



Técnicas de Reproducción Humana Asistidas: La regulación del deseo

LAURA VALERIA ISABEL PARDO HERRERA

Director

CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GARCÍA, Mg

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogado

Pregrado en Derecho

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Pontificia Bolivariana

Medellín

(2023)

Declaración de originalidad

Fecha: 29 de mayo de 2023

Nombre del estudiante: Laura Valeria Isabel Pardo Herrera

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.

Laura Pardo

Firma del estudiante:

Técnicas de Reproducción Humana Asistidas: La regulación del deseo

Assisted Reproductive Techniques: The regulation of desire

Sumario

1. Técnicas de Reproducción Humana Asistidas en el Ordenamiento Jurídico colombiano
 - 1.1 Antecedentes de fallos de la Corte Constitucional
 2. Tensiones en torno a la vigencia de ciertas disposiciones del Decreto 1260 de 1970 y del Código Civil entorno a las TRHA
 - 2.1 Tensiones entre la Ley 2244 de 2022 y el Decreto 1260 de 1970
 3. Bioética en el uso de las TRHA
 - 3.1 Medicina del deseo
 - 3.2 Implicaciones bioéticas del uso de las TRHA
- Conclusiones
- Referencias

Resumen

Esta investigación analiza la regulación que le asiste a las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas en Colombia a la luz de las sentencias de revisión de tutela y de constitucionalidad de la Corte Constitucional. Estas tecnociencias encuentran su fundamento en el artículo 42 de la Constitución, que permite la concepción de hijos mediante el uso de tecnologías científicas. En los últimos años se ha incrementado su regulación mediante la promulgación de nuevas leyes, que no terminan siendo suficientes para enfrentarse a los avances actuales y retos bioéticos que la aplicación de tales técnicas genera. En este contexto, se pretende

analizar: ¿Cuáles son las implicaciones de la exigencia de la Corte Constitucional al Congreso de regular Técnicas de Reproducción Humana Asistidas (TRHA)?

Palabras claves: Bioética, Manipulación embrionaria, tecnociencias, derecho de familia, genética humana.

Abstract

This research analyzes the regulation of Assisted Human Reproduction Techniques in Colombia in light of the tutela and constitutionality review rulings of the Constitutional Court. These technosciences are based on Article 42 of the Constitution, which allows the conception of children through the use of scientific technologies. In recent years, their regulation has been increased through the promulgation of new laws, which do not end up being sufficient to face the current advances and bioethical challenges that the application of such techniques generates. In this context, we intend to analyze: What are the implications of the Constitutional Court's requirement to Congress to regulate Assisted Reproductive Techniques (ART)?

Key words: Bioethics, embryo manipulation, technosciences, family law, human genetics.

Introducción

La ciencia médica avanza a pasos agigantados en relación con el Derecho y cuenta con una considerable ventaja debido al amplio margen de acción que tiene por la ausencia de límites legales. Una de las áreas donde la ciencia médica ha avanzado exponencialmente es con relación a las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas, en las cuales se tiene como principal objetivo hacer efectiva la procreación en aquellos casos de personas que tienen limitantes biológicas para tener hijos. En este contexto surgen inconvenientes bioéticos relacionados con la manipulación embrionaria con distintos fines cuestionables como la selección del sexo o la muerte deliberada y discriminatoria de los embriones sobrantes.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida son métodos científicos que tienen como propósito permitir el embarazo en aquellas personas que tienen limitantes biológicas para concebir. Numerosos autores han escrito acerca de las consecuencias de la regulación de estos métodos tanto para los progenitores, como para los seres por nacer. Autores como el doctor Carlos Gómez ha ahondado en los retos bioéticos que supone el uso de las Técnicas de Reproducción Humana, e insiste en la pugna que existe entre la moral y el derecho en este tema en particular.

Esta investigación está relacionada con el aspecto del inicio de la existencia natural y jurídica del ser humano, regulada en el título II del Código Civil colombiano, tema de gran importancia para el derecho privado y para el Ordenamiento Jurídico en general. Lo anterior debido a que, con el inicio de la existencia de las personas, principian los derechos y los atributos de la personalidad que les asisten a estas. Este análisis dogmático y socio-jurídico no dará como resultado un proyecto de ley, así como tampoco propondrá una solución para la problemática en torno a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Colombia. Se centrará en realizar un análisis jurídico de la regulación vigente y un análisis bioético de las TRHA, mediante el cual se pretende generar un impacto social especialmente a las familias.

El objetivo general que le asiste a la misma es analizar críticamente la actual regulación, identificando sus deficiencias en términos de garantizar los derechos de los nasciturus, en la medida que opta por asegurar los derechos sexuales de las mujeres y su autodeterminación reproductiva. Este objetivo se pretende desarrollar a través de tres objetivos específicos:

1. Establecer la concordancia entre las Técnicas de Reproducción Humana y el Ordenamiento Jurídico colombiano mediante un análisis exhaustivo de las disposiciones normativas vigentes.
2. Analizar la regulación colombiana sobre Técnicas de Reproducción Humana, evaluando los desafíos relacionados con la vigencia del Decreto 1260 de 1970 y el Código Civil.
3. Identificar y examinar las consecuencias negativas para los nasciturus debido a la falta de una regulación sólida y garantista en su favor, analizando las posibles afectaciones a sus derechos.

