

Reflexión crítica del fenómeno corporal en la legislación colombiana y su enfoque jurisprudencial*

Critical reflection about corporal phenomenon in colombian legislation and its approach jurisprudence

*Elaborado por:
Vanina Moadie Ortega***

RESUMEN

La legislación civil durante años guardó silencio sobre la posibilidad de disposición del cuerpo humano y sus partes, situación justificada si se tiene en cuenta que El Código Civil, máximo instrumento de codificación de las relaciones entre los particulares, fue expedido hace más de un siglo, razón por la cual no pudo haber regulado aspectos que son de reciente desarrollo, pero en la actua-

* El presente artículo 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, lo cual ha permitido una visión actual y jurisprudencial del tema.

** Vanina Moadie Ortega, abogada titulada de la Universidad de San Buenaventura, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Docente de Bienes, Sucesiones, y Análisis Jurisprudencial en Derecho Privado en la Universidad de Cartagena, y de Bienes 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

lidad es cuestionable que se mantenga dicha omisión, toda vez que los avances médicos, científicos y biotecnológicos imponen la necesidad de plantearse reflexiones en torno a la disposición del cuerpo humano y de partes separadas de este, que permitirá constituir bases sólidas sobre la regulación del fenómeno corporal en Colombia.

PALABRAS CLAVE

Cuerpo humano, principio de comercialización, donación y trasplantes de órganos, bien, cosa.

ABSTRACT

The civil law was silent for years about the possibility of disposal of human body and its parts, a situation justified taking into account that the Civil Code, the highest instrument of codification of relations between individuals, was made more than a century ago, and it is the reason because does not have covered aspects which the recent development, but at present it is questionable whether the continuation of such default, since medical advances, scientists and biotech consider it necessary to reflections on the disposition of the body human and separate parts of this that allow us to provide a solid foundation on the regulation of body phenomenon in Colombia.

KEYWORDS

Human body, principle of marketing, organ donation, properties, thing.

INTRODUCCIÓN

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 desbor-

dado por los adelantos biotecnológicos y médicos, 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.

El Código Civil, máximo instrumento de codificación de las relaciones entre los particulares (Art. 1 Código Civil), fue sancionado el 26 de mayo de 1873, hace más de un siglo, razón por la cual no pudo haber regulado aspectos que son de reciente desarrollo. Sin embargo, es cuestionable que el legislador actual aún a pesar de conocer de los adelantos biotecnológicos y médicos, no se haya dedicado a dar respuesta a los problemas que estos plantean a la ciencia jurídica.

Algunos de los avances médicos que le representan problemas a la ciencia jurídica son, entre otros: la investigación científica con seres humanos; el arrendamiento de úteros que da origen a la figura de maternidad subrogada; 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 cambios de sexo; la existencia o no de un patrimonio genético; la donación de órganos; el congelamiento de cadáveres; la inseminación *post mortem*, ya sea por la posibilidad de recuperar del saco vaginal el semen eyaculado en él, o ya sea por la técnica de obtención de tejido espermatozoidal por biopsia de testículo, una vez se ha producido la muerte del sujeto, estas últimas situaciones se ven agravadas cuando el causante en vida no expresó su consentimiento para la realización de las técnicas antes mencionadas.

Lo anterior refleja, de manera ostensible, que la ciencia y la tecnología han irrumpido en el derecho, ubicándolo en la labor de cuestionar algunas situaciones reales, que son de avanzada pero no reguladas, creándose así un estado de inseguridad jurídica por la

ausencia de normas que establezcan parámetros claros sobre las consecuencias jurídicas que estos problemas generan.

El presente artículo expondrá **inicialmente**, algunas consideraciones previas que sientan las premisas básicas del planteamiento y entendimiento del tema, de conformidad con la doctrina nacional y extranjera, la cual ha sido reiterativa en afirmar que estos cuestionamientos carecen de respuesta a la luz del ordenamiento jurídico, haciendo evidente la falta de regulación sobre la disponibilidad jurídica del cuerpo humano en el Código Civil.

Posteriormente, se abordará el tema del cuerpo humano y la falta de consagración legal del principio de su no comercialización, así como el abordaje tímido de la Corte Constitucional, considerado así, por abordar el problema sólo desde una perspectiva lingüística. Se analizará la única situación parcialmente regulada en Colombia, y se presentarán críticas frente a posibles situaciones no reguladas y realizadas sin apoyo legal, acompañando en todo momento la explicación de la revisión y análisis jurisprudencial sobre conceptos y antecedentes, que han permitido la interpretación amplia del tema.

Finalmente se sugerirán algunas **conclusiones** que recogen los puntos relevantes del tema tratado.

METODOLOGÍA

La reflexión teórica presentada en este artículo, fundamenta la formulación del proyecto de investigación sobre *Disponibilidad jurídica y patrimonial del cuerpo humano* del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena, el cual pretende responderse a las siguientes preguntas de investigación: ¿Existe en el ordenamiento Jurídico Colombiano fundamentos que permitan disponer jurídica y patrimonialmente del cuerpo humano? y ¿existen casos en la ciudad de

Cartagena que evidencien contratación sobre el cuerpo humano y sus partes?

1. Cuestionamientos de la doctrina sin respuestas en nuestro ordenamiento positivo

La doctrina internacional y nacional, ha formulado inquietudes sobre las consecuencias prácticas que los avances biotecnológicos y médicos plantean a la ciencia jurídica, y que aún no han sido reguladas por nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, se expondrán algunos casos enunciados por dos autores internacionales y uno nacional que evidencian el desconocimiento actual de la ciencia jurídica sobre los avances de la ciencia médica.

