

SISTEMA DE FILIACIÓN POR LA INCORPORACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

JUANITA SALCEDO SILVA

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

BOGOTÁ D.C.

2021

“Sistema de filiación por la incorporación de las técnicas de reproducción asistida en el sistema jurídico colombiano”

Monografía de grado

Presentada como requisito para optar por el título de Abogada

En la Facultad de Jurisprudencia

Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Presentado por: Juanita Salcedo Silva

Dirigida por: Clara Carolina Cardozo Roa

Semestre I, 2021

Sistema de filiación por la incorporación de las técnicas de reproducción asistida en el sistema jurídico colombiano

Resumen

El presente trabajo académico se originó por la inquietud que ocasionó la falta de legislación frente al sistema de filiación basado en las Técnicas de Reproducción Asistida. El objetivo es plantear las bases del sistema de filiación derivado de las TRA, teniendo en cuenta la intención del Constituyente en el artículo 42 de la Carta Política.

Para determinar lo anterior, se explicó en qué consisten las TRA, se recopilaron los antecedentes normativos frente a la filiación y las TRA, igualmente se recurrió al derecho comparado y se aportaron conclusiones.

Palabras clave: Técnicas de Reproducción Asistida, Sistema de filiación por voluntad, familia.

Filiation system due to the incorporation of assisted reproduction techniques in the Colombian legal system.

Abstract

This academic work was originated by the concern caused by the lack of legislation regarding the filiation system based on Assisted Reproduction Techniques. The objective is to establish the basis of the filiation system derived from ART, taking into account the intention of the Constituent in the article 42 of the Political Charter.

In order to determine the above, it was explained what ART consists of, the normative antecedents regarding filiation and ART were compiled, comparative law was also used and conclusions were drawn.

Key words: Assisted Reproduction Techniques, Filiation system by will, family.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
Agradecimientos	7
Introducción	8

CAPÍTULO I

Nociones sobre las técnicas de reproducción asistida

1.1	La concepción humana	13
1.2	Definiciones de las Técnicas de Reproducción Asistida	14
1.2.1	Inseminación artificial	15
1.2.2	Fecundación In Vitro.....	16
1.2.3	Maternidad subrogada Alquiler de vientres	17
1.3	Enfoque bioético de las Técnicas de Reproducción Asistida	18

CAPÍTULO II

Antecedentes sobre la filiación y las Técnicas de Reproducción Asistida en Colombia

2.1	El régimen de filiación previo a la Constitución de 1991	19
2.1.1	Previos a la Constitución de 1991	19

2.1.2	Normativa vigente 1886 - 1990	20
2.1.3	La práctica de la TRA antes de la Constitución de 1991	23
2.2	Posteriores a la Constitución de 1991	24
2.2.1	Normativa vigente 1991 – 2021	25
2.2.2	Proyectos de Ley propuestos frente a las Técnicas de Reproducción Asistida	26
2.2.3	Jurisprudencia	51
2.3	El concepto de filiación en Colombia	57
2.3.1	Clasificación de la filiación	57
2.3.2	Formas para determinar la filiación	61

CAPÍTULO III

Derecho comparado

3.1	Legislación Argentina respecto de las Técnicas de Reproducción Asistida	63
3.2	Legislación Española respecto de las Técnicas de Reproducción Asistida	64

CAPÍTULO IV

Filiación por voluntad

4	Bases del sistema de filiación por voluntad	67
---	---	----

4.1	Inseminación artificial y Fecundación In Vitro	67
4.2	Maternidad subrogada	69
	Conclusiones	71
	Bibliografía	72

AGRADECIMIENTOS

A mis amados padres, Álvaro Salcedo Flórez y Adriana Silva Ordoñez, quienes han inculcado en mí lo mejor que mora en ellos, así como sus conocimientos y amor por la vida. Sin ellos, la culminación de este escrito hubiera sido imposible, pues son la energía que hace girar los ejes de mi vida y corazón.

A mi adorada abuela, Virginia Ordoñez de Silva, por escuchar de manera atenta y con emoción cada uno de los avances que pregonaba conforme tomaba forma este trabajo de grado y quien ha sido mi mejor admiradora y creyente en todos los proyectos que me he propuesto.

A la Doctora Clara Cardozo, quien fue mi maestra y directora de este trabajo de grado, por su paciencia y dedicación, por permitirme encontrar lo que me apasiona en el derecho y haberme servido de guía.

INTRODUCCIÓN

Las técnicas de reproducción asistida, en adelante TRA, han sido un gran tabú en la historia de Colombia en los ámbitos social, cultural, político y jurídico; ello se puede evidenciar en varios proyectos de ley que intentaron prohibirlas a lo largo de los años¹. Así mismo, en materia de derecho de familia solo han sido mencionadas como un tipo de filiación sin ser ampliamente reglamentadas, lo que genera dificultades porque todo este sistema se basa principalmente en el ADN.

La falta de reglamentación que se ha señalado es lo que principalmente dificulta la práctica de las TRA en el territorio colombiano respecto de sus efectos jurídicos, no obstante que el artículo 42 de la Constitución comprende aspectos tales como la familia como núcleo fundamental de la sociedad, su conformación, su protección integral, igualdad de derechos y deberes en las relaciones familiares, la igualdad de los hijos y un mandato constitucional para que se legisle al respecto, la libertad para decidir el número de hijos y el mandato de educar y mantenerlos hasta que sean mayores o mientras se encuentren en situación de discapacidad, el régimen matrimonial, la determinación legal sobre el estado civil de las personas, junto con sus derechos y deberes. (Constitución Política de Colombia, 1991) Al respecto, Suárez Franco (1998), realiza un análisis dentro del cual, aclara, que no son estos “aspectos” los que integran el artículo 42 y los otros artículos que se relacionan con el mismo, sino que la

¹ A los proyectos mencionados se hizo referencia y se estableció su alcance en el capítulo II, subcapítulo 2.2.2. del presente trabajo.

intención del Constituyente se centra en ellos como principios que rigen a la familia y su protección.

Principalmente y en lo que concierne al desarrollo del presente escrito, se hará referencia a los incisos 6 y 7 del artículo mencionado y se advierte que dentro de él existe, tanto una orden para el legislador al “reglamentar la progenitura responsable”, tanto como el derecho de “decidir sobre el número de hijos” (Suárez, 1998), así como el reconocimiento de la igualdad de los hijos matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos y nacidos por asistencia científica. En línea con lo que ya se ha planteado en párrafos anteriores, sigue imperando la duda sobre la suficiencia o insuficiencia de la actividad del legislador frente a reglamentar la progenitura responsable y la igualdad de los hijos, entendiéndose que las TRA de cualquier modo, están pensadas precisamente para procrear.

En este sentido resulta importante afirmar que solo se garantizará una igualdad tangible entre los hijos en la medida en que exista un sistema de filiación completo, es decir, que reúna dentro de sí todos los elementos necesarios para definir las relaciones paternofiliales, incluidas las TRA.

Si bien, la brecha expuesta se ha ido acortando, por la imperativa necesidad de satisfacer los derechos sexuales y reproductivos de las personas y con ello el derecho a formar familia, el legislador, en un inédito salto a la evolución normativa, y en su afán por reglamentar el espectro que se desprende del tema, promulgó la Ley 1953 de 2019, “Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de

prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”. Si bien esta ley integró la infertilidad y su tratamiento dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, el legislador dejó grandes vacíos normativos respecto de la filiación derivada de los procedimientos científicos, a través de los cuales se desarrollan las TRA, los cuales serán explicados a lo largo de este trabajo de grado.

No obstante, es importante recalcar que, si bien el legislador en la Ley 1953 de 2019 omitió desarrollar los temas referidos a la filiación, se fija un punto crucial para tal avance en el derecho de familia y su estudio, al cambiar la percepción de la figura de la infertilidad como fuente de derechos.

En virtud de lo anterior, se plantea como problema de investigación ¿cuáles son los elementos básicos que debe contener una regulación del sistema de filiación de las TRA? Para poder absolver esta pregunta, se deben contestar las siguientes: ¿qué son y cuáles son las TRA? ¿Cómo se determina la filiación en Colombia? ¿Cómo se ha solucionado el problema de la filiación en Argentina y España? ¿Y, cuáles son las lagunas normativas que se presentan en el derecho colombiano frente a la filiación derivada de las TRA?

Es por ello, que el presente trabajo tiene como objetivo principal plantear las bases del sistema de filiación derivado de las TRA, teniendo en cuenta la intención del Constituyente en el artículo 42 de la Carta Política. Para lograrlo, se plantean como objetivos secundarios:

- Describir las TRA y los procedimientos a través de los cuales se llevan a cabo.
- Analizar los antecedentes normativos de la filiación en Colombia y de la TRA.
- Presentar la forma en que las TRA han sido reguladas en los ordenamientos jurídicos argentino y español.
- Identificar los vacíos normativos que se presentan en el ordenamiento colombiano frente a la regulación de las TRA.

Para responder a las anteriores preguntas, la hipótesis planteada es: El sistema de filiación colombiano no contempla la forma en que esta se define cuando se practican TRA, es por ello que se requiere incorporar dentro de sí elementos básicos que las regulen y con ello ampliar el sistema para que aquella pueda establecerse por la voluntad de quien se somete a estos tratamientos, a fin de cumplir con el mandato del constituyente en el artículo 42.

Para lograr los objetivos propuestos en el presente trabajo de grado, se subdividirá el mismo en: una breve introducción sobre el concepto de las TRA, igualmente se analizarán los antecedentes de las TRA en Colombia, antes y después de la Constitución de 1991, además de dar un recorrido por el concepto de la filiación dentro del ordenamiento jurídico colombiano, incluyendo la doctrina y la jurisprudencia con la que se ha logrado el avance que se evidencia con la Ley.

De igual modo, se recurrirá al derecho comparado, para analizar y lograr extraer de los ordenamientos jurídicos de Argentina y España, países que cuentan con una legislación avanzada al respecto, además de haber sentado las bases necesarias para lograr el buen

funcionamiento del sistema de filiación dentro de la implementación de las TRA, se propondrá además un marco para regular la filiación para cada una de las formas de reproducción asistida, y por último se aportarán algunas conclusiones frente al tema propuesto.

CAPITULO I

Nociones sobre las técnicas de reproducción asistida

En el primer capítulo se hablará sobre las nociones de las TRA, para ello en un primero momento, resulta importante para este trabajo de grado, desarrollar el concepto de concepción, puesto que, bajo los términos expuestos en el Título II, Capítulo 1, artículo 92, del Código Civil Colombiano, el cual se encuentra vigente a la fecha, se establece que la misma es un hecho biológico producto del coito, del cual depende la aplicación de la presunción *pater is est* en el matrimonio y la unión marital de hecho (arts. 213 y 214 del Código Civil), la legitimación (art. 236 del Código Civil) y las presunciones que dan lugar a la declaración de filiación en el marco de la acción de investigación de la paternidad (Art. 6 numerales 1 y 4 de la ley 75 de 1968).