Metodología

Esta investigación se desarrolló aplicando el método dogmático estableciendo la concordancia entre las Técnicas de Reproducción Humanas y el Ordenamiento Jurídico colombiano, a través del análisis documental de las leyes, la jurisprudencia y decretos reglamentarios. A su vez, se aplicó el método socio-jurídico con el objetivo de identificar las afectaciones que se producen a los nasciturus como consecuencia de la ausencia de una regulación garantista a favor de ellos.

1. Técnicas de Reproducción Humana Asistidas en el Ordenamiento Jurídico colombiano

Las Técnicas de reproducción humana asistidas son el “conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana (...)” (Santamaría, 2000, p. 1). Otra definición es la del Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida:

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 criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado [SIC]. (Zegers-Hochschild et al., 2010, p.10)

Estas Técnicas de Reproducción Humana cuentan con una regulación en el Ordenamiento Jurídico colombiano, la cual se basa en fuentes normativas que tienen el rango legal, así como de decretos reglamentarios y jurisprudencia de la Corte Constitucional. Realizando un acercamiento a un estudio de tales fuentes jurídicas de las TRHA, es posible hallar un fundamento en la Constitución, puesto que el establecimiento de límites en cuanto a las TRHA tiene incidencia en la definición misma de familia como “el núcleo fundamental de la sociedad”, consagrada en el artículo 42 de la Constitución Nacional. Adicionalmente, en la sentencia T-968 de 2009 la Corte indicó al referirse a la maternidad subrogada que:

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud

del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes. (Corte Constitucional, Sentencia T-968 de 2009, párr. 5)

En materia de leyes, está la Ley 1953 de 2019, en la cual se establece una política pública de infertilidad por parte del Gobierno Nacional con el propósito de garantizar el ejercicio de las garantías sexuales y reproductivas y su protección a través del sistema de seguridad social en salud. Asimismo, la Corte indicó a través de la sentencia de constitucionalidad C-093 de 2018, que la Ley 1953 de 2019 constituye una habilitación al Gobierno para que reglamente los parámetros necesarios con el fin de garantizar la prestación de las terapias de reproducción asistida con cargo a los recursos públicos. Esta ley a su vez fue reglamentada por la Resolución 228 de 2020.

Esta Ley definió las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como aquellos “tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo” (Ley 1953 de 2019, artículo 2).

Ahora bien, adentrándonos un poco en el tratamiento que se le ha dado al tema en el Ordenamiento Jurídico a través del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, debemos observar los siguientes aspectos:

1.1 Antecedentes de fallos de la Corte Constitucional:

La Corte Constitucional en sus primeras decisiones se pronunció unificadamente sobre la materia, como se evidencia en los fallos de tutela T-1104 de 2000; T-946 de 2002; T- 689 de 2001 y T-512 de 2003. En estas sentencias la Corte se decantaba por negar que las TRHA hicieran parte del Plan Obligatorio de Salud; y que estas no se consideraban un derecho fundamental autónomo, sino que solo se le reconocía la protección si estaba en conexidad con la vida. El fundamento de las

decisiones de la Corte eran los principios de solidaridad, eficiencia, universalidad que rige el sistema de seguridad social en Colombia.

La negativa de la Corte Constitucional, de acuerdo con la sentencia T-009 de 2014, podría resumirse de la siguiente manera:

i). La infertilidad esta por fuera de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud y la no inclusión hace parte de la libertad de configuración del legislador ii). El derecho a ser madre y la maternidad asistida tienen límites razonables, justificados constitucionalmente y iii). El Estado no está obligado a apoyar y sufragar procedimientos científicos especiales, incluyéndolos en el Plan Obligatorio de Salud, para garantizar la procreación y suplir la infertilidad. (Corte Constitucional citada en Cañaverall & Orozco, 2015, p. 7)

Además de lo anterior, dentro de su argumentación se encontraba el principio de sostenibilidad financiera del sistema de salud enunciando que: “(...) los altos costos de los procedimientos ponen en riesgo de inestabilidad financiera al sistema” (Cañaverall-Londoño C & Orozco, 2015, p. 6) como una forma de justificar la negación de la aplicación de estos procedimientos.

No obstante, en esa misma oportunidad, la Corte Constitucional determinó que se podría conceder el acceso a los tratamientos de la infertilidad vía tutela en los siguientes eventos:

(a) Cuando el tratamiento de fertilidad fue iniciado y es posteriormente suspendido por la EPS sin mediar concepto médico o científico que justifique tal proceder; (b) cuando se requiere la práctica de exámenes, para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad; (c) cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que sí ponga en riesgo reales derechos fundamentales de la paciente, como la vida, la integridad y la salud (Corte Constitucional, Sentencia T-009 de 2014, párr. 1).