El profesor de la Universidad de Paris, Daniel Borrillo (1991), en su artículo “Estatuto y representación del cuerpo humano en el sistema jurídico”, cautiva al lector, cuestionándolo sobre la ausencia en el Código Civil Francés, de la respuesta a los problemas jurídicos que plantean los avances científicos. Utiliza como ejemplo, la visita de un equipo de extraterrestres a nuestro planeta con el fin de recabar información acerca de la civilización humana, encontrando como único documento el Código Civil, a partir del cual deben forjarse una idea sobre el *homo sapiens*, situación que le será compleja toda vez que en el mismo no se encuentra alusión alguna sobre el cuerpo humano.

Los casos presentados por el autor son “las transfusiones sanguíneas, los trasplantes de órganos, las procreaciones artificiales, las fecundaciones *in vitro*, las experimentaciones en seres humanos, las manipulaciones genéticas, los cuales han puesto al derecho ante una realidad a la que debe responder y frente a la cual se encuentra muy poco armado”.

La reflexión realizada por el autor BORILLO (1991) sobre las anteriores situaciones es:

Si bien existen leyes particulares que en parte regulan dichas actividades, se trata más de soluciones rápidas y muchas veces incongruentes que de una reflexión jurídica profunda. Presionado por los avances científicos, el legislador ha debido ocuparse de manera acelerada de algo que le había resultado hasta entonces ajeno: el cuerpo humano. La mayoría de inconsecuencias, desencuentros y querellas se explican por la falta de tradición en la reflexión jurídica del fenómeno corporal. (p. 212)

De igual manera, el profesor Francisco Cumplido Cereceda (2009), doctrinante Chileno, en su conferencia titulada “El derecho a la vida y el deber de vivir bien”, haciendo un análisis de las Constituciones y de su parte dogmática, considera que:

No es neutral y representa los valores de la sociedad del país en que rige, es indispensable elevar a rango constitucional los principios de bioética y de la biomedicina para resolver cuestiones antiguas y las actuales como: la propiedad sobre el genoma humano, las alteraciones del *patrimonio genético*, la utilización de tejidos, células y órganos, las técnicas de reproducción asistida, nivel de información, consentimientos de las partes involucradas, arriendo de úteros, prohibición de enajenar, prohibición de toda forma de discriminación hacia una persona en razón de su *patrimonio genético*, trasplantes de órganos, desecho de embriones, mejoramiento genético de la especie humana, investigación científica con seres humanos, etc. (el subrayado es propio)

Del mismo modo, el doctrinante nacional Luis Guillermo Velásquez Jaramillo (2008), nos dice en su obra de Derecho Civil, que:

La disponibilidad patrimonial del cuerpo humano es uno de los conceptos más controvertidos en el mundo actual y en términos generales repugna la idea de la comercialización y contraprestación económica a tales actos de disposición. Los problemas referidos a la inseminación artificial,(...) a la responsabilidad de los bancos de semen, (...) el alquiler de vientre, la manipulación genética sobre gametos, son aspectos que en el siglo pasado constituían simple ejercicios de ficción. (...) como se ve a simple vista, la disponibilidad patrimonial del cuerpo humano es un fenómeno

de creciente desarrollo en el campo científico, y la ciencia jurídica tiene un importante reto que le impulsa a anticiparse, o al menos estar a la par con estos grandes descubrimientos.(p. 6)

Es notorio que si algo tiene en común la opinión de estos autores, es la forma de expresar el hecho de que la ciencia médica y biotecnológica ha rebasado la ciencia jurídica, por lo que resulta apremiante una regulación de dichos eventos para poder dar una respuesta jurídica a los problemas que los avances científicos generan.

Es comprensible, el por qué nuestro Código Civil no contempló, ni vislumbró las respuestas jurídicas a los problemas que están generando los avances médicos y biotecnológicos 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.

Nuestro ordenamiento jurídico no da ninguna respuesta ante estos fenómenos actuales que se generan por avances científicos, deviniendo entonces en insuficiente y evidenciando la necesidad de un pronunciamiento legislativo. Tal como lo diría el profesor Raúl Humberto Ochoa (2006), los cambios sociales ameritan cambios normativos, manifestando que a pesar de que don Andrés Bello haya sido considerado un hombre sabio entre los sabios, redactando una obra clásica, Código Civil, que ha permanecido vigente durante 138 años, este reconocía que a los cambios sociales deben obedecer cambios normativos, y que de resucitar en este momento, en palabras del profesor Ochoa, “se llevaría tamaña sorpresa al ver que su Código aún está vigente”.

2. El cuerpo humano y la ausencia del principio de no comercializar

Planteada la ausencia de regulación sobre los efectos de los avances biotecnológicos en el ordenamiento jurídico, se evidenciarán los vacíos en el Código Civil sobre el tratamiento jurídico del cuerpo humano y de partes separadas de él.

Se partirá de la situación de obviada, que representaba la no regulación del cuerpo humano y sus partes, por ser lejanos al criterio de patrimonialidad inspirador del Código Civil, que entendió como derechos patrimoniales aquellos que fuesen susceptibles de evaluarse en dinero, comercializables y con posibilidad de transmitirse por actos entre vivos o *mortis causa*.

Dicho criterio ha justificado la tradicional clasificación doctrinal¹ de derechos patrimoniales en reales, personales, inmateriales, y universales, en los cuales resulta forzado pretender incluir derechos en los que se derive algún tipo de utilidad sobre partes del cuerpo humano, por lo que se justificaba la no inclusión de derechos sobre el cuerpo humano en el Código Civil.

En la actualidad, incluir el cuerpo humano y sus partes en tal clasificación, no sólo sería forzar la asignación de dichas características, sino que además sería un desafío conceptual justificar su carácter patrimonial. Si bien es cierto, no existe en nuestro Código Civil ninguna norma que defina la naturaleza jurídica del cuerpo humano o que establezca expresamente la existencia del principio de su no comercialización, se debe a que se consideró innecesaria en la época de su redacción. Pero hoy en día, dada la realización de prácticas científicas y biotecnológicas, es apremiante que la ciencia jurídica brinde respuesta a los problemas que estas prácticas plantean, por ser posible la realización de actos jurídicos de contenido patrimonial sobre el cuerpo humano y sus partes.

