la cosificación de la persona:

“*En efecto, la norma habla de la "transferencia" de los deportistas, lo cual significa, en sentido literal, que los clubes son verdaderos dueños de esas personas, ya que solo se transfiere, se vende y se presta aquello de que se es propietario. El lenguaje de una norma legal no es axiológicamente neutro, ni deja de tener relevancia constitucional, puesto que, tal y como esta Corporación ya lo había señalado, el uso de términos jurídicos que tiendan a cosificar a la persona no es admisible*” (subrayado propio). (Sent.C-320, julio 3 de 1997).

Es necesario aclarar, que en esa oportunidad la Corte indicó que en todo caso al estudiar la constitucionalidad del lenguaje –y no del contenido normativo– de una determinada disposición, el juez constitucional debía ser particularmente respetuoso del principio de conservación del derecho, “según el cual, los tribunales constitucionales deben siempre buscar preservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático”.

---

<sup>13</sup> Ley 181 de 1995 de enero 18, por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la Educación Física y se crea el Sistema Nacional del Deporte.

Y en esa misma línea se encuentra la sentencia C-1088 de 2004, mediante la cual se declaró la inexecutable de la expresión “*si la locura fuere furiosa o si el loco*” contenidas en el artículo 548 del Código Civil, en esa oportunidad sostuvo la Corte:

“En este momento, los derechos humanos son el fundamento y límite de los poderes constituidos y la obligación del Estado y de la sociedad es respetarlos, protegerlos y promoverlos. De allí que al poder político ya no le esté permitido aludir a los seres humanos, sea cual sea su condición, con una terminología que los despoje de su dignidad, que los relegue al derecho de cosas”. ...Es contraria al principio de dignidad del ser humano y al derecho fundamental de igualdad una norma jurídica que se refiera a la discapacidad mental como “locura furiosa” y a quien la padece como “loco” y que lo haga aún en un momento de la historia en que tales expresiones han perdido toda significación clínica y en el que se han dotado de una carga emotiva que instrumentaliza y discrimina a las personas con discapacidad mental”. (C-1088, Noviembre 3, 2004).

Y por último, en la sentencia C-1235 de 2005, se declararon inexecutable las expresiones “*criado*”, “*sirviente*” y “*amo*” consignadas en el artículo 2349 del Código Civil, empleadas para hacer alusión a las relaciones entre empleadores y trabajadores, así:

“En el caso que ocupa ahora la atención de la Corte, desde el punto de vista meramente lingüístico las expresiones “criado”, “sirviente” y “amo” podrían considerarse inclusive precisas para designar una relación de subordinación como la de los empleados domésticos. No obstante, ampliando la perspectiva del análisis, se observa que las expresiones utilizadas por el Código Civil para denominar la relación de los empleados domésticos con sus empleadores, admiten interpretaciones discriminatorias y denigrantes de la condición humana y así se evidencia cuando se analizan con un enfoque más amplio. Al respecto, se tiene que dichas locuciones tienden a la cosificación del ser humano y refieren a un vínculo jurídico que no resulta constitucionalmente admisible, cuál era el denominado en el propio Código Civil como “arrendamiento de criados y domésticos”, el cual consistía en una modalidad de arrendamiento que en realidad hacía al “criado” sujeto pero sobre todo objeto del contrato, como si tratara de un bien más. Dicho régimen establecía previsiones que, en general, privilegiaban en forma excesiva la posición contractual del “amo”, al punto de establecer normas contrarias al principio de dignidad humana y a los derechos a la igualdad y a la libertad”. (Sentencia C-1235, noviembre 29, 2005). (Las negrillas son propias).

No obstante, resulta apremiante precisar que tal como la misma Corte lo ha señalado en la Sentencia C-078 de 2007 “el lenguaje legislativo tiene no solo un efecto jurídico-normativo sino un poder simbólico” esto es, que tiende a legitimar prácticas culturales, y configura nuevas realidades y sujetos<sup>14</sup>, es decir:

---

<sup>14</sup> A este fenómeno se refirió la Corte al estudiar el **carácter preformativo del lenguaje**, Sentencia C-804 de 27 de septiembre de 2006.

