

**EL PAPEL DEL DERECHO FRENTE A LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN  
HUMANA ASISTIDA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA**

**CARMEN ELENA CAMPO**

**UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI  
FACULTAD DE DERECHO  
PROGRAMA DE DERECHO  
SANTIAGO DE CALI**

**2019**

**EL PAPEL DEL DERECHO FRENTE A LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN  
HUMANA ASISTIDA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA**

**CARMEN ELENA CAMPO**

Monografía de grado como uno de los requisitos parciales  
para optar al título de Abogada

**UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI  
FACULTAD DE DERECHO  
PROGRAMA DE DERECHO  
SANTIAGO DE CALI**

**2019**

## CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	7
1. ASPECTOS A CONSIDERAR EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA	9
1.1 En el ámbito internacional	10
1.1.1 El marco universal de Naciones Unidas	10
1.1.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos	14
1.1.3 El Derecho Europeo	15
1.2 En el ámbito nacional	16
1.2.1 Constitución Política	16
1.2.2 Legislación	18
1.2.3 Proyectos de ley	24
2. JURISPRUDENCIA REFERENTE A LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA	29
2.1 Reproducción humana asistida	29
2.2 Bases para una legislación colombiana sobre nuevas formas de reproducción humana	33
2.3 Maternidad Subrogada	35
2.3.1 Posibilidades de regular la maternidad subrogada	39
3. LOS RETOS JURÍDICOS DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA PARA LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA – MATERNIDAD SUBROGADA	43
3.1 El reconocimiento jurídico del embrión	43
3.1.1 El embrión es ser humano	44
3.1.2 Todo ser humano es ontológica y jurídicamente persona	47
3.1.3 La procreación es el acto que determina la existencia jurídica del nuevo ser	49

3.1.4 El embrión como ser humano viviente es titular de derechos fundamentales	51
3.2 Maternidad subrogada	57
4. CONCLUSIONES	60
5. RECOMENDACIONES	62
REFERENCIAS	63

#### **LISTA DE CUADROS**

	Pág.
Cuadro 1. Costos de un tratamiento por infertilidad	26

## RESUMEN

El objeto de este trabajo es analizar el papel del derecho frente a la regulación de la reproducción humana asistida y la maternidad subrogada en Colombia. En ese sentido se formularon tres objetivos específicos, a saber: 1.- Estudiar los aspectos a considerar en la regulación jurídica de la reproducción humana asistida y la maternidad subrogada; 2.- Analizar la jurisprudencia referente a la reproducción humana asistida y la maternidad subrogada; y 3.- Determinar los retos jurídicos de la legislación colombiana para regular las técnicas de reproducción humana asistida – maternidad subrogada. Se trató de una investigación básica jurídica, toda vez que se trata de describir el fenómeno, en la que se recurrió al método hermenéutica ya que se interpretó el objeto de estudio desde el derecho. La doctrina coincide en calificar de nulos a los contratos de maternidad subrogada por ser contrarios al orden público, a la moral y a las buenas costumbres; no obstante, es un fenómeno que ha escapado del control del legislador y que pese a la exhortación y órdenes de la Corte Constitucional, aún en Colombia persiste la inexistencia de una norma que la regule junto con las técnicas científicas de reproducción humana asistida. En consecuencia, su objeto se encuentra fuera del comercio, desdobra la maternidad, altera el estado civil y cosifica al niño.

Palabras clave: maternidad subrogada, técnicas de reproducción humana asistida, maternidad, filiación, derechos reproductivos.

## **ABSTRACT**

The purpose of this paper is to analyze the role of the law against the regulation of assisted human reproduction and surrogacy in Colombia. In this sense, three specific objectives were formulated, namely: 1.- To study the aspects to be considered in the legal regulation of assisted human reproduction and surrogate motherhood; 2.- Analyze the jurisprudence regarding assisted human reproduction and surrogate motherhood; and 3.- Determine the legal challenges of Colombian legislation to regulate the techniques of assisted human reproduction - surrogate motherhood. It was a basic legal investigation, since it is about describing the phenomenon, in which the hermeneutic method was used since the object of study was interpreted from the right. The doctrine coincides in nullifying surrogacy contracts as being contrary to public order, morality and good manners; nevertheless, it is a phenomenon that has escaped the legislator's control and that despite the exhortation and orders of the Constitutional Court, even in Colombia the lack of a rule that regulates it together with the scientific techniques of assisted human reproduction persists. Consequently, its purpose is outside of commerce, unfolds motherhood, alters marital status and reifies the child.

Key words: surrogacy, techniques of assisted human reproduction, maternity, filiation, reproductive rights.

## INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada, la define Gómez (como se citó en la Corte Constitucional, sentencia T-968 de 2009), como el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. Además, recibe el nombre de alquiler de vientre, alquiler de útero, gestación subrogada o maternidad de sustitución, y aunque su práctica podría considerarse relativamente como una novedad desde el punto de vista de la aplicación de la técnica médica y práctica social, no sucede los mismos con su ocurrencia y aceptación por parte de la comunidad.

En la actualidad es muy común encontrar, por lo general en Internet, avisos sobre alquiler de vientres o maternidad subrogada, los que aducen a personas naturales o centros de fertilidad, los cuales ofrecen abiertamente sus servicios a las parejas deseosas de concebir hijos, pero que por alguna razón, naturalmente no lo pueden lograr. Hasta aquí todo pareciera loable, pero la realidad es otra, muchas de estas ofertas esconden un fin lucrativo, al cual pueden acceder personas que cuenten con recursos económicos suficientes para sufragar los gastos de la intervención científica y el pago del alquiler del vientre.

La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes; 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. El legislador colombiano ha presentado, en varias oportunidades, proyectos de ley que regulen los mecanismos de reproducción humana asistida y la maternidad subrogada, sin obtener satisfactoriamente su aprobación, por tratarse de un tema muy sensible, tanto jurídica como moralmente, en el cual deben intervenir todos los estamentos sociales para lograr una visión concertada de esta realidad que afronta el derecho y por ende, los niños procreados con técnicas de reproducción humana asistida.

Ante el interrogante ¿Cuál es el papel del derecho frente a la regulación de la reproducción humana asistida y la maternidad subrogada en Colombia? Se realizó una investigación básica jurídica, toda vez que se trata de describir el fenómeno, en la que se recurrió al método hermenéutica ya que se interpretó el objeto de estudio desde el derecho, abordando así en el primer capítulo diversos aspectos a considerar en la regulación jurídica de la reproducción humana asistida y la maternidad subrogada teniendo en cuenta la regulación jurídica de los avances científicos en esa materia desde el ámbito internacional y nacional. En ese sentido, se reseñan algunos instrumentos internacionales de derechos humanos y del derecho europeo, al igual que se revisa el texto constitucional, legal y jurisprudencial, junto con un resumen de los proyectos de ley orientados a regular el objeto de estudio.

En el segundo capítulo se analiza la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana referente a la reproducción humana asistida y la maternidad subrogada, lo que permite vislumbrar avances lentos, pero firmes encaminados a solventar una problemática que afecta a algunos hogares, los cuales sin distinción de clase social o ingresos económicos, pueden ver sus derechos reproductivos limitados por diversos factores, los cuales solo a través de la jurisprudencia pueden solucionarse ante la falta de una norma que regule la maternidad subrogada y se tutela el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud permitiendo el acceso a tratamientos de fertilidad y ordenando el estudio de la inclusión de estas técnicas dentro del plan obligatorio de salud.