De ahí que, el reconocido civilista francés L. Mazeud, consideró que para la época de redacción del Código Civil Francés, la regulación del principio de no comercialización del cuerpo humano resultaba innecesaria, afirmando:

1 La clasificación señalada es doctrinal, toda vez que el Código Civil contempla la división de las cosas incorporales sólo en derechos en reales y derechos personales. Art. 664.

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... (Mazeaud citado por Salvador D. Bergel, 2007: p.p. 133-164) ``.

El principio de no comercialización del cuerpo humano, no fue incluido en nuestro Código Civil, por razones evidentes y obvias, tal y como lo señalan los tratadistas referenciados, es por ello que surge el interrogante: ¿dado los avances médicos y científicos, de manera real y práctica podríamos afirmar que existe una comercialización sobre el ser humano, y sus partes?

Para ejemplificar lo anterior se enunciarán dos situaciones que aunque diferentes entre sí, abren la posibilidad de controvertir 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 la diferencia ostensible, 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.*

A continuación se analizará detenidamente cada una de las posibilidades que se enunciaron, adicionando la temática con una óptica casuística y por consiguiente evidenciando los fallos judiciales que han dado respuesta a dichos casos o criticando la ausencia de los mismos.

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 aun no reguladas, como: indeterminación de la filiación, incertidumbres sucesorales y desconocimientos de derechos y obligaciones;

En el tratamiento jurídico de *semen*, por escoger sólo uno de las partes citadas, es necesario para obtener conclusiones, hacer una comparación de casos paradigmáticos y sus consecuentes fallos decisivos, sucedidos en Gran Bretaña, Colombia y Estados Unidos.

GRAN BRETAÑA. 1996. Un juez Británico impide a una joven viuda tener un bebé mediante la inseminación artificial con el semen de su esposo muerto.

En medio de una gran polémica desatada en Gran Bretaña, un juez de la Corte Suprema respaldó la decisión del Instituto Británico de Fertilización y Embriología Humana de impedir que Diana Blood de 30 años, utilizara el semen de su marido muerto para concebir el hijo que la pareja siempre deseó tener. La pareja que se había casado en 1991, decidió que era hora de tener su primer bebé en 1994, y aunque durante varios meses se intentó la concepción, el esposo de Diana murió de una meningitis infecciosa antes de que esta quedara embarazada, entonces esta solicitó a los médicos que extrajeran esperma a su esposo antes de desconectar los equipos que lo mantenían con vida artificial. Desde ese momento la joven viuda inició una batalla legal para obtener el permiso de las autoridades británicas para intentar un embarazo mediante la fertilización *in vitro* utilizando el esperma de su fallecido esposo, pero el instituto de fertilización humana de Gran Bretaña se opuso a usar los espermatozoides tras alegar que el esposo no dejó una autorización escrita para ello. En este caso, los médicos de Bélgica y Estados Unidos, habían aceptado asumir su caso y permitirle la inseminación artificial, pero además el juez manifestó que le impedía además llevar el semen congelado a estos países. Quienes defendían los derechos de la mujer señalaban que aunque no hubiera autorización, el deseo de tener un hijo fue una intención manifiesta del

esposo fallecido. Quienes se oponían alegaban que permitir el nacimiento de un hijo póstumo sin un expreso consentimiento del padre, sería una aberración de la ciencia médica que además llevaría además a problemas jurídicos de todo tipo incluso herenciales en los tribunales de familia. Publicado semana.com

COLOMBIA. 2008. El caso de una mujer que quiere quedar embarazada de un hombre que falleció, genera un dilema ético y revela un vacío jurídico en el país.

Si naciera el bebé de María Romero* estaría destinado a ser el hijo de un muerto ya que a pesar de que Antonio* su esposo falleció hace un año, esta sigue soñando en tener un hijo suyo, y con la ciencia médica disponible actualmente podría lograrlo a través de una práctica conocida como inseminación *post mortem*, ya que hay muestras congeladas del semen de Antonio, pero la clínica que las tiene se niega a hacerlo y a entregar el esperma, por lo que María comenzó una batalla legal que por ahora va perdiendo. Ella, es una profesora barranquillera de preescolar, y Antonio un empresario español, 20 años mayor, que se conocieron en el 2004 a través de internet, y comenzaron una relación sentimental que se volvió tan seria que él no tenía problemas en hacer el viaje transatlántico cada tanto para visitarla, en el 2005 se casaron y se fueron a vivir a España en donde decidieron conformar una familia, pero debido a que Antonio se había hecho la vasectomía, tiempo atrás, después de tener 2 hijos en su primer matrimonio, la única opción era un embarazo asistido, por lo que decidieron volver a Colombia en donde saldría más económico dicho procedimiento. En la clínica X de Barranquilla les hablaron de la inyección intracitosplasmática de espermatozoides, un procedimiento de reproducción asistida, usado en situaciones como esta. En febrero el semen de Antonio fue extraído a través de una biopsia testicular y a María se le inició la estimulación ovárica con drogas para desarrollar óvulos maduros. Concentrados en traer una nueva vida al mundo nunca se imaginaron la desgracia que les ocurriría. A tan solo dos días de que a María le extrajeran los óvulos para fertilizarlos, Antonio murió a causa de un tromboembolismo pulmonar, y ese fue solo el comienzo del drama. Cuando María intento seguir con el tratamiento en barranquilla el comité de ética de la clínica X