En un segundo momento, se definirá el concepto de concepción según lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos, en el caso Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica, seguido de la definición de las TRA y la clasificación de estas en el siguiente orden: inseminación artificial, fecundación in vitro, fecundación post mortem y alquiler de vientre o maternidad subrogada².

1.1 La concepción humana

² En el presente trabajo, no se analizará la clonación por cuanto está prohibida y penalizada en Colombia, al tenor del artículo 133 del Código Penal.

“[E]l término “*concepción*” empleado por el artículo 4.1 de la Convención jurídicamente debería ser interpretado, más allá de cualquier otra consideración, como la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Eso fue y no otra cosa, en lo que se convino en 1969, al suscribirse la Convención y ese es todavía jurídicamente el sentido de tal término e incluso parte muy importante, por no decir mayoritaria, de la ciencia médica así también lo estima”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012)

Sin embargo, también se habla en la decisión judicial, que debe entenderse para efectos la “concepción” de acuerdo con la Convención Americana, que esta consta de dos momentos, la fecundación y la implantación, puesto que sin la implantación el desarrollo embrionario no sería posible y por ende no habría vida.

Lo anterior, con la intención de pensar en qué momento a la luz de las TRA se entiende concebido el *nasciturus*, lo cual soporta el interrogante frente al momento hasta el cual podría retirarse el consentimiento sobre el tratamiento, punto que resulta también de suma importancia al analizar las técnicas en sí. Luego, al hablar de TRA, la concepción implica tanto la fecundación como la implantación, como lo sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso antes mencionado, en la medida en que con el fin de proteger la vida humana se tienen ambas palabras como sinónimos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012). Lo que no ocurre con los demás métodos para establecer la filiación, en los que se entiende que la concepción es solo la unión del óvulo con el espermatozoide, como se infiere del artículo 92 del Código Civil.

1.2 Definición de las técnicas de reproducción asistida

Las TRA han sido una solución acogida a través de los años en varios países del mundo para solucionar problemáticas respecto de la reproducción humana en sí, en ese sentido, han sido pensadas como una respuesta a la infertilidad de las personas, los embarazos riesgosos o, incluso, para almacenar el material genético de uno o ambos sujetos con el fin de que este sea usado en el futuro, prueba de ello es la conocida “niña probeta” nacida en el año 1978 en Manchester, Gran Bretaña, producto de la fecundación in vitro. (Cabrera, 2020)

El profesor, Luis Santamaría (2000, Pg 37), de la Universidad Autónoma de Madrid define las TRA como:

“[E]l conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc. No es pues adecuado referirse a estas técnicas como métodos de reproducción artificial, ya que no suplantán mediante elementos artificiales o no biológicos al organismo masculino o femenino en la función procreativa, sino que pretenden ayudar o substituir en parte una función generativa deteriorada o inexistente (subfertilidad o infertilidad)”.

En otras palabras, podría decirse que las TRA son técnicas médicas, que ayudan a los seres humanos a suplir la infertilidad creando bien sea las condiciones para la fertilización, o manipulando los gametos directamente para el mismo fin.

Existen diferentes posiciones respecto de la clasificación de las TRA³, para efectos de la claridad sobre este trabajo de grado se tendrá en cuenta la siguiente: 1. Inseminación artificial; 2. Fecundación in vitro; 3. La maternidad por sustitución, subrogada o de alquiler (Flores, 2007)

1.2.1. Inseminación artificial (IA)

Según Santamaría (2000, Pg. 39), la IA:

“[C]onsiste en la introducción de los espermatozoides mediante un catéter en la vagina de la mujer. A continuación, la llegada de los espermatozoides hasta el óvulo y la fecundación se efectúan de modo idéntico a lo que sucede en el proceso fisiológico normal.”

³ 1. “En segundo lugar, y haciendo referencia a la metodología seguida, podemos clasificar las TRA intracorpóreas según el esquema siguiente: IA: Inseminación artificial. IIUD: Inseminación intrauterina directa. IIP: Inseminación intraperitoneal. TIPEO: Transferencia intraperitoneal de espermatozoides y ovocitos. GIFT: Transferencia intratubárica de gametos (Gamete Intra- Fallopian Transfert).” (Santamaría Solís, pág. 39)

2. Técnicas de Reproducción Asistida (TRA): todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la crio preservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. TRA incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides de la pareja o de un donante. (F. Zegers-Hochschild, 2010 , pág. 10)

La inseminación artificial ostenta dos variables, (i) la IA homóloga y (ii) la IA heteróloga. En ese orden de ideas, la primera hace referencia al proceso de inseminación que se lleva a cabo con el semen del esposo o compañero bajo la circunstancia de que este se encuentre imposibilitado para transferir el material genético de manera natural; la segunda, se refiere al gameto masculino de un tercero introducido en la mujer, o incluso en un caso particular en donde tanto el gameto femenino, como masculino sean de terceros.

Frente a lo anterior, resulta importante hacer alusión al consentimiento que debe prestarse frente a la IA homóloga y heteróloga, tras dejar claro en que consiste cada una, al respecto ha de ponerse de presente que el consentimiento que se derive en cada una debe constar por escrito como lo indica el artículo 14 de la Resolución # 08430 de 1993. Frente a la IA homóloga, el consentimiento que deberá aportarse es el del hombre, en ese mismo orden de ideas frente a la IA heteróloga deberá tenerse en cuenta lo que expone la Corte Suprema de Justicia en sala de Casación Civil (2017, Pg. 14):

“[E]xigiendo la prestación de un consentimiento informado tanto de los solicitantes de la técnica de inseminación artificial como del donante en los casos en que aquélla es heteróloga”.

En conclusión, los dos tipos de IA requieren que se preste el consentimiento a que hace referencia la Resolución # 08430 de 1993, como consecuencia de que, como ha reconocido el legislador ello sea el fundamento de la filiación, punto que será desarrollado a profundidad más adelante.

1.2.2 Fecundación in vitro (FIV)

Según Kushner, las FIV

“El proceso de la (FIV) consiste en la estimulación exógena de los ovarios mediante gonadotrofinas humanas o recombinantes (sintéticas); extracción de los óvulos mediante un procedimiento quirúrgico mínimamente invasivo (aspiración folicular eco-guiada); fertilización in vitro en el laboratorio de embriología previa selección y clasificación de la calidad ovocitaria y capacitación espermática; cultivo embrionario sistemático; y transferencia de embriones en la cavidad uterina, a la espera de una implantación satisfactoria” (Kushner, 2010, Pg. 77)

Lo anterior se refiere en otras palabras al procedimiento de fecundar el óvulo fuera del útero para posteriormente implantarlo allí. Al igual que la IA, la FIV puede ser homóloga o heteróloga.

Ahora bien, dentro de la FIV, también puede emplearse la fecundación post mortem, la cual consiste en la fertilización del óvulo con el material genético del hombre fallecido o utilizar el óvulo de la mujer fallecida con el espermatozoides de otro hombre, que ha sido previamente recolectado⁴ y almacenado en un lugar autorizado para dicho fin (Sánchez, Martínez, &

⁴ Puede suceder también que el material genético sea recolectado posterior al fallecimiento del hombre, dependerá de la legislación del país en donde se quiera realizar la práctica del tratamiento.

Fernández, 2017) o el embrión criogenizado antes de la muerte de los aportantes del material genético, pero implantado tras esta.

1.2.3. Maternidad subrogada o alquiler de vientre

El contrato de maternidad subrogada, mal llamado de alquiler de vientre, resulta del compromiso que contraerá una mujer para implantar dentro de sí el material genético obtenido de dos personas⁵ e introducirlo dentro de su útero con el fin de gestar un hijo (Bernal, 2015). El contrato de alquiler de vientre puede tener o no una contraprestación económica, lo anterior dependerá del país y su ordenamiento jurídico interno. (Rosero Ceballos, 2018)

1.4 Enfoque bioético de las técnicas de reproducción asistida

El planteamiento general de la bioética se basa en “El estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, a la luz de los valores y principios morales.” (Rbich, 1978, Pg. 19)

Desde el punto de vista jurídico, ha de preocuparnos que lo que resulte de los procedimientos médicos sea también estudiado y regulado por las ciencias jurídicas, en ese

⁵ La obtención del material genético puede darse de manera homóloga o heteróloga.

sentido, resulta obvia la necesidad de que se considere que existe una relación entre la bioética y el derecho. (Méndez, 2006)

Así, Los temas que son estudiados por la bioética, recaen en: a) Control de la natalidad, aborto, inseminación artificial, fecundación in - vitro, manipulación de embriones, maternidad subrogada, clonación; b) Manipulación del ADN, tanto humano como no humano, - el proyecto genoma humano entre ellos -; c) Eutanasia, y suicidio asistido.; d) Trasplante y manipulación de órganos humanos; e) Manipulación de la conducta y de la personalidad por neurocirugía, psicotrópicos y otros medios; f) Experimentación con gametos y embriones humanos. (Montes, 2004).

Conforme a lo anterior, es importante resaltar que la relación que ostenta la bioética con el derecho comprende para el desarrollo de este trabajo de grado suma importancia, puesto que los temas de estudio de dicha práctica incluyen las TRA, por ejemplo, se ha pensado dentro de ello, qué implicaciones trae para las mujeres someterse a un procedimiento de infertilidad (Casado, 1997) O, por otro lado, ¿hasta qué punto puede ser manipulable el material genético aportado para lograr tener unos rasgos físicos determinados y determinables, sin que ello sea considerado como experimentación humana encaminada a crear “una nueva raza”?

CAPÍTULO II

Antecedentes sobre la filiación y las técnicas de reproducción asistida en Colombia

En este capítulo se abordarán los antecedentes del concepto de las TRA en el ordenamiento jurídico colombiano. En un primer momento se revisará el régimen normativo de los hijos, desde el punto de las normas que se encontraban vigentes y la doctrina, previos a la constituyente de 1991; luego de ello se hará el mismo estudio basado en los cambios provenientes de la constituyente de 1991, incluyendo dentro de este último algunos proyectos de ley que fueron propuestos para regular o prohibir la materia.

Lo anterior, con el fin de revelar la evolución que ha tenido que darse desde un ambiente social, cultural y político para que hoy en día se haya decidido implementar dentro del ordenamiento jurídico colombiano el tratamiento de infertilidad bajo las TRA.

Ahora bien, haremos el estudio de este capítulo de manera integral junto con los derechos que se han consagrado para la infancia a lo largo del tiempo que se ha querido establecer para el estudio específico del capítulo, puesto que, es en conjunto que se ha dado el desarrollo de la “igualdad” del trato hacia todos los hijos.