En el tercer capítulo se determinan los retos jurídicos de la legislación colombiana para regular las técnicas de reproducción humana asistida – maternidad subrogada teniendo en cuenta que son una forma de resolver el problema de esterilidad de parejas que por causas de diferente índole en la mujer, en el hombre, en la pareja, o por causas inexplicables no logran concebir un hijo que exige la intervención médica cuando otros tratamientos se han descartado por ineficaces aunado a que se determina la filiación materna por el parto frente al reto del legislador de consolidar relaciones filiales por factores como la voluntad, la responsabilidad y el aporte genético al realizarse la subrogación gestacional, lo que pondría en duda el hecho del parto como determinante de la filiación genética.



## **1. ASPECTOS A CONSIDERAR EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA**

La teoría Pura del Derecho, Derecho y Naturaleza de Hans Kelsen refiere que “el derecho es una ordenación normativa del comportamiento humano, es un sistema de normas que regulan el comportamiento”, por lo tanto considera a una norma como el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y en especial se autoriza un comportamiento. Estas normas son producidas por el órgano legislador, pero también pueden ser producidas consuetudinariamente, es decir, cuando la comunidad establece la costumbre como un hecho productor de derecho reconocido por el sistema jurídico. Las normas tienen dos características importantes: la validez y la eficacia; mediante la validez se designa la existencia específica de una norma, mientras que con la eficacia se refiere a que la norma sea verdaderamente aplicada y obedecida en los hechos.

Teniendo en cuenta que aunque una norma jurídica adquiere su validez incluso antes de su eficacia, es decir, antes de ser aplicada y obedecida por los miembros de la sociedad; según Kelsen la norma necesita un mínimo de efectividad como condición de su validez, pues cuando una norma permanece sin eficacia durante mucho tiempo deja de ser válida. Por este motivo es necesario que el tiempo y el espacio en que se producen los acontecimientos estén determinados en el contenido de la norma, ya que la norma solo vale para un determinado tiempo y espacio, de allí que se pueda hablar de validez espacial y temporal de la norma. En el caso Colombiano, el Derecho es un “sistema inquisitivo” en donde se ve este, como una técnica jurídica y no como una ciencia; producto de lo anterior, se rompe con el esquema de una justicia social que es un requisito del Estado social de derecho, establecido en el artículo 1º que profesa:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Constitución Política, art. 1).

El punto de partida es la noción de campo social propuesta por la teoría de Bourdieu (2000) como objeto de lucha y a su vez, el arma y el requisito para jugar socialmente hablando; que racionalmente explica muchos de los fenómenos de la modernidad, entre ellos el del Derecho.

Dentro de esta investigación fue fundamental la teoría donde se expone la dignidad humana como concepto vinculante a la posición social a expresar la autonomía y capacidad de las personas, constituyéndose en el fundamento indiscutible de los derechos humanos. La dignidad humana es un elemento para enfrentar y desarrollar las normas relativas a las transformaciones sociales provocadas por el desarrollo científico y tecnológico, que si bien es cierto va evolucionando, no se puede por ello violar los derechos humanos que están consagrados en la Constitución. Se puede anticipar que en la práctica de la maternidad subrogada sin regular se presenten un sinnúmero de violaciones a los derechos tanto de los niños y niñas como de las madres subrogadas; por esto es importante tener como primordial el fenómeno social en el que se encuentra la sociedad colombiana y respetar todos los derechos consagrados en la Constitución Política de 1991 como primordial en la dignidad humana (Bourdieu, 2000). A continuación se expondrán los aspectos a considerar en la regulación jurídica de la reproducción humana asistida y la maternidad subrogada.

## **1.1 En el ámbito internacional**

### **1.1.1 El marco universal de Naciones Unidas**

El marco en el que se desarrolla la actividad de Naciones Unidas en materia de reproducción humana y, sobre todo, de investigación, aparece condicionado por los principios y derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Como consecuencia de ello, el concepto de dignidad del ser humano, el principio de no discriminación y la libertad de investigación se alzan como plataforma necesaria de toda la construcción jurídica universal de las Naciones Unidas al respecto, puesto que, en última

instancia, los científicos y médicos no sólo son responsables de asegurar la calidad de su investigación sino también de preservar la libertad y la dignidad del ser humano (Pompidou, 1998, p. 41).

En este contexto, el 11 de noviembre de 1997, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) aprueba la que se ha dado a conocer como Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos que, respaldada por la Asamblea General en su Resolución 53/152, de 9 de diciembre de 1998, supone la culminación de varias resoluciones en las que dicha Organización se había comprometido a promover y desarrollar una reflexión sobre las cuestiones éticas relacionadas con los progresos científicos en el campo de la genética.

La Declaración fija unos principios básicos que limiten y, en cierta forma, orienten las nuevas investigaciones sobre el genoma humano, es la más clara muestra de cuál ha sido la preocupación principal en el marco de las Naciones Unidas respecto de los nuevos avances científicos objeto de análisis. Es decir, la regulación se ha centrado básicamente en las repercusiones que la investigación en torno al genoma humano puede tener sobre los individuos, repercusiones que, evidentemente, conllevan importantes beneficios, en cuanto propician grandes logros que favorecen el bienestar, pero que, al mismo tiempo, despiertan recelos como consecuencia de los peligros potenciales que sus efectos pueden comportar para dichos individuos y, en definitiva, para la humanidad.

La Declaración responde, por tanto, a estas preocupaciones, desde el reconocimiento de los beneficios de la investigación, pero sin perder de vista la necesaria protección de la dignidad del ser humano, tras reconocer que: “las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas de mejoramiento de la salud de los individuos y de toda la humanidad, pero destacando que deben al mismo tiempo respetar plenamente la dignidad, la libertad y los derechos de la persona humana, así como la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas” (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2013, p. 6).

Y, en este sentido, entre los principios que recoge, destaca de forma clara el derecho a la igualdad, independientemente de las características genéticas en el art. 6, que establece: “Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos humanos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad” (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2013, p. 4). Así como el establecimiento de una serie de garantías como, por ejemplo, la necesidad de evaluar los riesgos a los que puedan exponerse las personas sobre las que se realice alguna investigación, como señala en el apartado a) del artículo 5: “un tratamiento o un diagnóstico en relación con el genoma de un individuo, sólo podrá efectuarse previa evaluación rigurosa de los riesgos y las ventajas que entrañe y de conformidad con cualquier otra exigencia de la legislación nacional” (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2013, p. 3).

Otro principio recogido en la Declaración, que también se refiere al respeto de los derechos de las personas implicadas en estos nuevos retos de la ciencia, es el relativo al derecho a la intimidad. Efectivamente, los datos genéticos, como señala el artículo 7 de la Declaración deberán ser confidenciales, “se deberá proteger en las condiciones estipuladas por la ley la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad” (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2013, p. 3). Respetando incluso, en este sentido, el derecho de los interesados a decidir si desean recibir información o no de los resultados obtenidos tras la realización de un examen genético, en este sentido el apartado b) del artículo 5 señala: “en todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. Si ésta no está en condiciones de manifestarlo, el consentimiento o autorización habrán de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley” (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2013, p. 3).