decidió no continuar el tratamiento porque tenía dudas sobre la legalidad de la inseminación *postmortem*, además porque el consentimiento informado que le hizo firmar la clínica a la pareja no preveía un caso de muerte. Aunque una institución de Bogotá se ofreció a terminar el tratamiento, la clínica de Barranquilla decidió no entregar las muestras de semen hasta que hubiera una orden judicial porque además los dos hijos mayores y herederos de Antonio se oponían al proceso. María instaura una acción de tutela invocando los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, la cual fue rechazada en dos oportunidades por juzgados de Barranquilla, en dos fallos que, de conformidad con el concepto del abogado de María, carecen de todo el rigor jurídico que ameritaba el tema, y paradójicamente la Corte Constitucional no escogió dicha acción de tutela para revisión. Hoy las muestras siguen en Barranquilla congeladas sin que nadie pueda hacer nada y sin que esté claro quien tiene derechos sobre ellas. Cuando a María se le pregunta por qué insiste en tener un hijo de alguien con quien no va a poder compartir en el futuro responde: “hay mujeres que no tienen pareja y se pueden inseminar para sentirse realizadas como madres y yo que tuve un hombre que se hizo una intervención para tener un hijo conmigo no lo puedo hacer, lo absurdo es que si yo quisiera podría ir a una clínica y tener un hijo de un desconocido.

*Nombres cambiados, para asegurar la confidencialidad. Publicado semana.com

VIRGINIA. EE.UU. 1992. Un jurado acaba de condenar a un especialista en fertilidad que utilizaba su propio semen para inseminar a sus pacientes.

Como en la historia de Kundera muchos niños de Alejandría, un pequeño poblado norteamericano, tienen un asombroso parecido con el ginecólogo de sus madres y al parecer son medios hermanos de la mayoría de sus compañeros de colegio, pero esto no es un cuento, sino una realidad que tiene conmocionados a los habitantes de Virginia. Un juicio fue seguido al médico C. B. J., director de una clínica de fertilidad, acusado de utilizar su propio semen para inseminar a sus pacientes, quien podría ser el padre de por lo menos 75 niños concebidos a través

de inseminación artificial. Un jurado lo declaró culpable de 52 cargos de fraude y perjurio aunque solamente 15 de los cargos presentados en su contra se refieren a su participación como donante. La utilización del propio semen de un especialista en fertilidad ha escandalizado a la opinión pública y preocupado a los tribunales de ética médica. Y ante los tribunales C. B. J. admitió que durante 20 años utilizó su propio semen para fertilizar los óvulos de sus pacientes. Y que nunca confeso a sus pacientes que estaba utilizando su propio semen, porque le habían advertido que el nombre del dónante debía mantenerlo en secreto. Que consideró apropiado utilizar su propio semen por qué no sufre ninguna enfermedad y sus propios hijos no tienen defectos genéticos, y que nunca considero que esto fuese ni ético ni médicamente incorrecto. En alguna ocasión dijo a una paciente: “si Dios no le da su bebé yo se lo doy”, pudiendo ella comprender el real significado de sus palabras mucho tiempo después. Publicado semana.com

Luego de expuestos estos tres casos paradigmáticos, es comprensible que se generen una serie de preguntas, que si bien la ciencia médica podría responder es claro que la ciencia jurídica no estaría en capacidad de hacerlo; inicialmente el caso de Gran Bretaña se siente lejano pero contrastado con la realidad colombiana tan cercana, generan en todo lector una serie de preguntas y argumentos para sustentar lo que cada uno consideraría desde su sentir que es la respuesta correcta, pero indiscutiblemente nos hace evidenciar que es una realidad innegable la ausencia de claridad conceptual, práctica, y legislativa, en temáticas como consentimientos informados, capacidad sucesoral, propiedad de cadáveres, disposición de deudos como titulares de derechos de personas fallecidas, tratamiento del fluido corporal denominado semen, inseminación *post mortem*, reproducción asistida, y es evidente concluir que en Colombia hay urgencia de regulación al respecto, ya sea legal o al menos contar con un antecedente jurisprudencial, máxime si se tiene en cuenta que estas prácticas con semen no son de reciente creación y que Colombia tiene expertos médicos altamente calificados en técnicas de repro-

ducción asistida pero que desarrollan sus actividades sin regulación legal, y es cuestionable que si bien la Constitución Política Colombiana establece la posibilidad de existencia de hijos con asistencia científica², hoy, 20 años después de expedida la Carta Magna no existe ley alguna que reglamente dicha actividad, aunque ha habido intentos³ de regulación en el órgano legislativo que no han culminado exitosamente.

En segundo lugar, estaría la comercialización de *partes del cuerpo humano no separadas de él*, como el caso del alquiler de vientre⁴, conocido como maternidad subrogada, arrendamiento de vientre, o maternidad sustituta u otros⁵, situaciones que resultarían más gravosas al darse la comercialización sobre el sujeto mismo –en este caso, la mujer– y sobre las cuales la Legislación Colombiana ha guardado

- 2 Constitución Política Colombiana, Art. 42 parágrafo 6, “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”.
- 3 Proyecto de Ley 151 de 2001, Senado, 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.
- 4 “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.” En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.” Sentencia T- 968 del 18 de dic. de 2009. MP Dra. María Victoria Calle Correa.
- 5 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 Marin Camacho.(2009) en Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores

silencio⁶, al contrario de otros países⁷ donde han sido aceptadas y reguladas o rechazadas expresamente. Indiscutiblemente lo complejo de la práctica, sus implicaciones y controversias morales, sociales, éticas y legales, hacen dividir la opinión de los juristas y las legislaciones a nivel mundial al respecto.