2.1 El régimen de filiación previo a la Constitución de 1991

En la Constitución de 1886, la familia aparece en escena en los artículos el 23 y el 50 respectivamente, haciendo referencia a que “Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.” (Constitución Política de Colombia, 1886, Pg. 6) Y el artículo 50 que contemplaba que “Las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas, y los consiguientes derechos y deberes.” (Constitución Política de Colombia, 1886, Pg. 10).

Conforme a ello, es posible advertir que, para el Constituyente del 86, la familia si bien hacía parte de la sociedad no era el fundamento de ella. Ahora bien, no debe entenderse que ello se debe a un aspecto irrelevante sino a la época y las corrientes de pensamiento que fundaban el ejercicio legislativo. Ha de tenerse en cuenta de igual modo, que la familia desde el punto de vista jurídico estaba regulada por las normas del código civil y las normas canónicas, conforme al concordato que había sido celebrado entre Colombia y la Santa Sede en 1887, en el cual se establecía a la religión católica como la religión de Colombia y que adicionalmente correspondía a los poderes públicos velar por su protección y cumplimiento. (Salinas, 2013).

2.1.1 Normativa vigente 1886 – 1990

En ese orden de ideas, resulta de suma importancia hacer un breve recorrido por las leyes, que, si bien no harán referencia a los hijos nacidos por asistencia científica, por no tenerse

para el época los avances científicos con los que contamos hoy en día, de cualquier modo, resulta importante analizar la perspectiva de los hijos en general, es por ello por lo que, como bien se mencionó en párrafos anteriores, incluirá las normas referentes a los hijos y la filiación. Para el ejercicio planteado se utilizaron algunas de las normas que previamente recopiló Roberto Suárez (1994), para el estudio del derecho de familia en la legislación colombiana.

- Ley 84 de 1873: Código Civil de la Unión. Los artículos 35 y ss, hacen referencia al parentesco. Se introduce el concepto de hijo legítimo, se establece una clasificación entre los hijos naturales y legítimos, causales de impugnación de la paternidad y se crea un sistema para el reconocimiento de hijos naturales.
- Ley 57 de 1887: “Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional”. En ella se propuso una presunción de derecho según la cual el hijo nacido durante el divorcio no tiene por padre al esposo y establece el derecho que tiene un hijo natural a exigir el reconocimiento a fin de obtener el pago de alimentos.
- Ley 153 de 1887: “Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887”. Se reforma el procedimiento para el reconocimiento de hijos naturales que había introducido la ley 57 de 1887, se incluyó dentro de este sistema la responsabilidad obligacional desprendida de la filiación natural, lo cual buscaba que se pudieran hacer exigibles los alimentos.

- Ley 30 de 1888: “Que reforma el código judicial y varias otras leyes”. El artículo 35, reconoce legitimidad de los hijos nacidos dentro de un matrimonio civil que haya sido anulado por la celebración posterior de un matrimonio católico.
- Ley 95 de 1980: “Sobre reformas civiles”. Los artículos 5 y 6, concretaron temas respecto de la impugnación de la paternidad, del hijo nacido dentro del matrimonio al hombre casado.
- Ley 45 de 1936: “Sobre reformas civiles (Filiación natural)”. La totalidad del articulado está dirigida a la filiación natural, modifica varias disposiciones del Código Civil, sobre todo aquellas que competen a las sucesiones.
- Ley 75 de 1968: “Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”. La ley se refiere a la filiación, régimen de investigación de la paternidad del hijo natural, el cumplimiento de las obligaciones de la filiación civil y de la patria potestad en general.
- Ley 16 de 1972: “Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969”. Fue la ley aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los artículos 17 y 18 de dicha Convención, enmarcan la protección a la familia y la protección de los derechos de los niños.

- Ley 5 de 1975: “Por la cual se modifica el Título XIII del Libro Primero del Código Civil y se dictan otras disposiciones” Esta norma modificó el régimen de adopción y reguló a adopción simple y la plena. .
- Ley 7 de 1979: “Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”. Esta ley fue creada para la protección de la niñez. El artículo 4 de la misma, estableció que, el gobierno debía procurar por “la eliminación de toda forma de discriminación en el régimen jurídico de la familia y toda distinción inferiorizante entre los hijos.”
- Ley 29 de 1982: “Por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios”. Esta ley estableció la igualdad de derecho herenciales entre los hijos. Rompiendo así con la discriminación que se había visto imperante en legislaciones anteriores.
- Decreto 2737 de 1989: Código del menor. Este decreto se creó con el fin de incorporar dentro de un instrumento normativo los derechos de los menores, así como definir y determinar las garantías para el ejercicio de sus derechos y las instituciones que estarían llamadas a garantizarlos.

2.1.2 La práctica de la TRA antes de la Constitución de 1991.

Como bien se ha sostenido en esta primera parte del capítulo, las TRA se podrían considerar dentro de un escenario moderno, por ello, resulta casi imposible registrar doctrina que haga alusión o se ocupe así fuese de manera breve (al menos en materia de derecho), de lo que es relevante para el presente trabajo. Como consecuencia de ello, resulta relevante mencionar dentro de este apartado, algunos datos que prueban la existencia y práctica de las TRA en Colombia en el mencionado periodo de tiempo.

La primera “niña probeta” no sólo de Colombia, sino de Latinoamérica, nació el 10 de enero de 1985, el tratamiento y su éxito, estuvieron a cargo del Dr. Elkin Lucena⁶ y el Centro Colombiano de Fertilidad Medicina Preventiva y Regenerativa (CECOLFES). Adicionalmente, bajo el mismo centro, se han logrado hasta el presente más de 10.000 nacimientos exitosos («CECOLFES», 2021). De igual modo, existen otros centros médicos como REPROTEC Centro de Infertilidad, que datan sus operaciones desde 1990.

El campo médico sí se ocupaba del estudio de las TRA dentro de las revistas académicas, en dichos escritos se hacía referencia a los tipos de TRA, sus subvariedades y las recomendaciones de quienes escribían. Por ejemplo, el Dr. Alvaro Monterrosa Castro (1990, Pg. 259), mencionó en sus recomendaciones que “No se debe aceptar que los procedimientos de reproducción asistida sean tomados como una moda y mucho menos que reemplacen la vía natural de concepción humana”. Podría entonces deducirse que en cierta

⁶ Pionero en Colombia y Latinoamérica cuenta con más de 41 años de experiencia y liderazgo en el campo de la fertilidad.

forma el legislador ha tenido en cuenta a la luz de la legislación actual, las recomendaciones hechas por los médicos anteriormente.

2.2 El régimen de filiación posterior a la constitución de 1991

La Asamblea Nacional Constituyente, sin duda fue el escenario para el diálogo equitativo, de ello se desprende la Constitución Política que conocemos hoy en día. Para el objeto del estudio, resulta imperativo hacer una breve síntesis de la intención del constituyente frente a lo que refirió en su momento como “hijos nacidos por asistencia científica”.

Al dar un vistazo a las gacetas que conformaron nuestra Constitución, es plausible determinar que, lo que se quería era romper con la desigualdad existente para ese momento entre los hijos legítimos, ilegítimos y civiles (Garcés, 1991). No obstante, dentro de aquel afán por romper con la desigualdad existente, también se habló sobre la preocupación acerca de los niños nacidos por TRA, al respecto, el Constituyente liberal Benitez, manifestó que los niños nacidos con asistencia científica no dejaban de gozar de la calidad de ser niños, por ello, era menester para los Estados leyes encaminadas a la protección de estos, incluyéndose derechos y deberes, así como las obligaciones de los padres de dichos niños (Benitez, 1991).

Es por lo anterior, que el artículo 42, inciso 6, de la Constitución Política colombiana, enmarca 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 progeneración responsable.” (Constitución Política de Colombia, 1991) La disposición es clara, todos los hijos deben gozar de igualdad de derechos, condiciones y deberes. No obstante, la evidencia legislativa indica que no existe de manera integral un desarrollo normativo frente a los hijos nacidos por asistencia científica.

2.2.1 Normativa vigente 1991 – 2021

Ahora bien, a pesar de lo dispuesto en la Constitución, el desarrollo normativo que se tiene frente a las TRA, es el siguiente:

- Resolución # 08430 de 1993 del Ministerio de Salud y Protección Social: estableció normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud. El capítulo IV, trata en específico de “la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, obitos y fetos y de la fertilización artificial.” A su vez, el artículo 30, hace referencia al consentimiento informado y el artículo 44 establecía una “restricción” frente a las TRA, pues, solo quienes sufrieran de infertilidad podían acceder a la ayuda científica.
- Decreto 1546 de 1998: “Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las

condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares.” Aporta las definiciones a las que tendrá lugar el desarrollo del decreto, entre ellas el donante homólogo y heterólogo, así como el consentimiento que debe prestarse frente a la donación e implantación del material genético aportado.

- Ley 1953 de 2019: “Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”. Esta ley tiene como objeto incluir las TRA dentro del Plan Obligatorio de Salud, así mismo, establece algunos parámetros básicos para el acceso a los tratamientos.
- Resolución 0228 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social: Desarrolló la política pública para la prevención y tratamiento de la infertilidad en Colombia.

2.2.2. Proyectos de ley propuestos frente a las TRA

Los proyectos de ley presentados a continuación contienen intenciones, llevadas al Congreso, para legislar la materia objeto de estudio de este trabajo, frente a ello, se puede evidenciar que de manera general el propósito consistía en regular las TRA, sin embargo, ninguno ha logrado ser ley de la República.