“El lenguaje empleado en la normas no puede reducirse a un asunto de estética en la escritura o de alcance y eficacia jurídica de la norma. Se trata de revisar el uso de expresiones que reproducen y/o constituyen realidades simbólicas o culturales inconstitucionales. En ese sentido, el uso de un lenguaje denigrante, discriminatorio o insultante, tiende a legitimar e incluso constituir prácticas sociales o representaciones simbólicas inconstitucionales”. (Sentencia C-078, febrero 7, 2007).

Así las cosas, una vez realizada una enunciación de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana más indicadoras de su perspectiva en torno al lenguaje inconstitucional, se puede concluir que un elemento constitutivo de las sentencias enlistadas es la exigencia de un lenguaje legislativo que no constituya una violación de derechos fundamentales y en general de los valores y de los principios reconocidos en la Constitución política Colombiana, en especial del principio de dignidad humana, y mostrándose a partir de allí la protección de dos principios que se derivan de ese, como son: el principio de prohibición de cosificación del sujeto y el principio de no comercialización del sujeto de derecho.

De esta manera planteamos que si la Corte ha censurado el uso del lenguaje que tienda o coadyuve a la cosificación del ser humano por ser contrario al principio de dignidad humana, con más razón podrá censurar una figura que no solo desde el aspecto lingüístico sino real propenda a insinuar que el ser humano y sus partes han entrado en una eventual comercialización, como es el caso de el arrendamiento de vientre, donde sin lugar a dudas el objeto comercializado es el vientre de una mujer, tema que por lo especial se desarrollará a continuación.

## **6. EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN COLOMBIA, DESDE UNA PERSPECTIVA DE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA<sup>15</sup>**

Nos ocuparemos en esta ocasión de algunas consideraciones sobre la comercialización de *partes del cuerpo humano no separadas de él*, específicamente sobre el caso del arrendamiento de vientre, conocido también como alquiler de vientre, como maternidad subrogada, o maternidad sustituta u otros<sup>16</sup>, práctica que resulta cuestionable al darse la comercialización sobre el sujeto mismo -en este caso, la mujer- y sobre la cual la legislación Colombiana ha guardado silencio<sup>17</sup>, al contrario de otros países<sup>18</sup> donde ha sido aceptada y regulada o rechazada expresamente.

---

<sup>15</sup> Algunos de los argumentos aquí señalados hacen parte del artículo denominado “Aportes para un análisis crítico sobre la omisión legislativa del arrendamiento de vientres en Colombia” de Vanina Moadie Ortega en compañía del estudiante Iver Mauricio Díaz Pérez del semillero de investigación que la suscrita dirige en el programa de derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco en convenio con la Universidad de Medellín; próximo a publicarse en capítulo de libro, donde se compilan las mejores ponencia del XII Encuentro de la red jurídica y socio jurídica de Colombia.

<sup>16</sup> De hecho se han relevado en español hasta 17 nombres distintos para referirse a la maternidad sustituta. Cfr. Arámbula Reyes, A. (2008). Maternidad subrogada, Centro de Documentación Información y Análisis, Cámara de Diputados, LX Legislatura, México., citado por Javier Marín Camacho. (2009) en *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable*.

<sup>17</sup> “En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios o acuerdos”. Sentencia T-968 de diciembre 18 de 2009. MP María Victoria Calle Correa.

<sup>18</sup> Las legislaciones en el mundo han optado por un pronunciamiento a favor de la figura como en varios estados de Estados Unidos (Como Arkansas, California, Florida, Illinois, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Nebraska, New Hampshire, Nuevo México, Oregón, Tennessee, Texas, Utah), también en Reino Unido, Australia, Canadá, India, Rusia; en otros países ha habido pronunciamiento en contra, como en España, Francia, Holanda; y en algunos como Canadá se permite la figura con fines altruistas pero no comerciales. En algunos estados de Estados Unidos no está prohibida y se practica libremente como en Alabama, Alaska, Colorado, Connecticut, Delaware, Idaho, Nueva York, Carolina del Norte, Oklahoma y Vermont. Sentencia T-968 de 2009.