En cuanto a la segunda posibilidad, y desde una abordaje casuístico se expone el siguiente caso fallado en primera instancia por el Juzgado Décimo de Familia de Cali en agosto de 2008, en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en diciembre de 2008, luego fue abordado por la Corte Suprema de Justicia, en fallo de febrero de 2009, y por último fue fallado por la Corte Constitucional Colombiana, en sentencia T 968 de diciembre de 2009, en revisión de acción de Tutela, no sin antes aclarar que en reconocimiento del derecho a la intimidad y demás derechos fundamentales de los niños y las familias involucradas en el presente proceso, la Sala de Revisión, decidió cambiar en esta providencia los nombres reales de los menores y sus familiares más cercanos, por nombres ficticios.

6 “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, tiene 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 del 18 de dic. de 2009. MP Dra. María Victoria Calle Correa.

7 Las legislaciones a nivel mundial han optado por un pronunciamiento a favor de la figura como en India y en algunos estados de EE.UU. como California, a través de contratos de gestación; en otros países ha habido un pronunciamiento en contra como en España, Francia, Holanda; y en algunos como Canadá se permite la figura con fines altruistas pero no comerciales.

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 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 día 21 de marzo de 2006, como producto de la inseminación artificial consentida, nacieron en el municipio de Vijes los mellizos, Samuel y David, en buen estado de salud. 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. Tal decisión se originó en el estado de afección gripal que presentaban los menores debido a que la casa en que vivían en Vijes estaba ubicada al lado de un horno de cal, y a pesar de que estaban siendo atendidos por su madre, ella nunca los maltrató y eran de conocimiento previo del padre tanto la situación de la vivienda, como las condiciones económicas de la señora Sarai.

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 ante la pérdida de la custodia y cuidado personal de sus hijos decidió cambiar de domicilio y se radicó en la ciudad de Cali, acompañada de su madre y de su hija de cinco (5) años, producto de una relación anterior. Trabaja como mercaderista y devenga un salario mínimo. Sarai 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 dirigida contra la madre correspondió en reparto al Juzgado Décimo de Familia de Cali y fue admitida el 19 de noviembre de 2007. El Juez de Familia 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 niños. (iii) Desconoció los derechos del padre al no permitir inicialmente el registro de los niños con su apellido, e impedirle las visitas. (iv) Las diferentes autoridades que inicialmente conocieron del caso (ICBF y Juzgado de Vijes), consideraron pertinente que ante la situación de salud que estaban viviendo los niños, se le adjudicara a la tía paterna de manera provisional su custodia y cuidado personal, la cual posteriormente fue ratificada en cabeza del padre. (v) Debido a las condiciones económicas de la ma-

dre 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.”

Ambas situaciones, comercialización de partes del cuerpo humano separadas o no de éste, permiten 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 y justificado en el principio de la permisión, según el cual “Lo que no está prohibido está permitido”, haciéndose evidente que, lo que inicialmente fue una obviedad, en la actualidad no lo es; es por eso que la Corte Constitucional Colombiana ha evidenciado en su sentencia T-968 del 18 de diciembre de 2009, con ponencia de la magistrada Dra. María Victoria Calle Correa, la necesidad de una regulación exhaustiva y del cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones, en el específico caso del arrendamiento de vientre, si el legislador colombiano opta por la acogida de dicha figura, de tal manera que se eviten desprotección de derechos e intereses de los involucrados.

*La comercialización del cuerpo humano, y de partes separadas de él, genera problemáticas que permean aspectos fundamentales del Derecho Privado recogidos en los cuatro libros del Código Civil, así como: la concepción de las *personas* y su filiación, la disponibi-*

lidad del sujeto o de partes de este como un *bien*, las *contrataciones* y *obligaciones* sobre partes del cuerpo humano, y las incertidumbres *sucesorales* que de allí se derivarían.

3. Prohibición de cosificación del ser humano. Una mirada jurisprudencial del principio de no comercialización del ser humano

Desde una mirada jurisprudencial sobre la prohibición de la cosificación del ser humano, y ante la ausencia normativa ya mencionada, nuestra Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado en Sentencia C-320 del 3 de julio de 1997, sobre el alcance semántico y lingüístico de algunas expresiones que cosifican al ser humano, sin embargo, no se ha pronunciado sobre su no comercialización, en consecuencia, se comparará el *principio de prohibición de cosificación* con el *principio de no comercialización*.

Se realizará dicha comparación, a partir del lenguaje legislativo utilizado en algunas sentencias, en las cuales la Corte 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”*. (Sentencia C-037, 5 de febrero de 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 inexequibilidad simple de numerosas expresiones legales, que no corresponden “al contenido axiológico del nuevo ordenamiento constitucional” por atentar contra la dignidad humana.

La primera de ellas, es la sentencia C-037 de 1996 que declaró la inexequibilidad de la expresión *recursos humanos* de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, lo cual se ha considerado 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 éste 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, 5 de febrero de 1996)

Posteriormente, la sentencia C-320 del 3 de julio de 1997, consideró constitucionalmente inadmisibles y reprochables el lenguaje empleado por el legislador en la Ley Nacional del Deporte⁸ en su Art. 34 al referirse a la *transferencia de los deportistas*, situación que encontramos como un antecedente para justificar el abordaje jurisprudencial del *principio de no comercialización del cuerpo humano*, en tanto dicha sentencia 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 sólo 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*⁹ (el subrayado es propio). (Sentencia C-320, 3 de julio de 1997)

8 Ley 181 del 18 de enero de 1995, 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.

9 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, por lo que no declaro la norma inexecutable.

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 sólo un efecto jurídico-normativo sino un poder simbólico” es decir, que tiende a legitimar prácticas culturales, y configura nuevas realidades y sujetos¹⁰, es decir:

El lenguaje empleado en las 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, 7 de febrero de 2007).