Pese a éstas y otras garantías determinadas en la Declaración con el fin de preservar los derechos de las personas implicadas en las investigaciones científicas relativas al genoma humano, lo cierto es que la repercusión de dichas investigaciones, en el ámbito de la

reproducción humana, plantea una serie de interrogantes específicos que se vinculan directamente con la protección de la dignidad humana.

Para abordar los problemas concretos que, sobre la reproducción humana, plantean los nuevos avances científicos relativos al genoma humano, conviene señalar, previamente, cómo dichos avances pueden utilizarse en materia de reproducción. La problemática surge realmente al plantear la posible intervención sobre las células germinales<sup>1</sup>, es decir, sobre aquéllas que intervienen en la reproducción y que, por tanto, repercuten en la herencia. A través de ellas se podría detectar la condición de portador de determinadas enfermedades genéticas y, en la medida de lo posible, subsanarlas en la descendencia, lo cual justifica que, en materia de reproducción y de toma de decisiones ante la misma, las células germinales sean las más relevantes.

La propia Declaración, establece en este sentido, un límite concreto a la investigación genética, en su aplicación reproductiva, al condenar cualquier tipo de intervención que, como ocurre respecto de la realizada sobre las células germinales, pueda poner en peligro la dignidad del ser humano.

Así pues, la dignidad, la intimidad y la igualdad son algunos de los derechos y principios que la Declaración viene a consagrar, ante los revolucionarios avances científicos sobre el genoma humano, con el fin de proteger a todos aquellos que se sometan a los mismos. Pero, si es cierto que, como establece la propia Declaración en su artículo 10, ninguna investigación relativa al genoma humano, ni sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, pueden prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad.

Además de la Declaración analizada, en el marco de la regulación de Naciones Unidas sobre reproducción asistida e investigación sobre seres humanos, conviene mencionar también algunos de los documentos que, de una forma u otra, se han referido a estas cuestiones.

---

<sup>1</sup> Germen hace referencia, por oposición a soma a aquellos elementos de un individuo que intervienen en la reproducción y, por tanto, en la herencia. En este sentido, las células germinales son aquéllas que sí repercuten en la descendencia transmitiendo las posibles variaciones realizadas en ellas.

Entre ellos, cabe destacar dos Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos: la Resolución 1997/71, de 16 de abril, y la Resolución 1999/63, de 28 de abril. Ambas abordan la problemática de la coexistencia del respeto de los derechos humanos y los nuevos avances científicos en materia de bioética, destacando, junto a la importancia del derecho a poder beneficiarse de los progresos de la ciencia, el necesario respeto de principios como la dignidad y la integridad.

La regulación internacional que se ha ocupado de los nuevos avances en materia de reproducción humana artificial e investigación genética, como terapéutica en el proceso reproductivo, no se agota en el ámbito referenciado de las Naciones Unidas. La Unión Europea y varios Estados han pretendido regular o por lo menos, delimitar estos nuevos avances científicos.

### **1.1.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos**

También llamada Pacto de San José de Costa Rica es un tratado internacional que prevé derechos y libertades que tienen que ser respetados por los Estados Partes. La Convención americana fue suscrita por Colombia el 22 de noviembre de 1969, aprobada por la ley 16 de 1972 y ratificada el 31 de julio de 1973. En cuanto a la reproducción asistida, se puede aludir a los artículos 4º, referente al derecho a la vida desde la concepción de la misma y la prohibición de suprimirla arbitrariamente. Así mismo, el artículo 17, protección a la familia, reconoce el rol fundamental que representa la institución de la familia en la sociedad (numeral 1º), así como el derecho a fundar una familia, derecho que no se puede suprimir en ningún caso. Con referencia a lo anterior, el artículo 32 de la Convención, correlación entre deberes y derechos, señala la obligación que tiene toda persona con la familia, la comunidad y la humanidad.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra el Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in Vitro”) Vs. Costa Rica, del 28 de noviembre de 2012, en la que se declaró la responsabilidad del Estado en comento “por haber vulnerado los derechos a la vida privada y familiar,...., el derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de una técnica de reproducción asistida”, entre otros. Los motivos de tal responsabilidad se

desprenden de la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia al declarar inconstitucional una norma que regulaba la técnica de fecundación in Vitro, situación que condujo a 18 personas a demandar esa decisión.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, después de un análisis de la prueba documental y los hechos concernientes, presenta unas consideraciones extensas previas sobre el objeto de la demanda, en la que se destaca la reseña del estatus legal del embrión y las regulaciones en el derecho comparado de la fecundación in Vitro (FIV), manifestando que aunque no existen muchas regulaciones sobre la FIV en la región, las que existen permiten concluir que esta técnica de reproducción humana asistida no es contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni constituye una vulneración al derecho a la vida y por el contrario, su práctica “está asociada al principio de protección gradual e incremental –y no absoluta- de la vida prenatal...y que el embrión no puede ser entendido como persona”(Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in Vitro”) Vs. Costa Rica, sentencia de 28 noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, §256).

### **1.1.3 El Derecho Europeo**

En materia de reproducción artificial e investigación genética, “el marco jurídico europeo se caracteriza por recoger una serie de pronunciamientos lo suficientemente amplios como para permitir la adecuación a los mismos de los diferentes órdenes jurídicos nacionales en él comprendidos” (Borrillo, 1996, p. 208).

En este sentido, el propósito de la regulación europea se centra en el establecimiento de unos principios mínimos que, en todo caso, deberán ser desarrollados por cada uno de los Estados mediante normas nacionales, las cuales, desde el respeto de lo establecido y acordado en el ámbito europeo, como núcleo básico de protección, podrán delimitar los márgenes de lo permitido y lo prohibido en relación a estas nuevas posibilidades de la ciencia genética y reproductiva.

La justificación de esta voluntad unificadora que se vislumbraba ya en el ámbito universal de Naciones Unidas, al menos respecto a los principios básicos, se comprende fácilmente si se tiene en cuenta que, en definitiva, lo que está en juego y lo que se pretende proteger es la dignidad y los derechos humanos. Por ello, el ámbito jurídico europeo, desde una determinada concepción política y social, viene a dar respuesta a los nuevos retos de la ciencia, en materia de investigación genética reproductiva y reproducción artificial, a través de una serie de postulados básicos que permiten avanzar en el propósito regulador y unificador de las cuestiones señaladas.

La preocupación que emana desde la Unión Europea sobre las nuevas posibilidades científicas en materia de reproducción y genética es reciente porque recientes son estos nuevos avances científicos y porque, hasta hace relativamente poco tiempo, la meta a conseguir era la creación de un mercado económico y no de una unión política o cultural. Sin embargo, la importancia de la nueva ciencia genético-reproductiva ha provocado también una reacción en el marco de la Unión Europea que en 1989 decide a financiar su propio programa de investigación sobre el Genoma Humano.

Así las cosas, por lo que respecta a la nueva genética y a su aplicación en el ámbito reproductivo, “dos Resoluciones del Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 1989, relativas a los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y a la fecundación artificial *in vivo* e *in vitro*, son las que marcan la pauta de lo establecido en el ámbito de la Unión Europea” (García, 2004, p. 76).