Según la Corte Constitucional Colombiana el alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste”<sup>19</sup>.

En el mundo no es un secreto la realización de contratos de alquiler o arrendamiento de vientre<sup>20</sup>, y manifestó la Corte que “En Colombia, 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”. Aun así, en el ordenamiento jurídico Colombiano, no existe una permisión ni una prohibición expresa sobre este tipo convenios o acuerdos, pero más allá de la existencia o ausencia de una norma que lo permita o lo prohíba, pretendemos construir una aproximación argumentativa crítica frente a la permisión del alquiler de vientres, toda vez, que es una figura que vulnera la “dignidad humana”, considera como principio de principios, y además como un valor, precepto, deber y mandato en nuestra Constitución Política.

El arrendamiento de vientre implica el establecimiento de un régimen contractual que consiste en la negociación entre una madre sustituta, la cual consiente en obligarse a ceder el goce de su vientre a una pareja que por dificultades genéticas naturales no pueden concebir una criatura por sí misma.

En consecuencia, hay que precisar que en la referida negociación se produce la comercialización de un componente anatómico, y no uno cualquiera, sino uno de los pocos que permite el nacimiento de un ser humano; esto evidencia que de permitirse dicha negociación el objeto de comercialización es una parte del cuerpo humano que permite, a su vez, dar vida.

En Colombia el arrendamiento (en general) es un contrato típico y regulado en los art. 1.973<sup>21</sup> y siguientes del Código Civil Colombiano; de los cuales se deduce que el arrendamiento es un contrato oneroso que implica el goce de una COSA a cambio de un valor mensual –CANON–; es apremiante decir entonces, que en el caso del arrendamiento de vientres el OBJETO del contrato es el VIENTRE de la mujer, el cual no puede ser considerado como cosa, ya que se nos ha enseñado que el cuerpo humano hace parte de la envoltura física de la persona<sup>22</sup>, por lo que no se considera viable el contrato de arrendamiento cuando el objeto del mismo es el vientre de una mujer, y por ende, se evidencia aquí parte de la fundamentación utilizada para proponer una tesis en oposición a esta

<sup>19</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. “El derecho a la reproducción humana”. Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 136.

<sup>20</sup> En Google, por ejemplo, aparecen 74.600 resultados cuando en el buscador se escribe la frase 'alquiler de vientres', y muchos de esos resultados son anuncios de mujeres que se ofrecen como madres subrogadas o de parejas que las requieren. Cuando se escribe 'alquiler de vientres en Colombia', aparecen 18.400 resultados.

<sup>21</sup> Art. 1973 del Código Civil Colombiano: “El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

Observación: Es por eso que en esta ocasión preferimos referirnos al “arrendamiento” de vientre y no al “alquiler de vientres”, ya que en Colombia no existe contrato de alquiler sino de arrendamiento. Aunque en ocasiones lo utilizamos indistintamente.

<sup>22</sup> TOBEÑAS CASTAN, manifiesta que “el cuerpo humano viviente no se considera cosa, porque es la envoltura física de la persona”, citado por Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. (2008). “Bienes”. XI edición. Colombia: Librería Jurídica Comlibros. 2008.

modalidad contractual por el objeto del mismo; lo contrario daría paso a aceptar la cosificación del ser humano, en este caso la mujer, lo cual es inaceptable y contrario al “principio de dignidad humana”.

Acogiendo la anterior tesis, resulta incomprensible y sancionable establecer que los derechos, los objetos y los sujetos devienen en un mismo género, en otras palabras, que sean lo mismo, puesto que el objeto es la cosa u objeto sobre la cual prestan su consentimiento los sujetos de derecho en un contrato y en este caso *sui generis* el objeto hace parte de uno de los sujetos de la relación, por lo que de serlo sería un objeto ilícito toda vez que consideramos que contratar con este objeto es contrario a la dignidad humana.