Fecha de radicación y número de proyecto de ley	Nombre del proyecto	Congresista	Resumen
29 de julio de 2003 – Proyecto de Ley 046 de 2003	“Por la cual se regula el contrato de técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones.”	Leonor Serrano De Camargo - Partido Liberal Colombiano	Tuvo por objeto regular las TRA de alta y baja complejidad que fueran realizadas en centros autorizados por el Gobierno. Frente a los puntos más importantes del proyecto, se encontraban los siguientes: i. Conformación de un contrato para las TRA, así como uno para los donantes. Ambos para parejas heterosexuales; ii. Prohibir la fecundación post mortem, así como la renuncia a la filiación materna (Maternidad subrogada); iii. El donante

			<p>podía retractarse de la donación, en la medida en que padeciera de una infertilidad sobreviniente.</p> <p>Frente a la exposición de motivos, reconoció los avances de la ciencia frente a los problemas de infertilidad de las personas, de igual modo, sustentó que el Estado debía limitar la actividad médico-científica con el fin de proteger al que estuviese por nacer. Sostuvo que legislar frente al tema era una necesidad, por la baja tasa de fecundación que reportaba Colombia en la época, además de crear seguridad jurídica para quienes accedieran a las mismas y prohibir tratamientos que no</p>
--	--	--	---

			fuera éticos. (Serrano, 2003)
02 de noviembre de 2006 – Proyecto de Ley 172 de 2006	“Por medio de la cual se reglamentan las técnicas de reproducción humana asistida, la investigación con células madre y se dictan otras disposiciones.”	Jairo Raúl Clopatofsky Ghisays - Partido de la U	Tuvo por objeto regular las TRA junto con las relaciones civiles que se desprendieran de llevar a cabo los procedimientos para tratar la infertilidad, adicionalmente propuso sentar lineamientos para la investigación sobre células madre. Frente a los puntos más importantes del proyecto, se encontraban los siguientes: i. Limitaba a uno (1) el número de veces en los cuales se podía practicar el tratamiento; ii. El consentimiento informado se debía otorgar mediante un formulario único que aportaría el Consejo

		<p>Nacional de Bioética; iii. Permitía la impugnación de la maternidad o paternidad si faltase el consentimiento previo; iv. Permitiría la fecundación post mortem; v. Permitiría la crioconservación de embriones, indicando el tiempo de permanencia del material en los centros autorizados; vi. Ordenaría crear el Consejo Nacional de Bioética.</p> <p>Frente a la exposición de motivos, se hizo referencia sobre la necesidad imperante de regular las TRA y la investigación con células madre, con el fin de proteger a los seres humanos y limitar</p>
--	--	--

			la actividad médica. (Clopatofsky, 2006)
04 de noviembre de 2008 – Proyecto de Ley 196 de 2008	“Por medio del cual se reglamenta en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones.”	Jorge Ignacio Morales Gil – Partido Liberal Colombiano	Tuvo por objeto, reglamentar la gestación sustitutiva mediante las TRA. Frente a los puntos más importantes del proyecto, se encuentran los siguientes: i. Establecía que los contratantes debían tener 25 años y ser heterosexuales; ii. Establecía parámetros para quienes intervinieran en el contrato de gestación sustitutiva; iii. Debía probarse la causa médica (infertilidad), para poder acceder al tratamiento; iv. Limitaría la transferencia de preembriones, a tres (3) por cada ciclo reproductivo; v. Debía prestarse asistencia

			<p>psicológica obligatoria para la gestante; vi. Establecía expresamente que el contrato debía ser gratuito; vii. Sentaba los parámetros del contrato de gestación sustitutiva y las respectivas obligaciones para las partes.</p> <p>Frente a la exposición de motivos: Reconoció que en Colombia no existe legislación respecto del tema, así como que la práctica de gestación sustitutiva se venía realizando desde hace un tiempo, por lo que llenar el vacío jurídico era una necesidad. (Morales, 2008)</p>
21 de julio de 2009 – Proyecto de	“Por medio del cual se establecen procedimientos para permitir en todo el	Jorge Ignacio Morales Gil – Partido Liberal Colombiano	Tuvo por objeto, reglamentar la gestación sustitutiva mediante las TRA.

<p>Ley 037 de 2009</p>	<p>territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva en desarrollo de las técnicas de reproducción asistida y se dictan otras disposiciones.”</p>		<p>Frente a los puntos más importantes del proyecto, se encontraban los siguientes: i. Establecía que los contratantes debían tener 25 años y ser heterosexuales; ii. Establecía parámetros para quienes intervinieran en el contrato de gestación sustitutiva; iii. Debía probarse la causa médica (infertilidad), para poder acceder al tratamiento; iv. Limitaba la transferencia de preembriones, a tres (3) por cada ciclo reproductivo; v. Debía prestarse asistencia psicológica obligatoria para la gestante; vi. Establecía que el contrato debía ser gratuito; vii. Sentaba los parámetros del contrato de gestación</p>
------------------------	---	--	--

			<p>sustitutiva y las respectivas obligaciones.</p> <p>Frente a la exposición de motivos: Reconocía que en Colombia no existía legislación respecto del tema, así como que la práctica de gestación sustitutiva se venía realizando desde hace un tiempo, por lo que llenar el vacío jurídico era una necesidad. (Morales, 2009)</p>
<p>26 de septiembre de 2013 – Proyecto de Ley 109 de 2013</p>	<p>“Por medio del cual se reconoce la infertilidad como enfermedad y se establecen criterios para su cobertura médico asistencial por parte del Sistema de Salud del Estado.”</p>	<p>Laureano Augusto Acuña Díaz – Partido Conservador Colombiano</p>	<p>Tenía por objeto reconocer la infertilidad humana como enfermedad e incluir los procedimientos médicos para la prevención y tratamiento de la infertilidad dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS). Los usuarios que gozarían de la implementación de la Ley</p>

			<p>serían los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud mayores de 25 y menores de 40 años.</p> <p>Frente a los puntos más importantes del proyecto, se encontraban los siguientes: i. Establecía garantías de protección y seguridad para el que estaría por nacer; ii. Exigía un examen físico para determinar la condición de infertilidad y un examen psicológico para los futuros padres; iii. Ordenaba la creación de centro de atención especializada para garantizar la calidad y oportunidad de los procedimientos; iv. Ordenaba una asignación</p>
--	--	--	--

			<p>presupuestaria del erario, para los tratamientos.</p> <p>Frente a la exposición de motivos: Reconoció la infertilidad como enfermedad, al igual que sustentó que es un problema del que debe ocuparse el Sistema de Salud en general.</p> <p>El propósito de conformar familia se ve en ocasiones frustrado por la infertilidad, le corresponde al Estado colombiano, establecer condiciones que satisfagan los derechos sexuales y reproductivos de los ciudadanos. (Acuña, 2013)</p>
09 de marzo de 2016 – Proyecto de	“Por medio del cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una	María del Rosario Guerra de la Espriella; Santiago Valencia	Tenía por objeto prohibir la práctica de la maternidad subrogada, con el fin de

Ley 202 de 2016	categoría de trata de personas y una explotación de la mujer con fines reproductivos.”	Gonzales – Centro Democrático	<p>proteger a la mujer y la vida del que está por nacer.</p> <p>Frente a los puntos más importantes del proyecto, se encontraban los siguientes: i. Sería nulo de pleno derecho el contrato de maternidad subrogada; ii. El hecho de celebrar el contrato implicaría incurrir en los delitos contemplados en el artículo 188 A del código penal y en el 2º de la ley 919 de 2004.</p> <p>Frente a la exposición de motivos: Manifestó que la práctica debía prohibirse en la medida en que suponía una forma de explotación tanto para la mujer como para el menor que naciese, así mismo, argumentó que</p>
-----------------	--	-------------------------------	--

			<p>suponía violaciones a los derechos fundamentales, tales como la dignidad humana, la familia, la igualdad, entre otros. La filiación biológica se vería afectada, por las disposiciones y normas que la rigen. (Guerra, 2016)</p>
<p>26 de julio de 2016 – Proyecto de Ley 026 de 2016</p>	<p>“Por medio del cual se prohíbe la práctica de alquiler de vientres en Colombia por ser una categoría de trata de personas y una explotación de la mujer con fines reproductivos.”</p>	<p>María del Rosario Guerra de la Espriella; Santiago Valencia Gonzales – Centro Democrático</p>	<p>Tenía por objeto prohibir la práctica de la maternidad subrogada, con el fin de proteger a la mujer y la vida del que está por nacer. Frente a los puntos más importantes del proyecto, se encontraban los siguientes: i. Sería nulo de pleno derecho el contrato de maternidad subrogada; ii. El hecho de celebrar el contrato implicaría incurrir en los</p>

			<p>delitos contemplados en el artículo 188 A del código penal y en el 2º de la ley 919 de 2004.</p> <p>Frente a la exposición de motivos: Manifestó que la práctica debía prohibirse en la medida en que suponía una forma de explotación tanto para la mujer como para el menor que naciese. Así mismo, argumentó que suponía violaciones a los derechos fundamentales a la dignidad humana, la familia y la igualdad, entre otros. La filiación biológica se vería afectada, por las disposiciones y normas que la rigen. (Guerra, 2016)</p>
16 de agosto de 2017 –	“Por medio de la cual se reglamenta la	Luis Fernando Duque García –	Tenía por objeto legislar sobre las TRA y las

<p>Proyecto de Ley 088 de 2017</p>	<p>reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones.”</p>	<p>Partido Liberal Colombiano</p>	<p>relaciones de los sujetos que intervengan en ellas. Frente a los puntos más importantes del proyecto, se encontraban los siguientes: i. Las personas que decidieran someterse a un tratamiento TRA o donar gametos debían ser mayores de edad; ii. El consentimiento podía ser revocado en tanto no hubieran sido utilizados los gametos; iii. Especificaba que la donación debía ser gratuita; iv. La suspensión del tratamiento podía realizarse en cualquier momento; v. Los efectos de la filiación biológica se extenderían a la asistida; vi. Permitía la fecundación post mortem; vii. Ordenaba crear el Registro Único de</p>
------------------------------------	---	-----------------------------------	--

			<p>Donantes; viii. Permitía la maternidad subrogada y establecía condiciones para su práctica; ix. Ordenaba crear la Comisión Nacional de Reproducción Asistida y fijaba las funciones de esta.</p> <p>Frente a la exposición de motivos: Reconoció el uso extendido de las TRA en el país, por ello consideró que era una necesidad regularlas, con el fin de proteger a quienes interactuaran con ellas, así como la vida del que está por nacer. (Duque, 2017)</p>
07 de noviembre de 2017 – Proyecto de Ley 186 de 2017	“Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para	María del Rosario Guerra de la Espriella; Santiago Valencia Gonzales – Centro Democrático	Tenía por objeto prohibir la práctica de la maternidad subrogada con fines lucrativos, con el objeto de proteger a la mujer y la vida del que está por nacer.