A medida que la Corte se fue decantando por reconocer el derecho a la salud como derecho autónomo, se encaminó a su vez por desarrollar el derecho a la

maternidad, lo cual implica que el Estado no interferirá con la decisión de una mujer de ser madre. De esta forma, comienza a reconocer el derecho a procrear como una extensión de los derechos reproductivos.

Adicionalmente, encontramos en el ordenamiento jurídico reiteradas sentencias en las que la Corte exhorta al Congreso a regular integralmente la materia. Entre ellas tenemos: la sentencia T-968 de 2009, T-528 de 2014, la T-274 de 2015 y la T-275 de 2022 en la cual la Corte exige al Congreso que regule integralmente la materia de las TRHA.

En la parte resolutive de la sentencia T-274 de 2015, la Corte Constitucional exige al Congreso que “(...) inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya (...) la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas”. Esta decisión constituye una modificación trascendental en la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto de los derechos sexuales y reproductivos y las TRHA, pues es a través de esta sentencia que “la Corte protege los derechos de los solicitantes y fija reglas para garantizar su derecho” (Pabón, Upegui, Archila y Otero, 2017, p. 2).

La Corte Constitucional en sentencia de unificación SU074 del año 2020 establece derecho a la financiación excepcional y parcial de tratamientos de reproducción humana asistida de alta complejidad -fertilización in vitro- con cargo a recursos públicos, para lo cual es necesario cumplir con los requisitos de la Ley 1953 de 2019. Para llegar a esta conclusión, la Corte se sustentó en la autodeterminación reproductiva de las mujeres que incluye “el acceso a los servicios de salud reproductiva” el cual según la Corte Constitucional incluye “el acceso a la tecnología científica para superar la infertilidad y procrear hijos”. (Corte Constitucional, Sentencia SU074 de 2020, p. 2)

Asimismo, está la decisión T-357 de 2022, en la cual decide la Corte el destino de un embrión fecundado por una pareja que celebró un contrato con un centro de TRHA para llevar a cabo el procedimiento de fecundación in vitro, pero

que posteriormente finalizó la relación sentimental entre la pareja. En el consentimiento informado de vitrificación de embriones, se pactó que en caso de desacuerdos o de finalización de la relación, el destino de los embriones estaría en cabeza de la accionante. Sin embargo, en el momento en que la accionante solicitó que se siguiera adelante con el procedimiento, el accionado se opuso, debido a que él ya tenía una nueva familia. En esta ocasión, después de un análisis jurídico, la Corte concluyó que la Clínica, el médico y el accionado violaron el derecho de la accionante a la autodeterminación reproductiva.

Con base en el panorama presentado es posible identificar el tratamiento que la Corte Constitucional le ha dado al tema a través de reiteradas sentencias, lo cual se traduce en últimas en la constitución de un precedente judicial creado por esta. En el siguiente capítulo se analizarán las repercusiones de tal precedente en el Ordenamiento Jurídico colombiano.

2. Tensiones en torno a la vigencia de ciertas disposiciones del Decreto 1260 de 1970 y del Código Civil entorno a las TRHA

A propósito del estudio de las fuentes jurídicas de la materia, es preciso mencionar aspectos sobre la filiación las cuales se encuentran en: (i) el artículo 42 de la Constitución Política, (ii) las disposiciones del Libro I del Código Civil que regulan el régimen de las personas y, (iii) el Decreto 1260 de 1970 o Estatuto de Registro del Estado Civil de las personas.

A raíz del precedente que está implementando la Corte Constitucional basado en el artículo 42 de la Constitución Política y la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se generan tensiones en cuanto a la vigencia de ciertas disposiciones del Libro I del Código Civil y el Decreto 1260 de 1970.

El artículo 42 de la Constitución Nacional dispone lo siguiente:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. (...) Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. **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. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. (...) La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. (Constitución Política de Colombia, artículo 42) (negritas fuera de texto original)

El anterior artículo, junto con el panorama desarrollado por la Corte Constitucional enunciado en el capítulo anterior, constituyen una permisión para la legalidad del uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el territorio colombiano. No obstante, se plantea el interrogante de si estas fuentes normativas terminan por afectar la vigencia de las siguientes disposiciones del Libro I del Código Civil y el Estatuto de Registro del Estado Civil de las personas como se expondrá a continuación.

El artículo 335 del Código Civil, por otro lado, consagra la posibilidad de impugnar la maternidad en los siguientes términos:

La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada, probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero. Tienen el derecho de impugnarla:

1. El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo.
2. Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo, para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya.
3. **La verdadera madre** podrá pedir alimentos al hijo. (Código Civil, artículo 335) (negrillas fuera de texto)

Esta disposición normativa materialmente queda derogada tácitamente o a lo sumo modificada, por las reiteradas decisiones de la Corte Constitucional mediante las cuales se establece un cambio en lo que ha de entenderse por maternidad. El artículo citado distingue la maternidad con el calificativo de *verdadera*, por lo que es posible inferir que el Legislador se refiere a la madre biológica. “El Derecho civil colombiano, en lo que a la filiación respecta, se fundamenta en un hecho biológico y la legitimidad o ilegitimidad de un niño depende del matrimonio de la madre” (Naranjo, 1997, p. 5).