De esta manera entendemos que si la Corte ha censurado el uso de un lenguaje que cosifica al ser humano, con más razón censurará no el uso del lenguaje, sino una figura que tiende a insinuar que el ser humano y sus partes, como es en este caso el vientre materno, han entrado en una eventual comercialización. Así mismo, la Corte Constitucional no ha estado dispuesta a permitir que el uso del lenguaje legislativo tienda o coadyuve a la cosificación del sujeto de derecho, ni siquiera desde el punto de vista terminológico, más aún cuando es sabido que muchos años tardó la humanidad para superar la esclavitud, y otros tantos el derecho para separar el concepto de persona y de bien.

La persona, el sujeto de derecho, el protagonista del primer libro del código civil *De las personas*, no puede ser confundido ni siquiera terminológicamente hablando 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

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

relaciona con las cosas de la naturaleza, es el *sujeto* el que se relaciona con los *objetos*, lo que ha sido afirmado de manera unánime por la generalidad de la doctrina, que considera cosa todo aquello que existe en la naturaleza con excepción del ser humano, significando que el sujeto es la excepción que confirma la regla general.

4. El principio de Gratuidad Imperante en actos de disposición de órganos en Colombia

Si bien es cierto, que en Colombia no existe una legislación completa y coherente que responda a las inquietudes que plantean los avances científicos, en relación con el sujeto de derecho y con la disponibilidad del cuerpo humano, no se puede desconocer, que existen algunos aspectos parcialmente regulados a través de leyes y decretos que a continuación se enunciarán, como es el caso de la *donación de órganos*, ya sea de donante vivo o de donante cadavérico.

Ambas situaciones, permiten plantearnos dos inquietudes, la primera referida a la consideración de la calidad de *bienes* a partes del cuerpo humano separadas de este, y la segunda referida al otorgamiento de dicha calidad cuando ha dejado de existir el sujeto de derecho por la ocurrencia de la muerte, toda vez que el Código Civil manifiesta que la existencia de las personas termina con la muerte. (Art. 94 Código Civil), convirtiéndose de esta manera el cuerpo humano en cadáver¹¹, con posibilidad de ser considerado cosa y/o bien, ante la desaparición del sujeto de derecho.

Aunque la normativa sobre donación de órganos en Colombia no es suficiente y clara, los avances en la misma no son recientes, referente de ello es la Ley 9 de 1979, que reglamentó de manera

11 El Decreto 1546 del 4 de agosto de 1998 definió en su Art. 2 el cadáver como: "el cuerpo de una persona en el cual se ha producido la muerte encefálica, diagnosticada de conformidad con el decreto, o al cuerpo de una persona en el cual se ha producido cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias".

tangencial el tema de los trasplantes de órganos, al establecer normas generales que servirán de base a las disposiciones y reglamentaciones necesarias para preservar, restaurar y mejorar las condiciones sanitarias en lo que se relaciona a la salud humana.

A pesar de ser el primer antecedente legislativo, la mencionada ley no estableció de manera expresa el principio de gratuidad en los actos de disposición de órganos, sin embargo, posteriormente con la expedición de sus decretos reglamentarios, Decreto 616 de 1981 y el Decreto 003 de 1982, el legislador estableció, que la sangre humana sólo podría ser donada y utilizada, sin ánimo de lucro, con fines terapéuticos de diagnóstico en seres humanos o para investigaciones científicas (Decreto 616 de 1981 Artículo 2), constituyéndose este en el primer antecedente del principio de gratuidad en tales actos de disposición. Así mismo, en el Decreto 003 de 1982, se amplía el principio de la gratuidad a actos de disposición del cuerpo humano, estableciendo que los órganos, componentes anatómicos o líquidos orgánicos sólo podían ser donados y utilizados sin ánimo de lucro con destino a trasplantes u otros usos terapéuticos (Art. 1).

Si bien es cierto, no hubo una idea preliminar de comercialización, tampoco hubo inicialmente una intención explícita de su prohibición, y sólo 7 años después, a través del Decreto 2363 de 1986, se prohíbe expresamente cualquier retribución o compensación por los órganos y componentes anatómicos destinados a ser trasplantados o utilizados con fines terapéuticos e investigativos (Art. 17).

Esta situación avanzó con la expedición de la Ley 73 de 1988, la cual adicionó la Ley 9 de 1979, y estableció dos aspectos importantes sobre la disponibilidad del cuerpo humano, *el primero de ellos referido a la presunción legal de donación*, y el segundo consistente en *la prohibición legal del ánimo de lucro en los actos de disposición*.

A partir de la expedición de esta ley, la regulación posterior, fue reiterativa en la prohibición de comercialización de los actos de

disposición, entre los que se encuentra el Artículo 15 del Decreto 2493 de 2004, derogatorio parcialmente del Decreto 1546 de 1998. En este, no sólo se ratificó la prohibición de cualquier retribución, compensación y remuneración, por el suministro de un órgano o tejido, sino que, en razón del Principio de Gratuidad Imperante se prohibieron particularmente tres conductas¹² de disposición de partes del cuerpo humano, y prácticas de oferta, demanda, testaferrato y corretaje de órganos o componentes anatómicos.

A pesar de la claridad conceptual en la consagración del principio de gratuidad, llama poderosamente la atención que a lo largo de 25 años se hubiera avanzado en la consagración de dicho principio, cada vez de manera más expresa e inclusiva de diversas conductas, pero en *ninguna* de estas se estableció una *sanción* a las conductas prohibidas, siendo en efectos prácticos un avance la consagración de la figura, pero sin fuerza coactiva que permitiera reprimir dichos actos.