	<p>prevenir esta práctica.”</p>	<p>Frente a los puntos más importantes del proyecto, se encontraban los siguientes: i. Sería nulo de pleno derecho el contrato de maternidad subrogada; ii. El hecho de celebrar el contrato implicaría cometer los delitos contemplados en el artículo 188 A del código penal y en el 2º de la ley 919 de 2004.</p> <p>Frente a la exposición de motivos: Manifestó que la práctica debía prohibirse en la medida en que suponía una forma de explotación tanto para la mujer como para el menor que naciese en virtud de haber llevado a cabo el procedimiento o por haber celebrado el contrato, así mismo, argumentó que</p>
--	---------------------------------	--

			<p>suponía violaciones a los derechos fundamentales, tales como: la dignidad humana, la familia, la igualdad, entre otros. La filiación biológica se vería afectada, por las disposiciones y normas que la rigen. (Guerra, 2017)</p>
<p>23 de julio de 2018 – Proyecto de Ley 019 de 2018</p>	<p>“Por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones.”</p>	<p>Armando Alberto Benedetti Villaneda – Partido de la U</p>	<p>Tenía por objeto legislar sobre las TRA específico, así como sobre las relaciones de los sujetos que intervinieran en ellas. Frente a los puntos más importantes del proyecto, se encontraban los siguientes: i. Las personas que decidieran someterse a un tratamiento TRA o donar gametos debían ser mayores de edad; ii. El consentimiento podía ser revocado en tanto</p>

			<p>no hubieran sido utilizados los gametos; iii. Especificaba que la donación debía ser gratuita; iv. La suspensión del tratamiento podía realizarse en cualquier momento; v. Se extenderían los efectos de la filiación biológica a la asistida; vi. Permitía la fecundación post mortem; vii. Ordenaba crear el Registro Único de Donantes; viii. Permitía la maternidad subrogada y establecía condiciones para su práctica; ix. Ordenaba crear la Comisión Nacional de Reproducción Asistida y fijaba las funciones de esta.</p> <p>Frente a la exposición de motivos: Reconoció el uso de las TRA en el país, por ello</p>
--	--	--	---

			consideró que era una necesidad regularlas, con el fin de proteger a quienes interactuaran con ellas, así como la vida del que estuviese por nacer. (Benedetti, 2018)
01 de agosto de 2018 – Proyecto de Ley 070 de 2018	“Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos.”	María del Rosario Guerra de la Espriella; Santiago Valencia Gonzales – Centro Democrático	Tenía por objeto prohibir la práctica de la maternidad subrogada con fines lucrativos, no obstante, permitiría su práctica bajo la donación de gametos entre nacionales colombianos, que bajo declaración extrajudicial manifiesten padecer infertilidad o problemas para gestar. Frente a los puntos más importantes del proyecto, se encontraban los siguientes: i. Sería nulo de pleno derecho

			<p>el contrato oneroso de maternidad subrogada; ii. Ordenaba adicionar al artículo 188 del código penal el inciso E, el cual tipificaría la conducta bajo la cual una persona que se lucrara del contrato de maternidad subrogada sería sancionada con una pena privativa de la libertad, además de una sanción económica; iii. Ordenaba al Ministerio de Salud reglamentar la práctica de la maternidad subrogada sin fines lucrativos.</p> <p>Frente a la exposición de motivos: Manifestó que la práctica debía prohibirse en los casos en que buscara un fin lucrativo, en la medida en que ello suponía una forma</p>
--	--	--	--

			de explotación tanto para la mujer como para el menor que naciese. Así mismo, argumentó que en tanto no se tratara de un contrato de donación el mismo supondría violaciones a derechos fundamentales, tales como: la dignidad humana, la familia, la igualdad, entre otros. (Guerra, 2018)
--	--	--	---

Se reitera, ninguno de los Proyectos de Ley mencionados logró ser ley de la República.

2.2.3 Jurisprudencia

Si bien la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y otros órganos que componen la rama judicial, han conocido durante este periodo histórico sobre algunos casos relacionados con las TRA, el recorrido por el siguiente apartado se hará con base en la sentencia de la Corte Constitucional SU - 074 de 2020, pues, esta se trata de una sentencia de unificación frente a la fertilización in vitro y el derecho fundamental a la salud y

adicionalmente se mencionará una sentencia de conocimiento de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

- SU – 074/ 20 Corte Constitucional. 20 de febrero de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

En esta oportunidad la sala de revisión de la Corte Constitucional revisa cinco fallos de tutela referentes a la FIV. Frente a los casos estudiados por la Corte, solo uno fue encontrado procedente, en la medida en que, ya había sido iniciado el tratamiento, en ese sentido, se tuvo que favorecer el principio de continuidad; no obstante en los otros casos, la Corte encontró que se habían expuesto las siguientes razones para negar el amparo de los derechos que estaban siendo incoados: 1. La FIV no responde a un servicio de salud; 2. La infertilidad no es una enfermedad que atente contra la vida, ni la salud de las actoras; 3. Al no estar incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS), no se puede obligar a las E.P.S. a que realicen el procedimiento; 4. La adopción es una alternativa a la infertilidad. Luego, procede la Corte a analizar la infertilidad desde el punto de vista médico y desde el punto de vista que ha asumido la Corte Constitucional⁷.

⁷ Infertilidad primaria medicina: El paciente no ha tenido la posibilidad de quedar en embarazo.
Infertilidad secundaria medicina: El paciente ya ha logrado gestación anteriormente.
Infertilidad primaria Corte Constitucional: Aquella que no deriva de ninguna patología.
Infertilidad secundaria Corte Constitucional: Aquella que deriva de una patología preexistente.

Así mismo, se hace alusión a la Ley Estatutaria 1751 de 2015 la cual ordenaba implícitamente la prohibición sobre la inclusión de las TRA dentro del POS⁸; posteriormente se realiza un contraste con la Ley 1953 de 2019, la cual estableció los lineamientos para una política pública de prevención y tratamiento de la infertilidad y dispuso que las TRA se incluyeran dentro del POS. Seguido de lo anterior, la Corte expone las posiciones jurisprudenciales frente a la implementación de los tratamientos de las TRA, recoge de todo ello, que se niega el procedimiento por vía de la acción de tutela, a excepción de los casos en que existe una violación al principio de continuidad y la garantía del derecho fundamental a la salud.

Luego de realizar el respectivo análisis frente a los derechos fundamentales a la salud, la faceta prestacional del derecho reproductivo a la procreación de hijos nacidos por TRA, dignidad humana entre otros, la Corte expone que resulta imperativo, que en tanto se desarrolla la política pública de tratamiento a la infertilidad, se deben desarrollar unos lineamientos provisionales que estableció previamente⁹, para la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las personas que sufren de infertilidad.

⁸ Artículo 15 Ley 1751 de 2015 “ En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios: a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; e) Que se encuentren en fase de experimentación; f) Que tengan que ser prestados en el exterior.” (Ley 1751 de 2015, 2015)

⁹ i. Por disposición legal, la entrada en vigor de la regulación está sujeta al establecimiento de la política pública de infertilidad, de modo que depende de la voluntad de la administración, por cuanto dicha política debe ser elaborada por el Gobierno Nacional; ii. la protección y garantía de los derechos fundamentales no puede estar sujeta a la existencia de un acto administrativo que precise su reconocimiento y aplicación; iii. con anterioridad

Los requisitos y condiciones que fijó provisionalmente la Corte se centraron en “(i) edad; (ii) condición de salud de la pareja infértil; (iii) número de ciclos que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud; (iv) capacidad económica de la pareja; (v) frecuencia; y (vi) tipo de infertilidad.” (Corte Constitucional Colombiana, T-5.761.833, 2020) De igual modo, advierte la Corte que los requisitos concretados por ella, pueden ser adoptados por el Ministerio de Salud, pero que no es obligatorio, no obstante, las medidas que se tomen deben velar por la protección de los derechos fundamentales. Finalmente, la Corte encuentra que existe un déficit de protección frente a los derechos de las accionantes y frente a los otros casos similares, por ello resuelve ordenar a las respectivas entidades de salud que realicen conforme lo dispuesto en la parte considerativa de la sentencia, los procedimientos a las accionantes.

De igual modo, vale la pena hacer mención a la Sentencia T 528/ 14, en la cual se advierte que los derechos deben ser progresivos para que pueda existir así un

a la expedición de la Ley 1953 de 2019, varias sentencias de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional ya habían garantizado la práctica de tratamientos de reproducción asistida y establecieron reglas jurisprudenciales para su acceso, por lo cual es razonable interpretar esta norma legal de conformidad con dichas decisiones de esta Corporación; iv. corresponde a la Corte Constitucional, en su rol de juez constitucional, garantizar la efectividad de los derechos fundamentales; v. el Ministerio de Salud no ha cumplido con la orden de la Sentencia T-274 de 2015, de conformidad con la cual debe evaluar los aspectos que inciden en los tratamientos de reproducción asistida, los cuales justamente coinciden con los elementos que debe interpretar dicha cartera en relación con el acceso a los referidos procedimientos; vi. durante el lapso comprendido entre la promulgación de la Ley 1953 de 2019 y el acto administrativo que eventualmente dictará el Ministerio de Salud (el cual debe estar precedido de la formulación de la política pública respectiva, de conformidad con la norma legal) no pueden tornarse nugatorios los derechos de las personas y parejas con infertilidad, cuyo déficit de protección ha sido reconocido en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional, y que fue reconocido por el Congreso de la República, razón por la cual expidió la Ley 1953 de 2019.

goce efectivos de los mismos, lo cual enmarca la importancia que asiste a que las TRA sean eran reglamentadas y tratadas de lleno, con el fin de que efectivamente se pueda hacer goce de los derechos sexuales y reproductivos (Corte Constitucional Colombiana, Sala de Revisión, T-4276301, 2014).

En cuanto a la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, hay dos sentencias que abordan la problemática presentada en esta monografía la primera es del 28 de febrero de 2013 y la segunda del 10 de mayo de 2017 que fue previamente citada.

En cuanto a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2013. Referencia 110013110-002-2006-0537. M.P. Arturo Solarte Rodríguez se resalta:

En esta ocasión, la Corte Suprema, conoce de un recurso extraordinario de casación que fue interpuesto por el Defensor de Familia, adscrito al juzgado segundo de familia de Bogotá D.C., quien representó dentro del proceso los derechos de un menor demandado por su padre, quien impugnó la paternidad. Los hechos que dieron lugar a la demanda inicial se basaron en que el demandante y quien era su esposa, tuvieron que recurrir a utilizar una TRA, debido a la imposibilidad de tener hijos de manera natural.

La esposa del demandante quedó en embarazo sin que el esposo hubiese iniciado el tratamiento correspondiente. Sin embargo, nacido el menor, el actor lo registró como hijo suyo. Debido a la incertidumbre sobre la paternidad, decide demandar la paternidad en contra del menor.

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo de Familia de Bogotá, se notificó a la madre del menor, quien actuó en representación de este y se allanó en la oportunidad procesal correspondiente a las pretensiones de la demanda, posteriormente en audiencia, manifestó que era cierto que el menor no era el hijo del demandante, puesto que había sido sometida a un procedimiento de inseminación artificial heteróloga. Como consecuencia de ello, se llevó a cabo una prueba de ADN, la cual arrojó un resultado de incompatibilidad entre el menor y el accionante, en observancia de las pruebas, el juzgado dictaminó que el menor no era hijo del actor. Consecuentemente con lo anterior, el Defensor de Familia adscrito al juzgado, apeló la decisión. Dicha actuación fue de conocimiento del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, la entidad confirmó el fallo de primera instancia.