Sin embargo, para la Corte, “madre es aquella que asume una actitud racional, el querer ser y decide apropiarse de dicho rol” (Corte Constitucional,

Sentencia T-339 de 1994, p. 10), además afirma que “[p]or maternidad, pues, se entiende el acto de ser madre, y dicho acto supone una volición, es decir, un querer ser, y una manifestación externa de ese querer”. (Corte Constitucional, Sentencia T-339 de 1994, p. 10)

Otra disposición implicada con este tema es el artículo 213 del Código Civil el cual dispone por su parte, la impugnación de paternidad en los siguientes términos: “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” (Código Civil, artículo 213). Así las cosas, para el Legislador padre era aquel que engendraba y la paternidad no estaba sujeta a la voluntad de procrear.

Además, es posible que además se afecte la vigencia del artículo 218 del Código Civil que dispone que:

El juez competente que adelante el proceso de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad, de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al **presunto padre biológico o la presunta madre biológica**, con el fin de ser declarado en la misma actuación procesal la paternidad o la maternidad, **en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre**. (Código Civil, artículo 218) (negritas fuera de texto)

Lo anterior en la medida que, también se reitera en la distinción de madre o padre biológico y la posibilidad de declarar la filiación a través de un proceso judicial con el fin de darle una protección legal a los derechos de los menores a tener “una verdadera identidad”, prerrogativas que terminan por verse afectadas con el uso de las TRHA, debido a que lo relativo al registro de la identidad de los donantes de espermatozoides u óvulos constituye otra cuestión respecto a la cual la regulación actual se torna insuficiente para suplir el vacío normativo.

Este panorama legal está intrínsecamente relacionado con los términos legales de la filiación. En medio de estos cambios –que pueden resultar cuestionables– es imperante la necesidad de proteger la vida del que está por nacer (Código Civil, artículo 91), sobre todo “teniendo en cuenta que respecto de los contratos de maternidad subrogada debe existir un alto grado de intervención estatal, por cuanto en este existe una afectación directa sobre la dignidad humana”. (Sentencia C-602 de 2019 citada en Sentencia 275 de 2022)

En medio de este panorama de afectaciones en la vigencia de las disposiciones mencionadas anteriormente, es menester mencionar la tendencia actual, respaldada en la normatividad vigente en la existencia de familias con diversidad parental, donde pueden conformarse con un solo padre; una sola madre; familias homoparentales, entre otras. “Esta diversidad de parentalidades hace que actualmente se hable de monoparentalidad en los casos en que mujeres u hombres desean, de forma individual, convertirse en madres o padres” (Cárdenas et al., 2015, p. 12)

Sin embargo, a pesar de la existencia de diversos tipos de familias, la legislación colombiana reconoce únicamente a dos padres. De esta manera, en Colombia se mantiene el enfoque de la bilateralidad parental, ya que el Código Civil establece la filiación basada en el vínculo biológico y la participación de ambos padres: la madre es reconocida como tal por dar a luz (según el artículo 335) y el padre por su papel en la concepción (según el artículo 213). (Cárdenas et al., 2015, p. 10)

Teniendo en cuenta el panorama, es posible identificar que, la tendencia será el escenario donde van a existir legalmente más de dos padres (en el contexto de las Técnicas de Reproducción Humana y la maternidad subrogada), pues “[l]as TRHA, al igual que ocurrió con la adopción, están cuestionando la bilateralidad parental debido a la intervención de donantes o gestantes subrogadas en el proyecto parental” (Cárdenas et al., 2015, p. 9) y al final “[e]sta situación está dando

origen a una diversidad parental que reconoce diversas formas de parentesco y de organización familiar” (Cárdenas et al., 2015, p. 9).

En estas novedosas prácticas es posible evidenciar el cambio que se ha estado produciendo en los valores fundamentales de la familia como núcleo de la sociedad.

2.1 Tensiones entre la Ley 2244 de 2022 y el Decreto 1260 de 1970

El análisis realizado se puede replicar a la luz de las dificultades de vigencias que genera las sentencias de la Corte Constitucional y la Ley 2244 de 2022 respecto de ciertas disposiciones del Decreto 1260 de 1970.

En primera medida, es menester mencionar que, el Decreto 1260 obliga al personal de salud a realizar el certificado de nacido vivo con los datos de la madre biológica, en los términos del artículo 49:

El nacimiento se acreditará ante el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil mediante certificado del médico o enfermera que haya asistido a la **madre en el parto**, y en defecto de aquel, con declaración juramentada de dos testigos hábiles. (Decreto 1260 de 1970, artículo 49) (negrillas fuera de texto)

Este margen dejaría por fuera a las mujeres que celebran contratos con el ánimo de subrogar la maternidad. Además de lo anterior, también terminaría por afectar a los médicos y enfermeras implicados en el registro de un bebé fruto de la maternidad subrogada o Técnicas de Reproducción Humanas, debido a que, el Estatuto de Registro del Estado Civil de las Personas consagra falsedad en documento público por la omisión de realizar el certificado de nacido vivo del recién nacido con los datos de los padres biológicos (Decreto 1260 de 1970, artículo 33). De esta manera, se presenta una dificultad en el que se somete a la totalidad de las personas que practican las TRHA al régimen penal, o por su parte, nos encontramos en un escenario donde estas disposiciones se encuentran modificadas o derogadas tácitamente por el precedente de la Corte Constitucional.