## **1.2 En el ámbito nacional**

### **1.2.1 Constitución Política**

Siempre que se acomete el estudio jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida debe ser ineludible el análisis del soporte constitucional para edificar la admisión o el rechazo de tal o cual técnica. Es frecuente encontrar que la doctrina menciona un “derecho a la



reproducción” como fundamento superior para la permitir la reproducción humana asistida, como lo sostiene la dra. González de Cancino:

En Colombia, desde 1980 es lícita la inseminación artificial, al establecer el Código Penal como conducta punible la inseminación artificial sin el consentimiento de la mujer y como agravante la inseminación heteróloga, si ella está casada, de lo cual se infiere que tanto las mujeres casadas como solteras pueden someterse a ese procedimiento voluntariamente. Son lícitas (lo que ella denomina) la inseminación artificial conyugal (IAC) y la inseminación artificial con donante (IAD). La misma Constitución de 1991 reconoció que la procreación artificial es una técnica que forma parte de la realidad colombiana y se la considera como un método más para integrar ese núcleo fundamental de la sociedad que es la familia (González, 1993, p. 127).

Pero, para otros tratadistas, como Alarcón (2002), lo que es materia de discusión es si se trata de un derecho autónomo o si por el contrario, es sólo la manifestación de algún otro derecho (p. 127). Así por ejemplo en España, que tiene una ley sobre técnicas de reproducción asistida desde 1988, se afirma que el “derecho a la reproducción” encuentra su fundamento en el derecho a la libertad o en el derecho a la dignidad de la persona, o en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, o en el derecho a la intimidad personal y familiar, o en el derecho al matrimonio, o en todos estos (Meneses; Corcho y Zambrano, 2007, p. 36).

Para Marco Antonio Álvarez, las técnicas de reproducción humana asistida enfrentan variados cuestionamientos que no se pueden resolver con simple invocación, por ejemplo, del inciso 6° del artículo 42 de la Constitución Política, dispone que le otorga igualdad de derechos y deberes a “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica”, pues esta disposición ni concede una habilitación general para que la ciencia actúe sobre el ser humano, ni impide que sobre él se ejercite la libertad de investigación científica (Mosquera, 2015, p. 28).

El inciso 7° del artículo 42 de la Constitución Política señala que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos...”, lo que indica que la Carta Magna

consagra el derecho a la reproducción como una garantía institucional. En síntesis, se puede afirmar que:

... en el ordenamiento jurídico colombiano el “derecho a la reproducción” es de indiscutible raigambre constitucional; derecho que es autónomo por ser tratado con independencia y privilegio por la Carta; negativo porque su ejercicio no puede ser impedido por ninguna persona, y positivo porque el particular puede exigirle al Estado que tome todas las medidas que permitan su ejercicio (Alarcón, 2002, p. 129)

### **1.2.2 Legislación**

Arteta (2011) sostiene que en Colombia no se ha podido regular la maternidad subrogada, pese a los intentos legislativos para hacerlo, debido al “tratamiento inadecuado” que han hecho los proponentes y expositores de algunos proyectos de ley de las distintas formas de fertilización procreación asistida y genética humana. De tal situación se desprende, sostiene el autor en comentario, que se ofrezca ese servicio a través de organizaciones o instituciones sin control alguno. De lo anterior se colige que la falta de regulación no ha sido impedimento para que se presente esta práctica en Colombia desde el ámbito institucional, sin que se sepa a ciencia cierta qué o cuáles entidades se prestan para tal fin, ante lo cual surge la pregunta ¿Se debe o no regular la maternidad subrogada en Colombia? ¿Qué profesionales de la salud deben participar de ese procedimiento? (p. 96).

No existe una ley específica sobre las técnicas de reproducción asistida en Colombia. Las donaciones de espermia y óvulos están contempladas en el Decreto 1546 de 1998, sin que se haga mención de sus consecuencias sobre la filiación, ni las condiciones requeridas para ser receptora de una donación de gametos; y las normas técnicas para el funcionamiento de Banco de Componentes Anatómicos, Unidades de Biomedicina Reproductiva están establecidas en la Resolución 3199 de 1998.

- **Decreto 1546 de 1998:**

El 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, señala en el artículo 44, las restricciones a tener en cuenta para el donante:

Artículo 44. Todo programa de Biomedicina Reproductiva deberá basarse en la selección de donantes sanos y con ausencia de alteraciones genéticas que impliquen riesgos de anomalías congénitas, y garantizar la subsistencia de dicha circunstancia el tiempo que estos permanezcan activos dentro del programa.

Ningún donante podrá.

- Ser menor de edad.

- Tener vínculo alguno con la unidad o criobanco de la misma, bien sea como propietario operativo, director o empleado.

- Ser el médico que remite a los pacientes o tener algún tipo de vínculo familiar con estos.

- Tener alguno de los factores de riesgo para inmunodeficiencia humana (VIH), o enfermedad de transmisión sexual (ETS) u otras enfermedades infecciosas transmisibles y hereditarias (Decreto 1546 de 1998, art. 44).

Así mismo, señala que sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Superintendencia Nacional de Salud y al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima), corresponde a las Direcciones Territoriales y Distritales de Salud, o a las entidades que hagan sus veces, ejercer la vigilancia, el control y adoptar las medidas preventivas necesarias, para el

cumplimiento de las disposiciones, requisitos y prescripciones que para cada caso en particular se establecen en el decreto 1546 de 1998, así como adelantar los procesos sancionatorios y aplicar las sanciones que se deriven de su incumplimiento.

- **Resolución 3199 de 1998:**

La Resolución 3199 de 1998 señala los exámenes que se deben realizar para ingresar al programa de Biomedicina Reproductiva, tanto para donante como a la receptora, los cuales son:

- Hemoclasificación.
- Prueba para sífilis.
- Prueba HIV.
- Antígeno de superficie de hepatitis B.
- Anticuerpos contra hepatitis C.
- Cultivos de semen y de uretra para Neisseria Gonorrhoeae y Chlamydia.
- Anticuerpos contra Citomegalovirus<sup>2</sup>.
- Test de mononucleosis<sup>3</sup> y otras pruebas que se consideren pertinentes de acuerdo a la región de donde proviene el donante y el receptor.

Mientras las personas permanezcan en el programa, los exámenes determinados en el presente artículo deberán ser repetidos cada seis meses. Teniendo en cuenta que el donante

---

<sup>2</sup> El citomegalovirus pertenece a la familia de los virus que causan el herpes. Es el virus que se transmite con más frecuencia a los bebés durante el embarazo.

<sup>3</sup> Es una infección viral que causa fiebre, dolor de garganta e inflamación de los ganglios linfáticos, especialmente en el cuello.

debe ser descartado del programa dieciocho (18) meses después de haber ingresado al mismo (Ministerio de salud, Resolución 3199 de 1998, art. 13).