El argumento del defensor se basó en: “los derechos de las personas en defensa de su dignidad y de sus libertades”, señaló que en el presente caso

“[N]o se justifica que a estas alturas de los avances planteados, al desatar un litigio de impugnación de paternidad, la Juez de conocimiento solo se limite a declarar que el demandante no es el padre y no se preocupe por indagar,

especialmente a la madre, quién es el padre biológico de un niño que antes pasaba por ser hijo de quien en realidad no lo era”, actitud que consideró contraria al derecho que el accionado tiene de “conocer [a] su padre y así definir su verdadero estado civil ante la familia, la sociedad y el Estado” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2006-00537-01, 2013).

La Corte consideró, que toda vez que el menor había nacido fruto de una inseminación artificial heteróloga, la protección de la identidad del donante debía protegerse, en ese sentido, el derecho que tiene el menor de conocer quiénes son sus padre biológicos se enfrenta a la confidencialidad que prevalece respecto del donante; adicionalmente la Corte establece que el consentimiento al cual debe someterse el tratamiento de inseminación artificial es el fundamento de la filiación respecto del menor, en ese sentido, al no haber existido dicho consentimiento, quien fuera el padre le asiste el derecho de impugnar la paternidad.

La Corte no casó la sentencia por los argumentos anteriormente expuestos.

Frente al análisis y resumen que se realizó, cabe resaltar el precedente tan importante que encabezan las dos Cortes, dejando una guía para los lineamientos de la política pública de prevención y reconociendo que el consentimiento previo que se presta para llevar a cabo la IA es el medio por el cual nacen a la vida jurídica las obligaciones paternofiliales con el que está por nacer. Bajo esa misma premisa, será el consentimiento del que se ha hablado el cual deba impugnarse cuando existan serios indicios de que el hijo nacido fruto del

procedimiento, no haya sido concebido con el material genético de quien en principio lo aportó.

2.3.1 Concepto de filiación en Colombia

El concepto de filiación ha sido definido por la Corte Suprema de Justicia como el “Vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1999 – 0137, 1976, Pg. 12), como consecuencia de ello, se da origen al estado civil de una persona.

Frente lo anterior varios doctrinantes¹⁰ han coincidido con el mismo sentido de la definición aportada por la Corte Suprema de Justicia. Queda claro entonces, en otras palabras, que la filiación es el vínculo que se crea entre dos personas, por el hecho de la paternidad, que tiene como consecuencia generar derechos y obligaciones para ambas partes.

2.3.1 Clasificación de la filiación

A la luz del ordenamiento jurídico colombiano, se han establecido diferentes tipos de filiación, la misma Constitución Política establece que a pesar de que exista una diferencia

¹⁰ “Por esta se entiende la dependencia de unas personas respecto de otras por haber sido engendradas por ellas.” (Angarita, 1994). “la unión o vínculo entre el padre o la madre y el hijo, originado en la procreación, del cual dependen y se derivan derechos y obligaciones para unos y otros.” (Cañón, 1995 Pg. 335)

entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, los adoptados o los habidos por asistencia científica, todos deberán gozar de la misma igualdad de derechos. La aclaración a la que se refiere la Constitución responde a que previo a la Constituyente del 91, y la Ley 29 de 1982, los hijos no gozaban plenamente de igualdad de derechos. Así mismo, el Libro I del Código Civil, regula el régimen de las personas y por ende la filiación.

La filiación se subdivide en maternidad y paternidad. La primera corresponde en el vínculo jurídico que se establece entre la madre y el hijo, en tanto que la segunda a la relación entre el padre y el hijo. La maternidad se determina, en términos del artículo 335 del Código Civil, a partir del parto y la identidad del hijo. Esto es del hecho fehaciente de que una mujer dio a luz a un hijo y que ese hijo que dio a luz es el mismo que ella está criando, esto por considerarse que es susceptible de prueba directa. En cuanto a la paternidad se ha considerado que debe establecerse a partir de presunciones y existen cuatro formas de determinarla: Por la aplicación de la presunción *pater is est*, la legitimación, el reconocimiento y la acción de investigación de la paternidad, como se explica a continuación.

Conforme a lo anterior, la clasificación que se le ha dado a la filiación en el ordenamiento jurídico colombiano es la siguiente:

Filiación por la presunción pater is est.

Se entenderá que la filiación es matrimonial¹¹, cuando el hijo sea procreado dentro del matrimonio o durante la unión marital de hecho, de acuerdo con los artículos 213 y 214 del Código civil modificados por la Ley 1060 de 2006. Lo anterior, corresponde a la evolución del concepto de filiación y a la transformación de las bases del sistema en sí. El sistema jurídico colombiano, específicamente el artículo 214 del Código Civil, permite que se pruebe en contrario la paternidad sobre el hijo matrimonial, dentro de los 140 siguientes al conocimiento de que no se es el padre biológico del menor¹².

El legislador estableció que la impugnación podrá probarse mediante cualquier medio o prueba científica que demuestre la incompatibilidad genética entre el menor y el accionante.

Filiación extramatrimonial

En contraposición a la filiación matrimonial, como su nombre lo indica, este tipo de filiación hace referencia al vínculo que se crea con los hijos nacidos fuera del matrimonio o de la unión marital de hecho. El Código Civil, incorpora una disposición para “sanear la ilegitimidad”¹³ de los hijos extramatrimoniales, pues, en el artículo 238, dispone que “El matrimonio de los padres legitima también ipso iure a los que uno y otro hayan reconocido como hijos naturales de ambos, con los requisitos legales.” (Código Civil, 1887, Pg. 36)

¹¹ Antes legítima.

¹² En principio la acción de impugnación de paternidad estaría únicamente en cabeza del padre o compañero permanente, no obstante, la madre también puede impugnar la paternidad, junto con el hijo, herederos, ascendientes del padre o la madre. Arts 213 y ss. Código Civil.

¹³ La incorporación de la Ley 1060 de 2006 al sistema jurídico colombiano, eliminó la figura de la “ilegitimidad” de los hijos.

Al lado de la legitimación se encuentra el reconocimiento, que conforme a lo estipulado en la Ley 75 de 1968, el reconocimiento de los hijos “naturales”, puede hacerse:

- i. Con la firma de quien reconoce, en el acta de nacimiento del menor;
- ii. Por escritura pública;
- iii. Por testamento;
- iv. Por manifestación expresa frente a un juez.

El artículo 7° de la misma ley, establece que el juez de oficio ordenará la práctica de exámenes de ADN, en los cuáles debe acreditarse un índice de probabilidad superior al 99.9%.¹⁴ La impugnación del reconocimiento, seguirá los mismos presupuestos establecidos en el artículo 248 del Código Civil.

Filiación adoptiva

Frente a este tipo de filiación, se tiene que surge como una forma de protección a los menores, así mismo podría entenderse como una forma de satisfacer el derecho de quien no puede ser padre o madre de manera biológica, es entonces que por voluntad de los padres y en virtud de la Ley, que se permite este tipo de filiación. En tanto la adopción es irrevocable, no existe un procedimiento para la impugnación de esta.

Cuando en la adopción intervengan directamente los padres biológicos del menor, deberán brindar consentimiento para entregar a su hijo, dicho consentimiento deberá ser válido civilmente en los términos del artículo 66 del Código de la Infancia y Adolescencia

¹⁴ Esta prueba no es restrictiva, puesto que la Ley 721 de 2001, establece que frente a la imposibilidad de conseguir el material genético para la práctica de la prueba, se podrá recurrir a otros medio de prueba.

(CIA), así mismo, los padres biológicos cuentan con el término de un mes desde que hayan otorgado el consentimiento para revocar el mismo. Ahora bien, también establece el mismo artículo la prohibición de adoptar al que está por nacer, en ese mismo sentido también deberá entenderse que tiene objeto ilícito el contrato de adopción que incorpore dentro de si una contraprestación económica para los padres biológicos, lo anterior al tenor de los dispuesto en el artículo 74 del CIA.

En caso de abandono del menor, deberá realizarse la declaratoria de adoptabilidad, la cual está contemplada en el CIA y debe ser emitida por el Defensor de Familia para suplir el consentimiento que deberían dar los padres, para entregar en adopción al menor.

Filiación por fecundación asistida

Bajo el sistema jurídico colombiano no se encuentra un definición establecida por una norma correspondiente a la filiación por fecundación asistida, no obstante, para Jiménez (2005) la definición o lo que se pretende construir a partir de los elementos de esta, no es más que la respuesta a la necesidad de los vínculos paterno filiales que generen obligaciones y derechos frente a la Ley, puesto que, si bien, ya existen presupuestos para determinar los otros tipos de filiaciones es menester que el ordenamiento jurídico se adapte a las nuevas realidades para que esta pueda ser determinada.

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, sí se ha referido a la relación paternofilial que se deriva de la voluntad de una persona frente a la IA, frente a ello sostiene la Corte:

“[D]ado que en la procreación asistida heteróloga la filiación no se produce por la unión sexual de los miembros de la pareja, la determinación de la paternidad no depende de la verdad biológica, sino del consentimiento en la realización de la técnica reproductiva, el cual supone la voluntad de asumir la responsabilidad en la procreación y la misma progenitura, es decir, ejercer la función paterna con todas las obligaciones y derechos que ello implica.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2009-00585-01, 2017, Pg. 14 -15)

Al respecto, es importante evidenciar la posición de la Corte, frente a lo que implica el consentimiento y la exteriorización de la voluntad de quien se someta un tratamiento por TRA.

2.3.2 Formas para determinar la filiación

Las formas para determinar la filiación han sido establecidas por el ordenamiento jurídico colombiano, de la siguiente forma: legal, voluntaria o judicial.

La filiación será legal, cuando la misma ley disponga que por concurrir determinados hechos se constituye la filiación. Por ejemplo, el artículo 213 del Código Civil, que fue

modificado por el artículo 1º de la Ley 1060 de 2006, establece que “El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho, tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad.” (Ley 1060 de 2006, 2006)

En ese mismo orden de ideas, será judicial la filiación, en el escenario en que conforme al material probatorio genético aportado por la parte interesada, se declare mediante sentencia judicial la paternidad o maternidad que aún no se ha reconocido. Frente a ello, el artículo 1º de la Ley 721 de 2001, se mandó que “En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.” (Ley 721 de 2001, 2001)

Por último, la filiación será voluntaria, en palabras del Dr. Pedro Alejo Cañón Ramírez (1995, Pg. 340) “Cuando el reconocimiento expreso o tácito, tiene eficacia suficiente para establecer la filiación”, al respecto, el artículo 239 del Código Civil dispone lo siguiente “Fuera de los casos de los dos artículos anteriores, el matrimonio posterior no produce ipso iure la legitimidad de los hijos. Para que ella se produzca es necesario de los padres designen en el acto del matrimonio, o en escritura pública, los hijos a quienes confieren este beneficio ya estén vivos o muertos.” (Código Civil, 1887, Pg. 36)

De lo anterior, permitiendo encaminar dichas formas para determinar el vínculo paterno filial, al que llamamos filiación frente a las TRA, lo lógico, sería buscar la forma de

determinación que se acomode más a la técnica, con el fin de proteger de entrada los derechos de los que están por nacer y los que están por ser padres, lo cual se ha venido haciendo, por haber un vacío normativo frente al tema.