Asimismo, a partir de la lectura del artículo 60 del Decreto 1260 de 1970, se puede inferir que este hace referencia exclusivamente a la maternidad biológica cuando existan dudas sobre la filiación. El artículo establece que la paternidad o maternidad natural puede ser legalmente establecida mediante una decisión judicial definitiva para su modificación; sin embargo, es importante destacar que el artículo no menciona explícitamente la maternidad subrogada o las Técnicas de Reproducción Humana. Por lo tanto, se podría afirmar que, es posible que este apartado tenga afectaciones de vigencia, debido a su contrariedad con la Constitución que es una fuente de superior jerarquía.

En el mismo sentido, es posible mencionar la Ley 2244 del 2022 la cual regula lo atinente al reconocimiento de derechos a la mujer al momento del parto y posparto, así como derechos del recién nacido y del padre. Esta ley regula el nacimiento y situaciones tales como el derecho del recién nacido a tener contacto con su madre y a ser “inscrito en el Registro Civil de Nacimiento” (Ley 2244 de 2022, artículo 7, numeral 2). Por lo cual, se genera una tensión entre la mencionada ley con el Estatuto de Registro del Estado Civil debido a que surge la interrogante de si esta nueva ley derogó tácitamente el estatuto en lo relativo al deber de realizar el registro del recién nacido con los datos de la madre biológica.

Como se evidencia en el panorama presentado en los capítulos precedentes, no es posible afirmar que existe un vacío normativo absoluto entorno a las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas en el Ordenamiento Jurídico colombiano, puesto que existen numerosas fuentes de todas las jerarquías que la regulan. No obstante, esta regulación tiende a quedarse insuficiente debido a que continúa requiriéndose una legislación integral que, trate demás temas relacionados con las TRHA que actualmente no encuentran respuesta en la ley, tales como la selección eugenésica, así como:

(i) «la donación de óvulos»; *(ii)* «la congelación de embriones sobrantes»; *(iii)* «la filiación legal que resulta de la utilización de embriones después de la muerte de los

padres»; (iv) «la inexistencia de limitaciones o protocolos para la implantación de óvulos fecundados en vientres distintos de las madres biológicas, lo que es conocido también como “maternidad subrogada” o “maternidad sustituta”»; (v) «lo relativo al registro de la identidad de los donantes de espermatozoides u óvulos»; (vi) «el número de descendientes de cada donante», y (vii) «la obligatoriedad en que estarían las entidades promotoras de salud de conseguir óvulos cuando quien solicita la fecundación in vitro no los produce; y, la posibilidad de comercio de óvulos», entre otros. (Sentencia T-316 de 2018 citada en Sentencia T-275 de 2022)

En este sentido, terminan siendo los jueces de tutela, mediante sus providencias, los llamados a resolver los casos concretos, generando que, las reglas jurídicas usadas en la motivación de sus providencias no puedan ser extensibles a la generalidad, debido al vacío normativo que persiste. (Corte Constitucional, Sentencia T-275 de 2022)

Asimismo, continúa siendo imperiosa la necesidad de establecer mayores garantías para los nasciturus y que se materialicen leyes tendientes a proteger los derechos de los seres por nacer, con el fin de evitar la cosificación de embriones, y la mercantilización de los nasciturus y de los cuerpos de las mujeres (en el caso de la maternidad subrogada), cuestiones bioéticas que se profundizarán en el siguiente capítulo.

3. Bioética en el uso de las TRHA

El anhelo por tener descendencia ha llegado al punto de considerarse un derecho por parte de la regulación internacional y la Corte Constitucional. Al respecto se generan innumerables inconvenientes jurídicos y éticos, puesto que el bebé es cosificado y usado como medio de satisfacción de la voluntad de una pareja de procrear.

3.1 Medicina del deseo

En este punto, es menester hacer una mención de la medicina de la conveniencia o medicina del deseo, la cual "(...) pretende dar satisfacción a los deseos y fantasías de individuos mediante la aplicación de las prácticas biomédicas" (Escobar, 2007, p. 44). La medicina del deseo, a su vez,

(...) se construye la definición de salud y la calificación en términos de terapia de un tratamiento técnico, a partir de las expectativas y esperanzas del paciente mismo, y no desde la consideración objetiva de la eficacia en términos de curación de la enfermedad. (Sartea, 2016, p. 2)

Esta situación se agrava debido a la posibilidad de que la autonomía individual, si se interpreta de manera incorrecta, pueda satisfacer deseos inconscientes y artificiales en lugar de atender necesidades genuinas y naturales (Escobar, 2007, p. 13).