Igualmente, dispone que toda institución que realice uno de los procedimientos regulados deberá llevar un registro confidencial de donantes, el cual tendrá:

- Identificación: Nombres y apellidos completos.
- Clase y número de documento de identidad.
- Edad y sexo.
- Fenotipo<sup>4</sup>.
- Espermograma<sup>5</sup>.
- Fechas de donación y congelamiento del eyaculado, fecha de ingreso a cuarentena del eyaculado y de liberación para su uso.
- Destino del eyaculado u óvulo.
- Éxitos logrados con el producto del donante, embarazos logrados.
- Fecha y causa de descarte o rechazo del donante del protocolo.
- Fichas de control de la cuarentena de los eyaculados, la cual podrá ser solicitada por la autoridad sanitaria de la competencia, e igualmente por el servicio de control externo de calidad (Ministerio de salud, Resolución 3199 de 1998, art. 14).

---

<sup>4</sup> El fenotipo constituye los rasgos observables de un individuo, tales como la altura, el color de ojos, y el grupo sanguíneo. La contribución genética al fenotipo se llama genotipo.

<sup>5</sup> El espermograma es el examen diagnóstico más importante para el estudio de la fertilidad masculina y complementa de gran manera el diagnóstico para la pareja.

El Registro de receptoras deberá contar como mínimo con la siguiente información:

- Identificación: Nombres y apellidos completos.
- Clase y número del documento de identidad.
- Estado civil.
- Edad.
- Historia clínica con énfasis en la causa de infertilidad.
- Exámenes generales de laboratorio y para detectar posibles enfermedades de transmisión sexual.
- Especificar fechas de los procedimientos realizados.
- Origen de los gametos o preembriones utilizados (Ministerio de salud, Resolución 3199 de 1998, art. 15).

Tanto el Decreto 1546 de 1998 como la Resolución 3199 de 1998, se refieren a los procedimientos para la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino, requisitos y procedimientos a seguir en el manejo de los gametos o pre-embriones, sin interesarse el legislador por la suerte o desenlace de los procedimientos regulados, que apuntan a la procreación de un ser y los efectos jurídicos que para el nasciturus comporta.

Algunos Proyectos de Ley han intentado resolver los vacíos jurídicos que existen en la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, incluyendo la maternidad subrogada, al incluir reformas en el Código Civil y Penal Colombiano. Por ejemplo, el Código Civil distingue entre la existencia de las personas y la existencia legal. El Capítulo I, Del principio de la existencia de las personas, correspondiente al título II, Del principio y fin de la existencia de

las personas, se inicia en el artículo 90, según el cual “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”. Esta norma guarda relación con el artículo 74 que reza: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”, porque en tanto que exista un individuo de la especie humana, se está frente a un hombre, al que no puede negársele su existencia concreta como persona natural y como titular de derechos. En el mismo sentido, Hoyos afirma: “El término persona que se usa, en el artículo 90 equivale a ser humano, es decir, la existencia legal del ser humano principia al nacer” (Hoyos, 2000, p. 31).

El artículo 91 del Código Civil reconoce que “La ley protege la vida del que está por nacer”, para la tratadista Hoyos (2000), es una “clara aplicación del principio *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* (el infante concebido se tiene por nacido, siempre que sea en su beneficio). Es decir, que el factor determinante de la personalidad jurídica es la vida, no el nacimiento” (p. 31).

El Código Penal, en el Capítulo Octavo, de la manipulación genética, en el artículo 132, Manipulación genética, señala que el que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

Conforme con este artículo 132, este tipo penal se configura cuando se manipulan genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico o la investigación relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina. Por el contrario, se pueden manipular los genes humanos cuando se oriente a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona o la humanidad, entendiendo por tratamiento, diagnóstico o investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, cualquiera que se realice con el consentimiento, libre e informado, de la persona de la cual proceden los genes (Jiménez, 2001, p. 60).

### 1.2.3 Proyectos de ley

Han existido intentos por regular las técnicas de reproducción humana asistida y su incidencia en el Código Civil, sin ningún resultado hasta la fecha de hoy.

- **Proyecto de Ley 161 de 1996 Cámara**, por medio de la cual se establecen normas en materia bioética, se establecen normas en materia de la manipulación humana asistida y se dictan otras disposiciones.

Quizá, uno de los primeros proyectos de ley que pretendía legislar sobre el tema de reproducción humana asistida, en cuanto a inseminación artificial postmortem se refiere, donación y crioconservación de gametos, congelación y donación de óvulos. En este proyecto se prohibía la experimentación embrionaria, así como cualquier intento por desviar el uso e implementación de una técnica de reproducción humana asistida. De la misma manera, penalizaba aquellas personas y entidades que establezcan prácticas manipuladoras de embriones (Congreso de la República, 2004, p. 61).

- **Proyecto de Ley 45 de 2000 Senado**, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica, se modifican algunos artículos del Código Civil y se dictan otras disposiciones. Este proyecto pretendía esencialmente legislar sobre procreación humana asistida, abarcando específicamente aspectos como la ética, la manipulación genética de embriones y del genoma humano y de diversidad étnica (Congreso de la República, 2004, pp. 61-62).

- **Proyecto de Ley 151 de 2001 Senado**, por la cual se modifican los Códigos Civil y Penal en lo referente a la aplicación de los métodos de reproducción humana asistida, manipulación genética, se dictan normas sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica. Los puntos que trataba eran los siguientes: la normatividad aplicable a las técnicas de reproducción humana asistida, la transferencia de embriones, el manejo adecuado de los gametos, la relación paterno filial de quien es concebido por estas técnicas, modificación de los artículos del código Civil



referentes al parentesco, la posibilidad de que una mujer soltera recurra a estas técnicas de reproducción humana, la procreación póstuma, la posibilidad de adoptar embriones, entre otros.

El ponente del proyecto, Miguel Pinedo Vidal, manifiesta que cuando se concibe un hijo con la aplicación de las técnicas de procreación humana asistida, se pueden presentar dos situaciones: bien que el gameto masculino sea del marido y el gameto femenino sea de un tercero o que el gameto femenino sea de la mujer que conforma la pareja con ese marido y el gameto masculino sea de un tercero. En este caso el parentesco se predica únicamente del miembro de la pareja que aportó el gameto. Este Proyecto de Ley fue archivado por tránsito de legislatura<sup>6</sup> el 20 de junio de 2002.

- **Proyecto de Ley 029 de 2003 Cámara**, por la cual se modifica el ordenamiento civil colombiano regulando lo referente a procedimiento y técnicas científicas de procreación humana asistida, y se dictan otras disposiciones. (Procreación humana asistida) (Congreso Visible, 2003, p. 1). Pretendía reglamentar las técnicas de procreación humana asistida y los efectos que se desprenden en cuanto a la filiación. Este proyecto fue archivado el 25 de mayo de 2004.
- **Proyecto de Ley 46 de 2003 Senado**, por la cual se regula el contrato de técnicas de reproducción humana asistida de baja y alta complejidad médica, científica y clínicamente indicadas que se realicen en centros autorizados por el Ministerio de Salud. La autora del proyecto de ley planteó que esta técnica debía ser sufragada por quienes optaran por ella y detalló las características que debía contener un contrato de reproducción humana asistida, sustentándose en el principio de la buena fe y la solemnidad que un contrato conlleva, entre otros (Serrano, 2003, p. 3). El Proyecto de Ley fue retirado por el autor el 20 de junio de 2004.
- **Proyecto de ley 172 de 2006 Cámara**, por medio de la cual se reglamentan las técnicas de reproducción humana asistida, la investigación con células madres y se dictan otras disposiciones”, presentado por el senador Jairo Clopatofsky y tenía por objeto regular las técnicas de reproducción, las relaciones civiles que de ellas se deriven, así como sentar los

---

<sup>6</sup> Cuando los proyectos no logran completar su trámite en una legislatura, pero han sido aprobados en primer debate, continúan su curso en la siguiente legislatura, salvo en el caso de las leyes estatutarias. Sin embargo, ningún proyecto puede ser tramitado en más de dos legislaturas.

lineamientos para realizar investigaciones científicas tecnológicas de terapia celular. Permitiría la donación, crioconservación y experimentación de gametos y preembriones y la reproducción póstuma. El Proyecto de Ley fue retirado por el autor el 27 de noviembre de 2006.