CAPÍTULO III

Derecho comparado

En el presente capítulo, se hará una comparación puntual sobre las leyes de España y Argentina, frente al desarrollo legislativo que se le ha dado a la implementación de las TRA en sus sistemas jurídicos, en la medida en que ambos cuentan con una legislación amplia y concreta sobre este tema específico. Lo anterior, con el fin de observar: 1. Las leyes que permiten expresamente la realización de los procedimientos y 2. La estructura del sistema de filiación a partir de la incorporación de los tratamientos en el sistema jurídico respectivo.

3.1 Legislación argentina frente a las técnicas de reproducción asistida

La Ley 26.862, sancionada el 5 de junio de 2013 y promulgada de hecho el 25 de junio de 2013, fue la ley que permitió el acceso gratuito a las TRA, en Buenos Aires, Argentina. Dicha ley, establece los parámetros bajo los cuales se dará acceso a los tratamientos¹⁵, de igual modo, asigna algunas funciones al Ministerio de Salud, entre ellas:

“a) Arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la presente; b) Publicar la lista de centros de referencia públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio

¹⁵ Los tratamientos son divididos entre alta y baja complejidad.

nacional con miras a facilitar el acceso de la población a las mismas” (Reproducción Medicamente Asistida, 2013).

De igual modo, establece que el Ministerio de Salud de la Nación es a quien corresponde establecer la asignación presupuestaria para los fines que ilustra la Ley.

A su vez, la mencionada Ley, fue reglamentada por el Decreto 956 de 2013 que recoge los mismos elementos de la ley e incluye la prohibición de lucrarse de la donación de gametos o comercializar los mismos.

Dentro del Código Civil y Comercial Argentino, se establece dentro del capítulo II correspondiente a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, lo siguiente: “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre” (Código civil y comercial Argentino, 2014). De lo anterior, puede entenderse que, para el caso de la maternidad subrogada, el sistema de filiación aún no es completo, por ello, una juez de familia de Lomas demandó la inconstitucionalidad del artículo (Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Juzgado de Familia 7, LZ-62420-201, 2015) pues dejaba por fuera el consentimiento de la mujer que prestó el vientre y el consentimiento de los padres para establecer la filiación con el niño que naciese fruto del alquiler.

3.2 Legislación española frente a las técnicas de reproducción asistida

Las TRA son reconocidas en España desde la década de los 70's, es por ello por lo que en 1988 se promulgó la Ley 35 del mismo año. La mencionada Ley integra aspectos importantísimos para la práctica en conjunto de las TRA, así mismo, ocupa del artículo séptimo al décimo, los efectos jurídicos frente a la filiación, punto que para el tema de estudio cobra gran relevancia.

Dentro de los puntos más destacados de los mencionados artículos resaltan: i. La imposibilidad de impugnar la paternidad si se ha prestado previo consentimiento para la realización de un tratamiento de infertilidad; ii. El anonimato del donante puede ser traspasado en algunos casos taxativos, no obstante, ello no supone que implique la determinación de la filiación con el hijo nacido de dicho donante; iii. La prohibición de determinar la filiación legal en el caso de que el material genético de un donante fallecido¹⁶ no haya estado dentro del útero de la mujer al momento de la muerte, sin embargo, la ley contempla que puede existir un consentimiento que conste por escritura pública o testamento otorgado por el donante en el cual se habilite a la mujer para usar el material genético dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento de quien aportó el material genético; iv. El consentimiento otorgado frente al uso de gametos puede ser revocado en cualquier momento, previo a la realización del procedimiento; v. Dispone que será nulo de pleno derecho el contrato en el que se convenga la gestación con o sin contraprestación económica, en el cual la mujer renuncie a la filiación materna a favor de quien suscriba el contrato o un tercero,

¹⁶ La Ley señala que el donante debe ser el marido de la mujer en la que se inserte el material genético.

añade que la filiación de los hijos nacidos bajo el alquiler de vientres será determinada por el parto.

Posteriormente, se modifica parcialmente la anterior Ley. La Ley 45/2003 de 21 de noviembre, se centró frente a puntos que coartaban la libertad de recoger ovocitos, pues, se limitó a tres el número de ovocitos permitidos por ciclo, lo cual dificultó la práctica de las TRA, lo cual impidió lograr mayor éxito en los tratamientos con menos riesgos para las mujeres. Cabe resaltar, que frente a las formas de filiación que se desprendieran de los tratamientos para tratar la infertilidad, no se realizaron cambios.

Finalmente, la última ley sobre reproducción asistida en España es la Ley 14/2006 del 26 de mayo se basó en las leyes anteriores e introdujo nuevos puntos, los cuales se centraron en:

- i. Subsanaó la limitación impuesta por la ley anterior;
- ii. Definió el concepto de preembrión;
- iii. Estableció que conforme a las disposiciones constitucionales se prohibía de manera expresa la clonación de seres humanos con fines reproductivos;
- iv. Reconoció que la ley no puede ser determinante, por lo tanto, permitió la inclusión de nuevas TRA conforme los avances científicos frente a la materia. Frente a la filiación, reconoce el derecho que le asiste a una pareja homoparental para reconocer el hijo nacido biológicamente, toda vez que se encuentren unidos en matrimonio. Al igual que las leyes anteriores, establece que la filiación será determinada por las leyes civiles.

Respecto de lo anterior, Jaime Vidal (2019) realiza un análisis y comparación de las normas, en el cual observa de cerca las leyes anteriormente mencionadas y sostiene, por ejemplo, frente a la invalidez de los contratos de maternidad subrogada lo siguiente:

“ [L]a jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene una posición más proclive al rechazo legal de los citados contratos, lo cual deberá sin embargo matizarse ante la orientación de las recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que abogan por una protección más efectiva de los derechos de los niños habidos a resultas de estas actuaciones que bordean en muchos casos la figura del fraude de ley.”

CAPÍTULO IV

Filiación por voluntad

Dentro de este capítulo, se propondrán las bases de un sistema de filiación que recoja los escenarios de cada una de las TRA, que han sido desarrolladas a lo largo de este trabajo. Lo anterior, tiene como fin, exponer al lector del presente trabajo, la imperante necesidad de que exista en efecto un sistema de filiación, que proteja tanto a los hijos nacidos por asistencia científica, como a los padres.

Si bien, el sistema de filiación en Colombia, como se ha explicado a lo largo de este trabajo, ya tiene unas bases sentadas en la genética¹⁷, resulta importante que se considere un sistema de filiación que integre dentro de sí las relaciones que surjan de los tratamientos que la ciencia ha desarrollado para tratar la infertilidad. El sistema de filiación que se desprenda de lo anterior deberá por supuesto estar fundado en los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 14 de la Constitución Política de Colombia) y la igualdad de los hijos procreados a través de la TRA en armonía con los principios y demás derechos que se tienen en cuenta para el sistema actualmente vigente. En ese mismo sentido, deberá incorporarse la determinación de la filiación y su impugnación a partir del consentimiento, más que a partir del ADN, especialmente en el caso en que se presentan IA, FIV y maternidad subrogada heterólogas.

¹⁷ Así, por ejemplo, en todos los procesos de investigación de la paternidad y de impugnación de la paternidad, se exige la práctica de la prueba genética. Art. 386 del C. G. de P.

4.1 Inseminación Artificial (IA) y Fecundación In Vitro (FIV)

Debe ponerse de presente, que, para estos dos tipos de filiación, las normas que están llamadas a ser aplicadas corresponden en gran parte a las mismas normas que fueron expuestas con anterioridad. La presunción de la concepción, junto con la filiación materna, imperan dentro de esta TRA, debido a que, como se explicó en el principio de este trabajo, dentro de la IA solo se necesita introducir mediante un instrumento médico el semen dentro de la vagina de la mujer para llegar al óvulo y que dentro del útero se produzca la fecundación, así como dentro de la FIV la fecundación será realizada en un laboratorio, para que luego el embrión sea implantado dentro de la cavidad uterina de la madre.

Ahora bien, a lo largo del presente trabajo también se hizo referencia a que tanto la IA como la FIV podía llevarse a cabo de manera homóloga y heteróloga, frente a esto, en el caso de la última, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1546 de 1998¹⁸, puesto que dentro de aquel se establece el anonimato del donante, lo cual impide que se cree una relación paterno filial con el menor que nazca en virtud del tratamiento, tal como la jurisprudencia que ya se analizó dentro de este trabajo lo ha establecido.

Es por ello, que la impugnación de la paternidad que surgiera dentro de este tipo de filiación deberá fundarse, no en la prueba de ADN¹⁹ que es el medio de prueba idóneo para

¹⁸ La identidad del donante es anónima, en ningún caso se establecerá una relación de filiación entre el niño que nazca con su material genético.

¹⁹ La prueba de ADN podría ser utilizada en los procedimientos en los cuales medie la IA homóloga.

la impugnación de la paternidad frente a la filiación matrimonial y extramatrimonial, sino que deberá probarse que el consentimiento que se prestó para el tratamiento estuvo viciado por error o fuerza, puesto que es el consentimiento lo que establecerá los vínculos jurídicos entre el menor y el padre o madre.

Como se está haciendo referencia a FIV, deben establecerse también las reglas para la FIV post mortem, para lo cual, resulta práctico, extraer de manera idéntica lo que dispone para ello la legislación española, la cual, permite el uso de esta práctica con la condición de que el material genético sea utilizado para la fecundación en el vientre de la madre dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento de quien fuera el padre.

4.2 Maternidad Subrogada o Alquiler de vientre

Para efectos de la maternidad subrogada o alquiler de vientre, la filiación adoptiva podría ser la forma de adquirir los vínculos paternofiliales. En ese sentido, la Ley 1098 de 2006 establece que la adopción es “un medio de protección a través de la cual, bajo suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paternofilial, entre personas que no la tienen por naturaleza” (Ley 1098 de 2006, 2006), lo que nos lleva a pensar que esta podría ser la forma de solucionar la problemática resultante de esta TRA” (Naranjo, 1997).

La anterior premisa se descarta por la disposición del artículo 66 de la misma Ley, en la cual se prohíbe el consentimiento previo de adopción del hijo que está por nacer, sin

embargo, se ha establecido que cuando el esposo o compañero permanente del padre biológico del menor desee adoptarlo, podrá hacerlo.