La cultura moderna y postmoderna ha intentado reconstruir sobre fundamentos subjetivos todo el mundo humano, incluso el derecho y la medicina: hasta llegar a hacer coincidir la función de las respectivas profesiones con la satisfacción de las expectativas y de los deseos de los sujetos involucrados. (Sartea, 2016, p. 1)

Según el galardonado con el premio Nobel de medicina, el doctor Edward citado por Sarrea, la eficacia de la terapia de TRHA no se mide por su objetiva actitud curativa, en la medida que:

las personas no salen de su condición de esterilidad sino permanecen en ella, así que si desean tener otro hijo deberán volver a las técnicas), sino por el logro del resultado final (niños sanos y capaces de reproducirse de forma natural), y en la “alegría” que ello en todo caso produce. (Sarrea, 2016, p. 2)

En estos términos, es posible debatir la posición mayoritaria que afirma que la infertilidad es una enfermedad. Así las cosas, las Técnicas de Reproducción Humana, más que ser un tratamiento curativo, se constituyen como un medio para satisfacer una necesidad o deseo consistente en tener hijos o descendencia.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha tenido como base del establecimiento del ‘derecho a los hijos’ la base que la infertilidad es una enfermedad, a lo sumo psicológica. En este punto, es posible criticar esta situación por las implicaciones bioéticas que implica ese entendimiento para las criaturas que están por nacer.

Lo anterior, debido a que la regulación colombiana, siguiendo los pasos de la medicina del deseo, le está concediendo protección a los deseos de las personas, más que a las necesidades físicas relacionadas con la salud de estas. “La aplicación concreta de las técnicas de reproducción asistida en seres humanos reduce el embrión a objeto de poder y de satisfacción del deseo de otros”. (Gómez, 2008, p. 3)

3.2 Implicaciones bioéticas del uso de las TRHA

Por su parte, la sentencia T-968 de 2009 presenta otros escenarios que pueden surgir en el panorama de inexistencia de una regulación que no es integral:

[l]a doctrina [...] ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un

acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas. (Corte Constitucional, Sentencia T-968 de 2009, p. 68)

En este panorama se identifica la imperiosa necesidad del establecimiento de límites éticos en el ejercicio de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas. Una cuestión implícita en estas tecnologías es la manipulación de los embriones humanos y los abusos en los que incurren los centros de reproducción humana asistida ante la ausencia de límites para estas entidades en el ejercicio de las TRHA.

En este contexto el médico Carlos Gómez Fajardo afirma que “se causa de modo deliberado la muerte de los embriones humanos” (Gómez, 2008, p. 1) y cuestiona que las TRHA:

(...) son apenas métodos de selección eugenésica mediante los cuales se ha permitido vivir a algunos, aquellos a quienes se estima 'deseables' o convenientes, mientras que los otros embriones son desechados o destinados a morir luego de procesos de almacenamiento y criopreservación. (Gómez, 2008, p. 3)

El doctor Gómez afirma que los embriones “son conducidos a una muerte prematura debido a la dinámica e intencionalidad eugenésica que comporta su manipulación; ella obedece a la 'cosificación' a que son sometidos, a la reducción de la persona humana a la condición de objeto” (Gómez, 2008, p.3). Según la autora Peláez-Fernández, las técnicas de reproducción humana resultan conflictivas éticamente cuando la principal finalidad para acudir a estas es equiparar “las cualidades de quienes no las poseen a las de quienes las gozan de manera natural” (Peláez-Fernández, 2020, p. 17). Al respecto se ha dicho que “mediante la manipulación genética se pueden proponer objetivos terapéuticos o fines de intensificación o perfeccionamiento de características del ser humano y, por tanto, se corre el riesgo de caer en la eugenesia” (Miguel-Beriain, 2011, p. 6).

Por otro lado, con respecto a la mercantilización del cuerpo de la madre en medio del uso de estas tecnociencias junto con la gestación subrogada, hay gran cantidad de doctrinantes que consideran que “la figura de la gestación por sustitución constituye una forma de mercantilización del cuerpo femenino, explotando a las mujeres vulnerables procedentes de los países en vía de desarrollo, generando una industria que debería estar prohibida” (Szygendowska, 2021, p. 2), por lo que esta situación es un riesgo real en Colombia, que se materializa en la gran cantidad de personas que acuden a la maternidad subrogada y a las Técnicas de Reproducción Humana, ciudadanos tanto nacionales como extranjeros. En tal escenario, “podríamos encontrarnos *shopping in the genetic supermarket*” (Llano-Alfonso citado en Peláez-Fernández, 2020, p. 16). En este contexto, el máximo peligro en el uso de las TRHA es la instrumentalización o la cosificación (García, p. 372, 2017 citado en Peláez-Fernández, 2020, p. 8) que se le pueda hacer a un ser humano.