- **Proyecto de ley 109 de 2013 Cámara**, por medio de la cual se reconoce la infertilidad como enfermedad y se establecen criterios para su cobertura médico asistencial por parte del sistema de salud del Estado. El estado actual de este proyecto es que está pendiente la ponencia para el primer debate. En el se reconoce la infertilidad humana como enfermedad, garantizar el acceso integral subsidiado a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción y a las técnicas de fertilización (Proyecto de Ley 109 de 2013 Cámara).

Señala Laureano Augusto Acuña, autor del proyecto que “se ha sostenido por la Comunidad científica y académica que la infertilidad es un problema de la salud reproductiva que radica en la no concepción después de un año de mantener relaciones sexuales sin ningún tipo de protección” (Proyecto de Ley 109 de 2013 Cámara).

En la exposición de motivos se señala que la mayoría de parejas debido a que el Estado y su sistema de salud no cubren las técnicas de reproducción humana asistida, un tratamiento de fertilización In Vitro (FIV) “puede costar entre \$3.500.000 y \$23.000.000, precio demasiado alto para la gran parte de la población de estratos 1, 2 incluso del 3” (Proyecto de Ley 109 de 2013 Cámara), tal y como lo sustenta en cuadro No 1.

Cuadro 1. Costos de un tratamiento por infertilidad

<b>PROCEDIMIENTO</b>	<b>COSTO</b>
FIV	\$9.100.000
ICSI (incluye FIV)	10.500.000
Semen de donante para Fecundación in Vitro con microinyección intracitoplasmática - ICSI	640.000
Medicación FIV-ICSI aproximadamente	3.500.000
Ovodonación	14.000.000
4 ciclos de FIV o ICSI (multiciclo)	23.000.000

Inseminación intrauterina	1.100.000
Inseminación intrauterina con semen donado	2.100.000
Medicación de inseminación aprox.	1.000.000
Criopreservación de ovocitos	6.900.000
Almacenamiento 1 año	1.100.000
Medicación criopreservación ovocitaria	3.500.000
Criopreservación de semen (5 muestras)	1.180.000
Almacenamiento anual	900.000
Verificación de embriones	400.000
Almacenamiento 1 año	1.100.000

Fuente: Cámara de Representantes. (2013). Proyecto de Ley 109 de 2013 Cámara. Bogotá: Relatoría del Congreso, Gaceta del Congreso 779 de 30 de septiembre de 2013.

Sin embargo, otra fuente aseveraba que el costo aproximado de la Fertilización in Vitro era de USD \$10.000 a \$12.000 a lo cual hay que sumar USD \$8000 aproximadamente de imprevistos, medicamentos, etc. para cada F.I.V. (Díaz, 2019).

- **Proyecto de Ley 88 de 2017 Senado**, por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones. A este proyecto de ley se le denominó como “Ley Lucia” como una forma de facilitar, en caso de ser aprobada, su divulgación sin tener que recurrir a su denominación técnica. El exponente reseña en su texto otros intentos por materializar la norma en comentario: proyectos de ley 55 de 2015 Senado y 56 de 2016 Senado, que finalmente se retiraron. En la exposición de motivos se asegura que las motivaciones de otros intentos legislativos por regular la reproducción humana asistida sirvieron de fundamento para este nuevo proyecto, el cual se enriquece con pronunciamientos jurídicos y jurisprudenciales.

En el proyecto de la Ley Lucia se presenta un marco conceptual y procedimental para la aplicación de la norma, se hace alusión al consentimiento informado de los interesados, filiación, reproducción póstuma, reserva de información, prohibiciones, creación de una comisión nacional de reproducción humana asistida, responsabilidad de los centros y equipos biomédicos, así como

las sanciones a lugar en caso de incumplir con lo preceptuado. El proyecto fue archivado el 21 de junio de 2018 por tránsito de legislatura.

- **Proyecto de Ley 19 de 2018 Senado**, por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones. Este proyecto de ley. Es un nuevo intento por reglamentar la reproducción humana asistida que incorpora los mismos elementos del proyecto de ley 88 de 2017 Senado. Este proyecto se fundamenta en la necesidad de llenar los vacíos jurídicos que en la actualidad se evidencian frente al tema, así como la reseña de experiencias de otros Estados que demuestran su viabilidad como método de procreación y la conformación de una familia, en caso de que los padres por medios naturales no puedan hacerlo.

En la exposición de motivos del proyecto se hace alusión a los costos del alquiler de un vientre en los Estados Unidos que puede ser de 100.000 dólares, o que por ejemplo, ese monto puede llegar a ser la mitad en otros Estados como India, Tailandia, Ucrania y Georgia, pero que en Colombia solo oscila entre los 2.000 y 15.000 dólares, cifra que puede generar mayor incentivo para su práctica. Igualmente, reseña que el “alquiler de vientre solidario”; es decir, sin ningún tipo de compensación económica, no reviste daños físicos ni emocionales para la madre sustituta, ni para el niño y que los parejas que recurren a este método tienen mayor estabilidad que una pareja promedio.

Como se observa, los distintos proyectos de ley que se han presentado ante la Cámara y Senado con el ánimo de regular la reproducción humana a través de un vientre solidario y otras técnicas asistidas, buscan a aplicación de pautas jurídicas y científicas que garanticen que tales procedimientos se desarrollen de manera tal que se preserven los principios y disposiciones de cada uno de los proyectos de ley referenciados, y se prohíbe que el alquiler de vientre con fines onerosos para la madre que así lo decida.

## **2. JURISPRUDENCIA REFERENTE A LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA**

### **2.1 Reproducción humana asistida**

Con respecto a la reproducción asistida, la Corte Constitucional ha analizado la procedencia de intervenciones quirúrgicas y medicamentos para tratar la infertilidad femenina. En las Sentencias T-1104 de 2000 y T-689 de 2001 la Corte señaló que en caso de que una intervención quirúrgica para tratar la infertilidad sea negada, por no estar incluida dentro del Plan Obligatorio de Salud, y la accionante no estuviera en capacidad económica de cubrir el procedimiento, no procedía la tutela puesto que la garantía del derecho a la procreación tenía estructura de libertad y no de derecho prestacional. Efectivamente, no se debe limitar el ejercicio de este derecho, pero no es exigible a entidad pública o privada alguna que realice gestiones tendientes a posibilitar la procreación. Ha dicho la Corte que:

... el derecho a la procreación -aunque existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa-, mal puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico *per se* no le permite su goce (Corte Constitucional, sentencia T-1104 de 2000).