Podemos observar, que del mismo modo razonó la Corte en la sentencia C-1235 de 2005- anteriormente citada-, al declarar inexecutable la palabra amo y criado con el argumento central de que “*Dichas locuciones tienden a la cosificación del ser humano y refieren a un vínculo jurídico que no resulta constitucionalmente admisible... el cual consistía en una modalidad de arrendamiento que en realidad hacía al “criado” sujeto pero sobre todo objeto del contrato, como si tratara de un bien más*”; lo anterior demuestra la prohibición de confusión entre sujeto y objeto por ir en contra de la dignidad humana y la prohibición de cosificación y comercialización del sujeto de derecho como derivados de este.

Si bien en principio es preciso afirmar que en Colombia no existe una norma que prohíba de manera expresa el contrato de arrendamiento de vientre, también es preciso recordar que la Constitución Política Colombiana permite en sentido amplio la reproducción asistida, ya que establece la posibilidad de existencia de hijos con asistencia científica<sup>23</sup>, lo inquietante es que hoy, 21 años después de expedida la Carta Magna, no exista norma alguna que reglamente dicha actividad de tal manera que se tuviesen más precisiones; aunque no se debe desestimar que han habido intentos de regulación en el órgano legislativo que no culminaron el trámite requerido, como lo fue el Proyecto de ley 151 de 2001 del Senado<sup>24</sup>, el cual, a propósito del tema que nos concierne, contenía en su art. 46 varias prohibiciones, entre ellas, manifestaba el literal “h:) la maternidad por encargo, alquiler o subrogación de vientres”.

Consideramos además, en apoyo a una línea argumentativa de prohibición del arrendamiento de vientre, que se ha desestimado el sentido de la Ley 919 de 2004<sup>25</sup> que en sus artículos iniciales reza así:

---

<sup>23</sup> “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 ley reglamentará la progenitura responsable”. Sentencia T- 968 de diciembre 18 de 2009. MP María Victoria Calle Correa.

<sup>24</sup> Por el 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.

<sup>25</sup> Ley 919 de 2004. Diario Oficial 45.771 de 23 de diciembre de 2004 por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico.

Artículo 1o. La donación de componentes anatómicos: órganos, tejidos y fluidos corporales deberá hacerse siempre por razones humanitarias. Se prohíbe cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por los componentes anatómicos.

.....

Artículo 2o. Quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión.

Es necesario recurrir entonces al Decreto 2493 de 2004<sup>26</sup>, que en su artículo segundo nos ofrece definiciones básicas y manifiesta que son componentes anatómicos: “los órganos<sup>27</sup>, tejidos<sup>28</sup>, células y en general todas las partes vivas que constituyen el organismo humano”.

En tal sentido, hay que vincular al vientre, por cuanto hace parte del sistema reproductor femenino, compuesto entre otros por los siguientes órganos: útero, trompas de Falopio, ovarios, vagina y, además, es parte del respectivo aparato reproductor; siendo más exactos, el contrato en mención lleva consigo el alquiler del útero, que es el ÓRGANO que permite la implantación y posterior gestación del feto que en un tiempo progresivo y en las condiciones óptimas será persona; así las cosas cuando se dice arrendamiento de vientre, se podría estar refiriendo, estricto *sensu*, al útero, que es el órgano indispensable para este caso, de tal manera que si una mujer no posee este órgano, no es apta para celebrar la citada convención. Al respecto conviene decir que, la Corte Constitucional Colombiana en su sentencia T- 968 de 2009 se refirió al fenómeno de “alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución”. (El resaltado es nuestro).

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

La Corte Constitucional Colombiana, tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el arrendamiento de vientre, en la sentencia T-968 de diciembre 18 de 2009, con ponencia de la única Magistrada de la Corte, la Dra. María Victoria Calle Correa, sobre en el caso más paradigmático y más aproximado a dicho fenómeno, que hasta el momento se haya fallado en Colombia<sup>29</sup>, así:

---

<sup>26</sup> Decreto 2493 de 2004 (agosto 4) Diario Oficial No. 45.631, de 5 de agosto de 2004. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.

<sup>27</sup> Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de la misma función. Art. 2 decreto 2493 de 2004.

<sup>28</sup> Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza y con una misma función Art. 2 decreto 2493 de 2004.