Dada esta falencia, solo a finales del año 2004 es expedida la Ley 919, que prohibió la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante, y tipificó como delito su tráfico, además estableció un fin diferente a los avances científicos y médicos, manifestando que la donación de órganos deberá siempre realizarse por razones humanitarias. En consecuencia, en el Artículo 1 de la mencionada ley, se prohíbe cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por los componentes anatómicos, por

12 La *primera* de ellas es, la prohibición de gratificación o pago al donante vivo, a la familia del donante fallecido, al banco de tejido o de médula ósea, a la I.P.S., a la E.P.S, o cualquier otra persona natural o jurídica por la donación o suministro de órganos o tejidos humanos. La *segunda* consistente en la prohibición del cobro al receptor por el órgano trasplantado. Y finalmente, proscribió la publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido, o sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración (Decreto 2493 de 2004, Artículo 15).

lo tanto quien done o suministre un órgano¹³, tejido¹⁴ o fluido corporal¹⁵ deberá hacerlo a título gratuito, sin recibir ningún tipo de remuneración, ni el beneficiario del componente, ni sus familiares, ni cualquier otra persona podrá pagar precio alguno o recibir algún tipo de compensación por ello. El tipo penal establece que incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos.¹⁶

Entre los aspectos que estableció la Ley 73 de 1988, la cual adicionó la Ley 9 de 1979, y que dada su importancia es necesario retomar con el ánimo de ilustrar desde el punto de vista de fallos de nuestros tribunales, se encuentra la figura de *la presunción legal de donación*¹⁷, una vez más regulada el decreto 2493 de 2004 y que debido a una acción de inconstitucionalidad la Corte Constitucional

13 Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de la misma función. Art. 2 Decreto 2493 de 2004, como riñones, corazón, pulmones, páncreas, hígado.

14 Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza y con una misma función Art. 2 Decreto 2493 de 2004, como córnea, tejido óseo, la médula ósea, los vasos sanguíneos, pero también puede incluirse la piel y la laringe, que son órganos, pero para efectos de trasplantes se consideran tejidos porque no se implantan totalmente.

15 Alude a todo líquido orgánico producido por cualquier órgano o tejido del cuerpo humano, como el líquido pericardio, la orina, la bilis o el semen, no puede referirse a los trasplantes, pues no tienen hoy esa posibilidad de aplicación científica, y si se quiso aludir con ella a la sangre, más que fluido se le considera "tejido sanguíneo", por lo que se dice acertadamente que "la transfusión de sangre es el trasplante de tejido alogénico más frecuentemente realizado en la práctica médica" Felipe Vallejo García, "Aspectos jurídicos del trasplante de órganos y tejidos humanos", en Primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p.154, citado por Fabio Espitia Garzón, en "A propósito de la Ley 919 de 2004."

16 Así mismo incurrirá en la misma pena 1) Quien sustraiga un componente anatómico de un cadáver o de una persona sin la correspondiente autorización. 2) Quien participe en calidad de intermediario en la compra, venta o comercialización del componente, y 3) Quien realice publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración.

17 Art. 2 Ley 73 de 1988: "Existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiende a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido."

en sentencia C- 933 de 2007, declara la exequibilidad condicionada¹⁸ de dicha norma.

CALI. COLOMBIA. Acción de reparación directa fallada en segunda instancia, el 20 de abril de 2010, por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cauca, en contra de Instituto Nacional del Medicina Legal y Ciencias Forenses, por falla en la Prestación del servicio, al haber restringido el derecho de los familiares a oponerse a la ablación de órganos y componentes anatómicos con fines de donación al acortar el término de que disponían para ello.

La muerte del señor W.J.M.M. se produjo el día 27 de julio de 2003 a las 3:30 a.m. en el barrio X de la ciudad de Popayán, el ingreso del cadáver a las instalaciones del Instituto Nacional de Medicina y Ciencias Forenses del Cauca fue a las 5:30 a.m. y la autopsia se llevó a cabo a las 10: 00 a.m. del mismo día del deceso. En ese contexto, y atendiendo las consideraciones previamente hechas, es posible establecer que en el caso en cuestión el término de seis (6) horas con que contaban los familiares para ejercer su derecho de oposición y de la entidad para solicitar el consentimiento informado, a pesar que la muerte se produjo a las 3:30 a.m. y que sus familiares tuvieron conocimiento de ella en ese momento, empezó a correr a partir de las 8:00 a.m. del día 27 de julio de 2003, hora en que ya se encontraba el cuerpo sin vida de señor W.J.M.M en las instalaciones del Instituto Nacional de Medicina Legal y además también se encontraba el médico forense encargado de solicitar el consentimiento, y no antes, porque no había forma de que los deudos manifestaran su voluntad ante la autoridad competente constituida por el médico forense responsable de la autopsia, imposible hasta ese momento de determinar, así como tampoco era posible que la entidad entre las 3:30 a.m. y las 8:00 a.m. solicitara el consentimiento informado de los familiares del occiso. Así las cosas,

18 La norma demandada se declaró exequible con las siguientes condiciones: a) el término para oponerse será mínimo de seis (6) horas y sólo cuando la necropsia haya sido previamente ordenada, se extenderá hasta antes de su iniciación; y b) el médico responsable debe informar oportunamente a los deudos presentes sus derechos en virtud del Artículo 2.º de la Ley 73 de 1988, sin perjuicio de la obligación del Estado colombiano de realizar campañas masivas de información y divulgación sobre el contenido de la ley.