Además, la Corte Constitucional ha señalado que:

... si bien el Texto Fundamental dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer ha de ser objeto de la especial asistencia y protección del Estado, ese deber de asistencia y protección opera siempre que la procreación sea posible y sólo impone el deber de no obstruir o limitar el derecho de la mujer a procrear (Corte Constitucional, sentencia T-689 de 2001).

En esta ocasión se ha ordenado vía tutela el suministro de tratamientos de infertilidad donde el derecho fundamental protegido no ha sido la libertad de procreación, sino la continuidad en el suministro de tratamientos médicos. En la Sentencia T-572 de 2002 se ordenó el suministro de un tratamiento de primer grado para la infertilidad, toda vez que éste, en virtud de la orden dada por el médico tratante de la entidad accionada, ya se había comenzado a suministrar, primero por el médico tratante, a manera de muestra gratis, y luego por cuenta de la accionada, hasta que ésta se vio en imposibilidad económica de continuar cubriéndolo. Además, en concepto del médico tratante, toda vez que el tratamiento ya se había iniciado, su suspensión podría conllevar consecuencias psicológicas adversas para la accionante.

Otro caso que ha conocido esta Corporación es la Sentencia T-946 de 2002, en la cual, al igual que en los fallos T-689 de 2001 y T-1104 de 2000 se solicitaba la realización de una intervención quirúrgica para tratar la infertilidad, se reiteró la improcedencia de la tutela para la realización de este procedimiento puesto que no afectaba ni el derecho a la salud ni la libertad de procreación. En los considerandos de los precedentes jurisprudenciales, esta sentencia añadió que sí lo que buscaba la accionante era la procreación para la conformación de un núcleo familiar, existía el procedimiento de adopción regulado por el entonces Código del Menor, Decreto 2737 de 1989.

En la sentencia T-311 de 2010, la Corte Constitucional hace un estudio especial de la línea jurisprudencial en relación con la acción de tutela y los tratamientos de fertilidad, y señala que los precedentes constitucionales han determinado que, por regla general, la tutela no resulta procedente en materia de tratamientos de fertilidad por encontrarse estos fuera del POS, debido al alto costo de este tipo de tratamientos, cuya realización comporta además el menoscabo en el cubrimiento de otras prestaciones de carácter prioritario. Además porque el derecho a la reproducción no incluye la obligación del Estado de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado, lo cual se predica de la llamada infertilidad originaria.

No obstante, de manera excepcional, la Corte Constitucional ha estimado que procede la tutela cuando dicho tratamiento es necesario para proteger la salud e integridad o vida de la

paciente en eventos concretos. Estos eventos son: cuando se suspende el tratamiento o la continuidad en el servicio (sentencia T-572 de 2002); procede en casos de infertilidad secundaria, es decir aquella originada por otro tipo de afecciones físicas (sentencia T-1104 de 2000); y procede frente al derecho al diagnóstico (se pone en peligro la salud y la vida del paciente) y cuando no existe certeza sobre la enfermedad (sentencia T-849 de 2001).

En la sentencia T-605 de 2007 la Corte Constitucional accedió a la solicitud de una ciudadana que requería, para poder determinar su problema de fertilidad, la práctica de “cirugía desobstructiva de las Trompas de Falopio y retiro de adherencias del óvulo izquierdo”, negada por la EPS por ser tratamiento de fertilidad excluido del POS (Corte Constitucional, sentencia T-605 de 2007).

En la sentencia T-946 de 2007 la Corte Constitucional concedió la tutela y ordenó a una EPS la realización del procedimiento requerido por la peticionaria denominado “laparoscopia operatoria”, prescrito por los médicos tratantes tras diagnosticar una alta sospecha de endometriosis (La endometriosis consiste en la aparición y crecimiento de tejido endometrial fuera del útero).

En cuanto el alquiler de vientre, la Corte Constitucional ha manifestado que en Colombia no está regulado pero tampoco está prohibido expresamente, así:

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.” La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la

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

Años más tarde, la Corte Constitucional en la sentencia T-528 de 2014 revisaría una Acción de Tutela en la que solicitaba el amparo de a la vida en condiciones dignas, la salud, a la familia y a la igualdad instaurada por una pareja a la que se le había negado el “procedimiento denominado fertilización In Vitro” por parte de la Entidad Promotora de Salud pues no estaba incluida dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS). Así la Corte Constitucional haría un breve recuento de las sentencias de tutela en las que se había declarado la improcedencia del amparo de tal instrumento constitucional referente a una técnica de reproducción humana excluida del POS justificándose, entre otros, en la faceta prestacional y progresiva que caracterizan el derecho a la salud y lo costoso que resultan los tratamientos para la esterilidad.

No obstante, esta sentencia es importante porque se destaca el “derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” bajo el entendido de que la salud no significa carecer de dolencias y enfermedades, sino también que toda persona pueda acceder a los servicios de salud que le permitan superar sus afecciones reproductivas siendo necesario la expedición de una regulación para tal fin. En ese sentido, la Corte Constitucional exhortó al Ministerio de Salud y Protección Social para que pública y abiertamente se discutiera una política pública que permita a quienes lo requieran, acceder a tratamientos de reproducción humana asistida y esos procedimientos científicos sean incluidos en el POS.

En la sentencia T-274 de 2015 la Corte Constitucional reiteraría la jurisprudencia que ha emitido respecto de la procedencia excepcional para la aplicabilidad de la acción de tutela y el tratamiento de infertilidad; en ese sentido, y después de un examen minucioso de los derechos reproductivos como derechos fundamentales y los parámetros jurisprudenciales acerca del acceso al tratamiento In Vitro a través del POS, se exhorta al Ministerio de Salud y Protección Social para que revise la situación de aquellos que no teniendo la capacidad económica desean someterse a un tratamiento In Vitro como solución científica a su infertilidad. Además, le ordena realizar un estudio del impacto fiscal de la inclusión de tratamientos de reproducción humana en



el POS y luego, evalué los factores que inciden para la realización de los tratamientos mediante técnicas científicas, constituyéndose en un gran adelanto para todos aquellos que a través de medios naturales no cuentan con la capacidad para procrear.

## **2.2 Bases para una legislación colombiana sobre nuevas formas de reproducción humana**

Colombia carece de una legislación sobre las consecuencias jurídicas de las nuevas técnicas de reproducción humana. Para considerar estos efectos hay que tener en cuenta los distintos informes que existen, la legislación de los Estados que la han promulgado, las directrices de la Unión Europea, la doctrina y jurisprudencia extranjera en esta materia.

La Ley sueca No. 1193-1984, que entró en vigencia el 1º de marzo de 1985, regula la inseminación artificial; el artículo 1839 del Código Civil Portugués, Decreto Ley No. 496 de 25 de noviembre de 1977, y el artículo 2562 del Código Suizo, Ley Federal de 25 de junio de 1976, que entró en vigencia el 14 de enero de 1978, impiden al marido de la madre, que ha consentido una inseminación artificial, aunque sea con semen de donante, la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. En igual sentido se establece en muchos estados de Estados Unidos de América.