<sup>29</sup> El caso fue fallado en primera instancia por el Juzgado Décimo de Familia de Cali en agosto de 2008, en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en diciembre de 2008, luego fue abordado por la Corte Suprema de Justicia, en fallo de febrero de

“El caso de los gemelos Samuel y David, que nacieron el día 21 de marzo de 2006 en el municipio de Vijes, como producto de la inseminación artificial consentida, ya que Salomón de nacionalidad colombiana, casado con Raquel, dominicana, residentes en Estados Unidos, deseaban tener un hijo y en un principio Sarai aceptó realizarse varios tratamientos con el fin de que el señor Salomón fuese padre, a pesar de que no se conocían personalmente y su único contacto había sido telefónico. Sarai acudió al centro Fecundar y allí le implantaron los óvulos de la esposa del señor Salomón, tratamiento que no dio resultado porque su cuerpo rechazó dichos óvulos. Ante el fracaso de este tratamiento, el señor Salomón viajó a Colombia para conocer personalmente a Sarai, la visitaba frecuentemente en su residencia de Vijes, Valle del Cauca, iniciaron una relación y al cabo de un tiempo le pidió que se realizara un nuevo tratamiento de fertilización pero con sus propios óvulos. A cambio le prometió una “buena posición económica para que tuviera el niño y que ese niño lo criarían los dos”. La señora Sarai accedió y procedió a realizarse un tratamiento de fertilización *in vitro* en el Centro Imbanaco de Cali con sus propios óvulos y los espermatozoides del señor Salomón, el cual dio como resultado un embarazo gemelar. Salomón pagaba la EPS de Sarai y le enviaba mensualmente la suma de \$149.000 para su manutención.

El 20 de diciembre de 2006, cuando los niños tenían nueve (9) meses de nacidos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de Yumbo le retiró a la madre la custodia y cuidado personal de los menores, la cual fue asignada de manera provisional a la tía paterna, Isabel. Desde ese entonces el padre de los menores tomó la decisión de separar definitivamente a Sarai de sus hijos e inició un proceso de custodia y cuidado personal en Vijes y otro de privación de la patria potestad en Cali. Sarai, quien trabaja como mercaderista y devengaba un salario mínimo, visitaba todas las semanas a sus hijos en la casa de la tía paterna, compartía y jugaba con ellos y los niños la reconocían como su madre.

A través de apoderada judicial el padre de los menores presentó demanda de permiso de salida del país con el fin de que los niños pudiesen residir en los Estados Unidos. La demanda fue admitida el 19 de noviembre de 2007 por el Juzgado 10 de Familia de Cali y mediante sentencia del 29 de agosto de 2008, concedió el permiso de salida del país de los niños Samuel y David con destino a los Estados Unidos en compañía del padre, el cual “deberá permitir el contacto de los menores con su madre, suministrándole la dirección de residencia, teléfono y permitiéndole las visitas”. La decisión del Juez Décimo de Familia se basó en las siguientes consideraciones: (i) Entre Salomón y Sarai existió un contrato verbal, cuyo objeto era el alquiler de vientre, en donde ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel. (ii) Sarai, después de recibir una alta suma de dinero, un tratamiento adecuado y la afiliación a una EPS, incumplió el contrato y decidió quedarse con los

---

2009, y por último fue fallado por la Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia T-968 de diciembre de 2009, en revisión de acción de tutela.

niños. (iii) Desconoció los derechos del padre al no permitir inicialmente el registro de los niños con su apellido, e impedirle las visitas. (iv)... (v) Debido a las condiciones económicas de la madre y a la situación de subdesarrollo, inseguridad y pobreza que vive la ciudad de Cali, los niños con su padre van a tener el amor de una familia y van a contar con todas las oportunidades de vivir en un país desarrollado. (vi) El padre de los menores tiene un mejor derecho a estar con ellos, porque él fue quien buscó por todos los medios y con muchos sacrificios su concepción. Para garantizar los derechos de la madre, el Juez dispuso que el padre “deberá traerlos o permitir que ellos vengan a esta ciudad y estén al lado de su madre dos veces al año, en época de vacaciones de mitad y de fin de año. Cuando la señora Sarai pueda ir a los Estados Unidos, bien sea por sus propios medios económicos o por ayuda que le pueda brindar el señor SALOMÓN, se entiende que se cumple con el compromiso de las visitas (El resaltado es propio).