el término de seis (6) horas reconocido legalmente a los familiares del señor W.J.M.M para oponerse a la donación de órganos terminó a las 2:00 p.m. del día 27 de julio de 2003, sin embargo, el procedimiento de la autopsia se llevó a cabo a las 10:00 a.m., esto es, cuatro horas antes de que venciera el término para que los familiares hicieran ejercicio de su derecho de oposición. Atendiendo lo dicho por la H. Corte Constitucional en la sentencia C 933 DE 2007, según la cual en ningún caso la presunción legal de donación de órganos operará antes del vencimiento del término dispuesto por la ley para el ejercicio del derecho de oposición de los deudos del fallecido y las circunstancias específicas en las que se produjo el deceso del señor W.J.M.M, no le cabe duda a la Sala de que se presentó una falla en la prestación servicio por haber restringido el derecho de los familiares a oponerse a la ablación de órganos y componentes anatómicos con fines de donación al acortar el término de que disponían para ello, término que debe ser respetado hasta el último momento, aún en el caso en que los familiares no se encuentren presentes. Adicionalmente, es necesario precisar que de ninguna manera puede darse por entendido que con el aviso que supuestamente se encuentra al interior de las instalaciones del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses se ha solicitado el consentimiento informado de los familiares del occiso, primero, porque es un documento que carece totalmente de valor probatorio y, segundo, porque el consentimiento informado, tal como lo ha reconocido la H. Corte Constitucional y en igual sentido H. Consejo de Estado en diversas ocasiones, es el desarrollo de varios derechos, pero, especialmente de la libertad y la autonomía personal, por lo que debe emitirse de manera consciente y voluntaria y para ello requiere que se brinde una ilustración idónea, concreta y previa, además, como expresión del derecho a la información se concreta en la conformación de un criterio libre y razonado para decidir, en ese orden de ideas, la información que se suministre, en este caso que versa sobre el contenido de artículo 2º de la Ley 73 de 1988 y la facultad de oponerse a la donación de órganos y componentes anatómicos, debe ser adecuada, clara, completa y explicada, características todas éstas que de ninguna manera pueden ser predicadas del mentado aviso. En ese contexto, concluye la Sala que la segunda condición fáctica que sustenta la presunción legal de donación de órganos regulada en el artículo 2º de la Ley 73 de 1988 no resulta probada, por consiguiente, como quiera que para que opere

la presunción no basta con que se demuestre la ocurrencia de uno solo de los supuestos de hecho en los que se funda, porque no se trata de requisitos alternativos sino inherentes unos de otros para que sea posible inferir la situación jurídica que plantea la norma, encuentra el Tribunal que la presunción en la que se ampararon las entidades accionadas para llevar a cabo el proceso de extracción de córneas con fines de donación no se constituyó.

Dadas las inquietudes planteadas sobre la consideración de la calidad de *bienes* a partes del cuerpo humano separadas de este, y el análisis normativo sobre el único caso que existe de regulación de actos de disposición del cuerpo humano, y los planteamientos de la doctrina nacional que ha definido *Bien* como toda *cosa* que cumpla con la siguientes características: a) Utilidad, b) Susceptibilidad de apropiación y c) Susceptibilidad de valoración económica, se concluye que *partes separadas* del cuerpo humano son indiscutiblemente cosas, ya que no hacen parte del sujeto de derecho. Sin embargo, no son bienes, toda vez que si no se pone en duda la existencia de las dos primeras características, la última queda en entredicho en Colombia por el mencionado principio de gratuidad imperante.

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* del cuerpo humano, y más aun de su disponibilidad *patrimonial*.

Los tabúes en cuanto a la disposición del cuerpo humano y el impacto que genera la posibilidad de su disponibilidad, por los avances científicos y biotecnológicos, 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 su regulación, no desde el punto de vista médico, sino, desde la perspectiva jurídica.

Por lo tanto, se considera, que ante los avances de la ciencia médica, el silencio del legislador es cuestionable, porque abre una brecha entre esta y la ciencia jurídica, resultando apremiante la necesidad de plantearse nuevas reflexiones y normas que cobijen las posibles soluciones al fenómeno corporal en Colombia. ¿Utopía o realidad?

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, pp. 133- 164 recuperado en www.bioeticaunbosque.edu.co/publicaciones/.../Articulo_Bergel.pdf
- Borrillo, Daniel. (1994). Universidad de Paris, Artículo Estatuto y representación del cuerpo humano en el sistema jurídico. En revista *REIS, Revista Española de Investigación Sociojurídica*, octubre a diciembre de 1994, N.º 68 pp. 211-222. Recuperado en agosto de 2008 en www.reis.cis.es/REISWeb/PDF/REIS_068_12.pdf
- Camacho M., Javier. (2009). Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores, Recuperado en julio de 2010 www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf
- Cumplido, Francisco. (2009). El derecho a la vida y el deber de vivir bien. En revista *Estudios Constitucionales*, Año 7, N.º 1, 2009, pp. 385-388. Recuperado en enero de 2010, <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82011413014>
- Ochoa C, Raúl H. (2006). Bienes, *Estudio sobre los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, VI Edición, Bogotá, Colombia: Temis.
- Velasquez J., Luis Guillermo. (2008). Bienes. XI edición. Colombia: Librería Jurídica Comlibros.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-320 del 3 de julio de 1997, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-491 de 4 de mayo de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1235 del 29 de noviembre de 2005, M. P: Rodrigo Escobar Gil.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-716 del 23 de agosto de 2006, M. P: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-804 del 27 de septiembre de 2006, M. P: Humberto Sierra Porto.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-078 del 7 de febrero de 2007, M. P: Jaime Córdoba Triviño.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-933 del 8 de noviembre de 2007, M. P: Jaime Araujo Rentería.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 968 del 18 de diciembre de 2009, M. P: María Victoria Calle Correa.
- Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, Sentencia de acción de reparación directa, 20 de abril de 2010. M. P: Naun Mirawal Muñoz Muñoz.
- Ley 181 de 1995 del 18 de enero, 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.
- Ley 919 de 2004 del 22 de diciembre, que prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante, y tipifica como delito su tráfico.
- Decreto 2493 del 4 de agosto de 2004, Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9.ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.
- Revista semana*. Com, dirección: [www.semana.com/noticias-gente/hijo congelado/29619.aspx](http://www.semana.com/noticias-gente/hijo_congelado/29619.aspx)
- Revista semana*. Com, dirección: www.semana.com/noticias-vida-moderna/paternidad-subrogada/51118.aspx
- Revista semana*. Edición impresa, junio de 2008.
- Constitución Política Colombiana.
- Código Civil Colombiano.