Según la autora Peláez-Fernández, el conflicto ético se profundiza cuando se reúnen varios factores consistentes en, que las TRHA persigan de forma exclusiva la perfección genética de un ser humano, generando dilemas éticos relacionados a la concepción y la crianza de los hijos, puesto que estos serían solo medios para satisfacer los deseos que los padres. Este panorama se agrava aún más, teniendo en cuenta que se causa una explotación reproductiva de las mujeres y al final, con los contratos de gestación subrogada, nos encontramos con una situación donde los bebés son vistos como productos, (Peláez-Fernández, 2020, p. 16) que ocasionalmente pueden no cumplir con los deseos de los padres, evento en el cual los progenitores tendrían la posibilidad de devolverlos.

En este contexto, se vienen desarrollando las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*. La acción *wrongful birth* se ha definido como

la acción promovida por «los progenitores, actuando en su propio nombre y derecho», para alegar que al no haberse detectado o no haberseles informado en un

momento oportuno sobre la posibilidad de que la madre concibiese un niño con malformaciones, se les privó de la oportunidad de adoptar una decisión informada sobre el procrear o no, sobre si dar lugar o no al nacimiento. (Hunter et al., 2018, p. 8)

La acción wrongful birth surge como una forma de asignar responsabilidad cuando se produce un nacimiento con malformaciones o con enfermedades incurables que hubiesen podido ser detectables desde el embarazo. Por su parte, la acción wrongful life es definida como aquella

mediante la cual un menor, o adulto en representación de éste, demanda al médico o al centro médico de sus progenitores, en la medida que de no haber sido por a) su diagnóstico negligente, o b) la información incompleta o errónea que le fue brindada a sus padres, él no hubiera nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad congénita (Medina citado en Hunter et al., 2018, p. 10)

En ambas acciones “existe un error de diagnóstico prenatal” con la diferencia que en la acción wrongful life “la indemnización es perseguida por el hijo que nace discapacitado (Hunter et al., 2018, p. 10). Mediante estas acciones en últimas se equipara la vida humana con un producto defectuoso, que por ende está sujeto a garantía. Lo anterior son conflictos bioéticos que se generan cuando se tiene la noción de un hijo como un producto, un deseo y un derecho.

En este capítulo se presentaron solo algunos conflictos que atentan contra los principios de la bioética que se pueden presentar entorno a las TRHA, conflictos que se pueden tornar en abusos para los seres que están por nacer. En este punto, se evidencia la necesidad de regular estas tecnociencias de manera integral, para que Colombia no se constituya en un ‘paraíso reproductivo’ por tener “legislaciones laxas y que ofrecen conveniencias financieras para esos propósitos, o a realidades tangibles como la compraventa de gametos y embriones” (Gómez, 2007, p. 3).

Conclusiones

A partir del análisis realizado en torno al estudio de las Técnicas de Reproducción Humana en Colombia, es posible concluir que, el desarrollo del precedente judicial de la Corte Constitucional con respecto a tales tecnociencias genera gran incidencia en el Ordenamiento Jurídico colombiano, en la medida que, llega a afectar la vigencia de diversas disposiciones tales como los artículos 213, 218 y 335 del Código Civil y artículos del título VI del Decreto 1260 de 1970.

Esta situación genera inseguridad jurídica debido a que, las normas jurídicas referentes a la filiación son derogadas o a lo sumo, modificadas por las sentencias de la Corte Constitucional, sin que exista una nueva norma legal que regule adecuadamente la filiación en Colombia. Ante esta realidad, surge la necesidad de replantear un nuevo Estatuto de Registro que aborde las nuevas formas de filiación y concepción que enfrenta el país.

Si bien la Constitución Nacional reconoce derechos a las madres a tener hijos con asistencia científica y permite la adaptación de las estructuras familiares, esto no significa que sea constitucional permitir que los embriones que nazcan a través de estos métodos estén desprovistos de toda protección por parte del Estado. El análisis evidencia que la regulación existente en Colombia respecto de las Técnicas de Reproducción Humanas resulta insuficiente para abordar los avances científicos en materia de concepción y gestación subrogada.

Actualmente en Colombia no existen limitantes claras que tengan como finalidad proteger al que está por nacer. Por lo tanto, es fundamental establecer una regulación que brinde garantías tanto a las madres como a los nasciturus. En este contexto, se hace necesario la inclusión de límites legales en el funcionamiento de los centros de TRHA, así como el establecimiento de responsabilidad civil para estas en caso de exceder dichos límites. De esta manera, se lograría un mayor control estatal sobre las clínicas y los profesionales de reproducción.

En relación a esta temática, existen aún aspectos que requieren una investigación más exhaustiva, debido a su amplio alcance en los ámbitos científicos y sociales. Es responsabilidad de las nuevas investigaciones plantear un panorama equilibrado que salvaguarde tanto los intereses de los progenitores que deseen hacer uso de estas tecnologías, como los intereses de los seres por nacer.