De ello, podríamos establecer que cuando en la maternidad subrogada medie el método de FIV heteróloga²⁰, bastaría con que el padre que no aportó el material genético adoptara al menor.

Lo anterior, nos lleva a pensar en la posible desprotección que sufriría una pareja que deba optar por la FIV heteróloga, en la cual ambos gametos no sean pertenecientes a quienes tienen la intención de ser padres. Frente a ello, podrían existir dos posibilidades, por un lado, modificar el artículo 66 del CIA, permitiendo la “adopción prenatal” en los casos en que medie la maternidad subrogada, o reconocer y establecer las pautas para el contrato de maternidad subrogada, en el cual se establezca dentro de sus efectos el nacimiento a la vida jurídica de las obligaciones alimentarias en virtud del vínculo que se creara por la voluntad de haber celebrado y ejecutado el contrato.

²⁰ Alguno de los gametos pertenece a uno de los padres.

CONCLUSIONES

De acuerdo con los objetivos de la monografía y junto con la hipótesis planteada para el desarrollo de la misma, se encuentra que, el sistema de filiación necesita que se incorpore dentro de sí una reglamentación específica para las relaciones paternofiliales que surjan con ocasión de la práctica de las TRA en el territorio colombiano, lo anterior, con el fin de brindar seguridad jurídica a los usuarios de las técnicas y a los niños que nazcan fruto de la voluntad de someterse a las mismas, pues, le corresponde al Estado colombiano propender por la protección de los derechos de sus habitantes, como lo son: la vida, la igualdad, la libertad de ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, entre otros.

Respecto de lo anterior, incluso se asegura que el legislador ha hecho caso omiso frente a la disposición del artículo 42 constitucional, pues, ha omitido legislar de lleno frente al tema, incluso cuando la disposición es clara y le ordena hacerlo, dejando así un vacío normativo que configura un escenario de desprotección que de ninguna manera debería existir.

Por otro lado, la expedición de la Ley 1953 de 2019 fue en efecto un gran avance para la incorporación normativa de las TRA al sistema jurídico, no obstante, no logra ser suficiente, puesto que lo que se necesita, para lograr la protección efectiva de los derechos de las partes que intervengan en los procedimientos, es una ley que regule la materia, que se sumerja de lleno en el estudio de posibilidades que abraza esta problemática, tal como se intentó hacer en los proyectos de ley que fueron mencionados en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Acuña, Laureano Augusto. Por medio del cual se reconoce la infertilidad como enfermedad y se establecen criterios para su cobertura médico asistencial por parte del Sistema de Salud del Estado. , Pub. L. No. Proyecto de Ley 109 de 2013, Gaceta 779/13 (2013).

Angarita, Jorge. (1994). *Lecciones de derecho civil* Personas y representación de incapaces. 4a ed. Bogotá D.C. Temis.

Benedetti, Armando Alberto. Por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones. , Pub. L. No. Proyecto de Ley 019 de 2018, Gaceta 543/18 (2018).

Benitez, Jaime. (1991). *Derechos de la Familia, el niño, el joven, la mujer y la tercera edad*. (pp. 2-6) [Derechos de la Familia, Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia].

Bernal, María Camila. (2015). *La filiación materna en el alquiler de vientre en Colombia*. Universidad de los Andes, Bogotá D.C, Colombia.

Cabrera, Álvaro. (2020, marzo 8). Louise Brown, la primera bebé probeta: “Es triste que la fecundación in vitro siga siendo un tema tabú”. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/elpais/2020/03/06/mamas_papas/1583486018_035212.html

Cañón, Pedro Alejo. (1995). *Derecho Civil Familia*. Santa Fé de Bogotá: Presencia LTDA.

Casado, M. (1997). Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho. *Papers. Revista De Sociologia*, 53, 37-44.

doi:<http://dx.doi.org/10.5565/rev/papers.1893>

CECOLFES. (2021). Recuperado de Centro Colombiano de Fertilidad Medicina Preventiva y Regenerativa website: <https://www.cecolfes.com>

Clopatofsky, Jairo Raúl. Por medio de la cual se reglamentan las técnicas de reproducción humana asistida, la investigación con células madre y se dictan otras disposiciones. , Pub. L. No. Proyecto de Ley 172 de 2006, Gaceta 512/06 (2006).

Código Civil. , Pub. L. No. Ley 57 de 1887, Diario Oficial No. 7.019 (1887).

Código civil y comercial Argentino. , Pub. L. No. Ley 26.994 (2014).

Constitución Política de Colombia. , (1886).

Constitución Política de Colombia. , Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991 § Título II. Capítulo II. Artículo 42 (1991).

Corte Constitucional Colombiana, Sala plena (07 de diciembre de 1995) Sentencia No. C-591/95. [MP Jorge Arango Mejía]

Corte Constitucional Colombiana, Sala de Revisión (20 de febrero de 2020) Sentencia No. SU-074/20. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (12 de enero de 1976) Número de expediente 1999 – 0137. G.J. T. CLII 2393[MP Humberto Murcia]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (28 de febrero de 2013) Número de Expediente No. 2006-00537-01 [MP Arturo Solarte Rodríguez]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (10 de mayo de 2017) SC6359-2017 [MP Ariel Salazar Ramirez]

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica.* , (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2012).

Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Juzgado de Familia 7 (30 de diciembre de 2015) LZ-62420-2015 [MP Maria Silvia Villaverde]

Duque, Luis Fernando. Por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones. , Pub. L. No. Proyecto de Ley 88 de 2017, Gaceta 713/17 (2017).

Flores, Lucerito. (2007). Reflexión ético jurídica sobre las técnicas de reproducción asistida.

IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, ISSN: 1870-2147, núm. 20, 2007, pp. 97-113. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222932006.pdf>

Gafo, Javier. (1993). *10 palabras clave en bioética*. España: Estella, Navarra : Verbo Divino.

Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=95003>

Garcés, M. T. (1991). *Proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia*

No. 13. Ampliación de la democracia. (pp. 10-19) [Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia].

Guerra, María del Rosario. Por medio del cual se prohíbe la práctica de alquiler de vientres en Colombia por ser una categoría de trata de personas y una explotación de la mujer con fines reproductivos. , Pub. L. No. Proyecto de Ley 026 de 2016, Gaceta 554/16 (2016).

Guerra, María del Rosario. Por medio del cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y una explotación de la mujer con fines reproductivos. , Pub. L. No. Proyecto de Ley 202 de 2016, Gaceta 086/16 (2016).

Guerra, María del Rosario. Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica. , Pub. L. No. Proyecto de Ley 186 de 2017, Gaceta 1025/17 (2017).

Guerra, María del Rosario. Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos. , Pub. L. No. Proyecto de Ley 70 de 2018, Gaceta 576/18 (2018).

Jímenez, María Jesús. (2005). El Debilitamiento de los Efectos de la Filiación. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, ISSN 0212-8217, N° 8, 2005, págs. 395-418

Kushner, Luis. (2010). La fertilización in vitro: Beneficios, riesgos y futuro. *Revista científica ciencia médica*, ISSN: 1817-7433, vol. 13, núm. 2, diciembre, 2010, pp. 77-80, Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/4260/426041221006.pdf>.

Ley 721 de 2001. , Pub. L. No. Ley 721 de 2001, Diario Oficial No 44.661 (2001).

Ley 1060 de 2006. , Pub. L. No. Ley 1060 de 2006, § Artículo 1, Diario Oficial No. 46.341 (2006).

Ley 1098 de 2006. , Diario Oficial No. 46.446 § Artículo 61 (2006).

Ley 1751 de 2015. , Pub. L. No. Ley 1751 de 2015, Diario Oficial No. 49.427 (2015).

Méndez, Victor. (2006). Las relaciones entre la bioética y el derecho. *Publicación Trimestral del Máster en Bioética y Derecho. Revista de Bioética y Derecho*, 1-2. Recuperado de http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/11420/3/Mendez_Bioetica_Derecho.pdf

Monterrosa, Álvaro. (1990). Técnicas de Reproducción Asistida. *Revista Colombiana de obstetricia y ginecología, XLI*. ISSN 0034 – 7434, Vol. 41 Núm. 4 (1990): Octubre-Diciembre 1990 Recuperado de <https://revista.fecolsog.org/index.php/rcog/article/view/976/1121>

Montes, Germán. (2004). Bioética y Tecnicas de Reproducción asistida. *Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*. ISSN 1409-1259, vol.12 n.1 San José Sep. 2004 Recuperado de https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-12592004000100008

Morales, Jorge Ignacio. Por medio del cual se reglamenta en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones. , Pub. L. No. Proyecto de Ley 196 de 2008, Gaceta 771/08 (2008).

Morales, Jorge Ignacio. Por medio del cual se establecen procedimientos para permitir en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva en desarrollo de las técnicas de

reproducción asistida y se dictan otras disposiciones. , Pub. L. No. Proyecto de Ley 037 de 2009, Gaceta 609/09 (2009).

Naranjo, Gloria Patricia. (1997). *La ley colombiana ante la reproducción asistida*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, ISSN 0120-3886, N°. 98, 1997, págs. 103-116
Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5617409>

Rbich, W. T. (1978). *Encyclopedia of bioethics*. New York, USA.: Thomson Gale.

Reproducción Medicamente Asistida. , Ley 26.862 § (2013).

Rosero Ceballos, Jhon. (2018). *Naturaleza jurídica del alquiler de vientre: Impacto y consecuencias en el ámbito del derecho laboral* (Pontificia Universidad Javeriana). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C, Colombia. Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/38941/Carta%20de%20autorizacion.pdf?sequence=2&isAllowed=n>

Salinas, Carlos. (2013). Los concordatos celebrados entre la Santa Sede y los países latinoamericanos durante el siglo XIX. *Revista de Estudios Historico-Jurídicos*. ISSN 0716-5455, 2013, n.35, pp.215-254. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rehj/n35/a08.pdf>

Sánchez, Patricia., Martínez, Nerea., & Fernández, Eloisa. (2017). Fecundación in vitro postmortem. *Cultura de los Cuidados*. No 50. Pgs. 171 – 179. Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/75355/1/CultCuid_50_16.pdf

Santamaría, Luis. (2000a). *Aspectos bioéticos de la reproducción asistida*. Recuperado de <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>

Santamaría, Luis. (2000b). *Aspectos bioéticos de la reproducción asistida*. Recuperado de <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>

Serrano, Luis. Por la cual se regula el contrato de técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones. , Pub. L. No. Proyecto de ley 046 de 2003, Gaceta 380/03 (2003).

Suárez, Roberto. (1998). *Derecho de familia* (Séptima edición, Vol. 1). Santa Fé de Bogotá: Temis.

Vidal, J. (2019). Acerca de la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386 – 4567, No 10 Bis, Pgs. 478-513.