*\*Aclaraciones:*

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

La situación antes descrita, devela la realidad sobre la comercialización de partes del cuerpo humano, y permite suponer que en Colombia, de realizarse dichas prácticas, se estarían efectuando sin regulación legal, por lo que podríamos asegurar frente a su posible realización un uso comercial silenciosamente permitido, justificado por algunos en el ya mencionado principio de la permisión, principio a todas luces contrario al principio de la no comercialización.

La Corte, en esa ocasión manifestó:

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

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

## 7. CONCLUSIONES

No es novedoso el discurso en torno a la disponibilidad de bienes muebles o inmuebles, pero sí lo es la posibilidad de hablar de *disponibilidad* patrimonial del cuerpo humano, en este caso, del vientre materno.

En relación con el tema de la ausencia de regulación de estos temas en el Código Civil Colombiano podemos concluir que es comprensible el por qué nuestro Código Civil no contempló, ni vislumbró las respuestas jurídicas a los problemas que están generando las prácticas médicas y biotecnológicas en la sociedad, dado que para la época en que fue redactado, aun eran impensables o se avizoraba una gran distancia, entre el momento de su redacción y el momento en el cual se convertirían en realidades.

Los tabúes en cuanto a la disposición del cuerpo humano y el impacto que genera la posibilidad de su disponibilidad, a través de la ciencia y la biotecnología, obligan al derecho a ocuparse pronto de dichas realidades, en aras a encontrar soluciones a las diversas situaciones jurídicas que de allí se derivan, teniendo como punto de partida la bioética y como punto de llegada la regulación de dichas situaciones, no desde el punto de vista médico, sino, desde una perspectiva jurídica que no sea contraria al ya decantado principio de la dignidad humana.

Sobre el lenguaje legislativo se puede concluir que la Corte ha tenido oportunidad de indicar en múltiples ocasiones que el legislador está en la obligación de hacer uso de un lenguaje legal que no exprese o admita siquiera interpretaciones contrarias a los principios, valores y derechos reconocidos por la Constitución Política.

Por lo anterior, se propone que la figura del alquiler de vientres confunde la persona, el sujeto de derecho, el protagonista del primer libro del código civil "*De las Personas*", con el objeto, con las cosas, con los bienes, con lo regulado en el Libro II del Código Civil "*De los Bienes y de su Dominio, posesión, uso y goce*". La persona es quien se relaciona con las cosas de la naturaleza, es el *sujeto* el que se relaciona con los *objetos* y esta confusión no sólo semántica sino real es contrario al entendimiento que la Corte le ha dado al principio de dignidad humana en Colombia.

Si acudimos al brocárdico jurídico "*Non est regula ius sumater, sed ex iure, quod est, regula flat.*"<sup>30</sup>, (el derecho no se obtiene desde las reglas, sino que estas se inducen desde el derecho),

---

<sup>30</sup> Digesto (las regulis iuris consignadas en el Libro. 50 título. XVII) citado por Portela Jorge Guillermo "Los principios Jurídicos y el Neoconstitucionalismo". En: *Revista Dikaion* Universidad de la Sabana. 2009. Número 18 año 23. págs. 33-54.

entendemos que en este caso del alquiler de vientre, lo que hace imposible la comercialización del sujeto no es la usencia de su prohibición sino la imposibilidad moral de negociar con partes de nuestro cuerpo para dar vida a un ser; siendo así plausible soportar la prohibición del alquiler de vientres en Colombia en el “principio de dignidad humana” y de igual manera, de forma novedosa en esta ocasión, en el “principio de no cosificación del ser humano” y como una variante de este último, en el “principio de no comercialización del sujeto”. Sólo así, es posible comprender la definición de Dworkin de un Principio como: “un estándar que ha de ser observado no por que favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.”<sup>31</sup>

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

“En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad.  
Lo que tiene precio puede ser remplazado por alguna otra cosa equivalente; por el contrario, lo que se eleva sobre todo precio y no admite ningún equivalente tiene una dignidad.”<sup>32</sup>