Referencias

- Cañaveral, D., Orozco, J. (2015). La reproducción humana asistida en la jurisprudencia de la Corte constitucional colombiana y Corte IDH. *Inciso*, (17), 84 – 92. <https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/2313/139.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cárdenas G., Arias E., Mendieta M. (2019). La atribución biogenética y la bilateralidad parental en Colombia a partir de los cambios generados por las tecnologías de reproducción asistida. *Revista de Derecho Valdivia*, 32 (2), 77-99. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502019000200077>
- Congreso de la República. (11 de julio de 2022). Ley 2244. *Por medio de la cual se reconocen los derechos de la mujer en embarazo, trabajo de parto, parto y posparto y se dictan otras disposiciones o “Ley de Parto Digno, Respetado y Humanizado*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2244_2022.html
- Congreso de la República. (20 de febrero de 2019). Ley 1953. *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*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1953_2019.html

Congreso de la República. (26 de mayo de 1876). *Ley 84. Por la cual se expide el Código Civil de los Estados Unidos de Colombia.*
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/Código_civil.html

Congreso de la República. (27 de julio de 1970). *Decreto 1260. Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas.*
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1260_1970.html

Congreso de la República. (4 de julio de 1991). *Constitución Política de Colombia.*
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional. (1994). Bogotá D.C. Sentencia T-339 de 1994. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. (2009). Bogotá D.C. Sentencia T-968 de 2009. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. (2014). Bogotá D.C. Sentencia T-009 de 2014. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. (2018). Bogotá D.C. Sentencia C-093 de 2018. Magistrados Ponentes: José Fernando Reyes Cuartas y Gloria Estella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. (2018). Bogotá D.C. Sentencia T-316 de 2018. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional. (2019). Bogotá D.C. Sentencia C-602 de 2019. Magistrado Sustanciador: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. (2020). Bogotá D.C. Sentencia SU-074 de 2020. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

- Corte Constitucional. (2022). Bogotá D.C. Sentencia T 357 de 2022. Magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Constitucional. (2022). Bogotá D.C. Sentencia T-275 de 2022. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.
- Edwards, R. (2010). *Premio Nobel de Fisiología o Medicina 2010*.
<https://www.nobelprize.org/prizes/medicine/2010/press-release/>
- Escobar, J. (2007). Bioética, cuerpo humano, biotecnología y medicina del deseo. *Revista Colombiana de Bioética* 2(1), 33-51.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=189217294003>
- García, D. (2017). Epigenética y gestación por sustitución: más razones a favor de una regulación internacional para un negocio global. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (17), 329-368.
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870465417300375>
- Gómez Fajardo, C. A. (2008). Manipulación de embriones humanos: algunas objeciones. *Iatreia* 21(1), 75-82.
<https://revistas.udea.edu.co/index.php/iatreia/article/view/4437/3951>
- Gómez García, Carlos Andrés. (2017). Turismo en salud: ¿una forma de medicalización de la sociedad?. *Revista Lasallista de Investigación* , 14 (2), 51-64. <https://doi.org/10.22507/rli.v14n2a5>
- Gómez-García, C. A., & Muñoz-Cortina, S. H. (2020) El problema de la conexidad contractual en las prestaciones médicas¹. Dirección editorial, 159.
- González, A. (2016). Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas: el derecho a conocer los orígenes. ¿Legislación versus subjetividad? *Acta bioethica* 22(2), 221-227. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2016000200009>

- García, R., González, M. (2008). Terapia Génica. Perspectivas Y Consideraciones Éticas En Relación Con Su Aplicación. *Revista Habanera de Ciencias Médicas* 7(1). http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-519X2008000100014
- Hunter, M., Vega, Z. (2018). Wrongful Birth: ¿un daño resarcible en el ordenamiento jurídico colombiano? *Precedente* (14), 39-79. <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/3359/3583>
- Naranjo, G. (1997). La ley colombiana ante la reproducción asistida. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas* (98), 104–116. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4292>
- Ocampo Olarte, J. G., & Gómez García, C. A. (2020). EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: Orígenes, desarrollo, evolución, elementos en el derecho colombiano y en la responsabilidad médica La cenicienta del acto médico. En C. S. Escobar, *Realidades y tendencias del derecho privado*. (págs. 135 - 178). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Pabón, A., Upegui, O., Archila, J. & Otero, M. (2017). El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los derechos sexuales y reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *En Justicia* (31), 171-187. <https://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/2605/2616>
- Peláez-Fernández, P. (2020). La reproducción asistida: ¿paradigma de perfección o argumentos para conseguir un deseo? *Revista Latinoamericana de Bioética* 20 (2), 11-23. <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rlbi/article/view/4749/4700>

- Santamaría, L. (2000). Técnicas De Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos. *Cuadernos de Bioética* (1), 37–47. <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- Sartea, C. (2016). La biojurídica entre medicina del deseo y extensión del derecho a la Intimidad. *Ius Et Scientia* 2(2), 134–144. <https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/13233/11404>
- Szygendowska, M. (2021). La gestación por sustitución como una forma de mercantilización del cuerpo femenino. *Revista de Derecho Valdivia*, 34(1), 89-109. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100089>
- Zegers-Hochschild F., Adamson G., Mouzon B., Ishihara C., Mansour M., Nygren E., et al. (2010) *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*. https://cnrha.sanidad.gob.es/documentacion/bioetica/pdf/Tecnicas_Reproduccion_Asistida_TRA.pdf