Y explicó que: “Lo que se refiere a las inclinaciones y necesidades del hombre tiene un precio comercial; lo que, sin suponer una necesidad, se adecua a cierto gusto, es decir, a una satisfacción producida por el simple juego de nuestras facultades sin fin alguno, tiene un precio de afecto; pero aquello que constituye la condición para que algo sea un fin en sí mismo no tiene un valor meramente relativo o precio, sino que tiene un valor interno, es decir, dignidad”, concluyendo al respecto que:

“La moralidad es la condición bajo la cual un ser racional puede ser fin en sí mismo; porque sólo por ella es posible ser miembro legislador en el reino de los fines. Así pues, la moralidad y la humanidad, en cuanto que esta es capaz de moralidad, es lo único que posee dignidad”.

---

<sup>31</sup> DWORKIN, Ronald. (1984): “Los Derechos en serio”. Barcelona, Editorial Ariel S.A. ISBN 84-344-1508-9, traducción de María Gustavino.

<sup>32</sup> KANT, Immanuel. (1785): “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, publicación de Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. [www.philosophia.cl/](http://www.philosophia.cl/)

## 10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERGEL, Salvador D. (2007): “Bioética, cuerpo y mercado”, citando a L. Mazeud, *Los contratos sobre el cuerpo humano*, en ADC, enero - marzo 1953. P.81-83. En: *Revista Bioética*, publicación de la Universidad del Bosque, Pág. 133-164 recuperado en [www.bioeticaunbosque.edu.co/publicaciones/./Articulo\\_Bergel.pdf](http://www.bioeticaunbosque.edu.co/publicaciones/./Articulo_Bergel.pdf)

DWORKIN, Ronald. (1984): “Los Derechos en serio”. Barcelona, Editorial Ariel S.A. ISBN 84-344-1508-9, traducción de María Gustavino.

KANT, Immanuel. (1785,): “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, publicación de Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. [www.philosophia.cl/](http://www.philosophia.cl/)

MOADIE, Vanina. “Reflexión crítica sobre el fenómeno corporal en la legislación colombiana y su enfoque jurisprudencial”. En: *Revista Criterios*, Universidad de San Buenaventura Bogotá, Julio a Diciembre de 2011. Vol. 4 No 2, p. 151-180. ISSN 2011-5733.

MOADIE, Vanina. (2011): “Reflexión y crítica sobre el fenómeno corporal en la legislación colombiana”, En: *Tendencias actuales del Derecho Privado*. Editado por ACOFADE. Asociación Colombiana de Facultades de Derecho y Universidad Antonio Nariño, Bogotá. Págs. 9-25. ISBN.978- 958-8687-13-1.

OCHOA, Raúl H. (2006): “Bienes, estudio sobre los bienes, la propiedad y otros derechos reales”. Bogotá: Temis.

PORTELA, Jorge G. (2009): “Los principios jurídicos y el Neoconstitucionalismo”. En: *Revista Díkaion* Universidad de la Sabana. Número 18 año 23. Págs. 33-54. ISSN 0120-8942 Año 23.

SCHMIDT, Ludwig. “Hacia una mejor comprensión de la dignidad humana en el siglo XXI”. En: Congreso Venezolano de Bioética y Congreso Iberoamericano de Bioética, ponencia del II Congreso, Caracas, del 29 de julio al 1 de agosto de 2008.

VELASQUEZ, Luis Guillermo. (2008): “Bienes. XI edición. Colombia”. Librería Jurídica Comlibros. Páginas 609.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-320 de 3 de julio de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-491 de 4 de mayo de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-804 de 27 de septiembre de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-078 de 7 de febrero de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1235 de 29 de noviembre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 881 de 17 de octubre de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1088 de 3 de noviembre de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 968 de diciembre 18 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-496 de 1994 de noviembre 3 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Ley 919 de 2004 de diciembre 22, que prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante, y tipifica como delito su tráfico. En Diario oficial No. 45.771 de 23 de diciembre de 2004.

Decreto 2493 de agosto 4 de 2004, por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.

Constitución Política Colombiana, promulgada en 1991.

Código Civil Colombiano, sancionado el 26 de mayo de 1873.