En la inseminación artificial por semen de dador (IAD) se crea una disociación entre la paternidad biológica y la legal. Si el hijo de mujer casada fue fruto de inseminación artificial con semen de dador y el marido no ha dado su consentimiento puede, como si hubiese sido fruto de adulterio, impugnar la paternidad.

Respecto de las posibles reglamentaciones jurídicas de la fecundación "in vitro", se debe contemplar el derecho del hijo a ser informado sobre su origen genético y la identidad de su progenitor.

Algunas legislaciones han aceptado el derecho del nacido por las técnicas de reproducción humana asistida a conocer su origen genético y la identidad de su progenitor. La ley sueca de Inseminación Artificial de 20 de diciembre de 1983, reconoció el derecho del nacido

por esta técnica a conocer, una vez alcanzada la mayoría de edad, la identificación del donante del espermatozoides al que debe su nacimiento. En Alemania se considera el derecho a conocer la propia filiación biológica como un derecho fundamental vinculado a la inviolabilidad de la persona.

Efectos en la filiación:

En cuanto a los efectos en la filiación hay que considerar estos casos:

a) Matrimonio que no consiga tener un hijo por los medios naturales y recurra a la Fecundación in Vitro (FIV), no hay problema excepto si el embrión es implantado en el útero materno, fallecido el marido, de modo que el hijo nazca más allá de los trescientos días del fallecimiento de aquél. En este caso el hijo no es del marido.

b) Si el semen que fecundó el óvulo no fue aportado por el marido de la madre, aquél resulta, favorecido por la presunción de paternidad del artículo 92 del Código Civil “se presume que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento”. Esta presunción puede ser destruida dentro de los plazos legales, haya dado o no el marido su consentimiento a la Fecundación in Vitro (FIV),

c) Si el embrión humano trasplantado al útero de una mujer, fue el resultado de una Fecundación in Vitro (FIV), en la que se utilizaron gametos procedentes de donantes, tratándose de una mujer casada, se presume la paternidad pues el consentimiento del marido determina la paternidad porque el nacido es hijo del hombre que ha manifestado su voluntad de que su mujer sea fecundada con semen de un donante.

La Ley del Estado de Victoria (Australia) de 1984 "*Status of Children Amendment*" sobre el status del hijo nacido por estas técnicas, considera que el marido que consienta en que a su mujer se le practique una fecundación in Vitro con transferencia de embriones (FIVTE) con donante, será considerado como padre del hijo que nazca. Pero, es posible la impugnación por el hijo, o por el padre biológico.

El último Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA) publicado en el año 2015 reconocía a 175 centros especializados ubicados en 15 Estados de la región. Lo anterior no significa que la práctica de las técnicas de reproducción humana esté regulada en esos mismos países, pues existen restricciones legislativas las cuales comprenden: la prohibición de aplicar esas técnicas con fines diferentes de la procreación humana en Brasil, Chile y Perú; respecto de la crioconservación, solo en Brasil y Colombia es factible la congelación o crionización con nitrógeno líquido de espermatozoides, óvulos y embriones; en Chile se prohíbe la conservación de embriones, es decir que todos los óvulos fertilizados y normales deben ser implantados a la madre; en Chile y Perú se prohíbe la clonación humana; en Brasil siguiendo las directrices de la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva (ASRM) de 1999 se regula que sean cuatro máximo los óvulos y preembriones a ser transferidos, para no aumentar los riesgos de multiparidad, se prohíbe la utilización de procedimientos que “apunten a una reducción embrionaria” y se tipifica como delito la comercialización del material biológico.

### **2.3 Maternidad Subrogada**

El contrato de alquiler de vientre es nulo por objeto ilícito. En ese sentido, la Ley 14/2006 de España considera que todo contrato en el que se “convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o tercero es nulo” (art. 10); lo mismo acontece en Argentina, Uruguay, en los estados de Coahuila y Querétaro de México y Francia. Cano (como se citó en Guerrero y Mesa, 2015) sostiene que un contrato para que sea lícito, debe tener por objeto cosas que estén el comercio, por tanto, el contrato de maternidad subrogada es absolutamente nulo (p. 27).

Hay acuerdo en la doctrina en que los servicios de incubación en úteros ajenos no son materia de contrato de lucro y serían nulos por objeto ilícito (art. 1519 C.C.).

En la doctrina italiana, las opiniones se dividen entre quienes lo consideran nulo y carente de efectos jurídicos y quienes intentan ponerlo en conexión con la adopción.

En Holanda, la mayoría de la doctrina considera que el contrato de maternidad de sustitución es nulo, debido a que su causa es ilícita (Gómez, 1993, p. 159).

En Puerto Rico, se considera que el contrato no es válido, porque el cuerpo humano está fuera del comercio y porque es contrario al orden público acordar la procreación de un hijo, en unión a la renuncia de las relaciones paterno-filiales cuando éste nazca, para que otra persona lo adopte.

Efectos:

En principio, la maternidad debe atribuirse a la madre que da a luz y la paternidad podrá determinarse por reconocimiento. Si la madre sustituta está casada la presunción de paternidad favorece al marido. El padre biológico puede reclamar la determinación de la paternidad, pero debe destruir la presunción legal de paternidad marital. Si la madre sustituta quiere cumplir el acuerdo, la solución que es contraria a la moral y al derecho sería admitir la adopción en interés del menor.

El Estado social de derecho consagra constitucionalmente normas de derechos sociales, económicos y culturales; así mismo el principio de legalidad y división de poderes es la esencia del mismo. En ese sentido, la Corte Constitucional ha expresado que el Estado social de derecho con sujeción al principio de legalidad implica la coherencia del ordenamiento jurídico a disposiciones de carácter superior para generar seguridad jurídica, configuración del orden público y el acatamiento a los límites que exige la ley (Sentencia C-479 de 1992).

En efecto, instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos o sea la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos, incluyen para el ejercicio de derechos y disfrute de libertades una limitación general establecida por la ley, con el fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos de las personas. Así, constitucionalmente, se consagra el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 15), y los

límites que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico para el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16).

En las relaciones personales de familia, la autonomía de la voluntad y la libertad que conforman el libre desarrollo de la personalidad tienen directa relación con el orden público, constituyéndose como el límite que el derecho impone a lo acordado por las partes en orden a sus particulares intereses, incorporando necesariamente a la moral y buenas costumbres (Corte Constitucional, sentencia C-814 de 2001).

Jurisprudencialmente, se han referenciado las condiciones para el embrión al momento de su transferencia, la protección y reconocimiento para los comitentes y la madre subrogada del derecho a la autonomía, integridad, libre desarrollo de la personalidad, como ámbitos de conducta protegidos por la dignidad y la obligación del Estado de no interferir en la órbita individual (Corte Constitucional, sentencia C-404 de 1998).

En el contexto de la maternidad subrogada las decisiones de los comitentes y la madre subrogada se realiza bajo los ideales o exigencias de una moral privada, sin que deban derivar de la moral social, actúan por propio convencimiento, eliminando conflictos al actuar con responsabilidad, por lo que en la privacidad de las personas el “Estado no puede alegar como razón para interferir el que se degrada el carácter moral de ese individuo y se obstaculiza su perfeccionamiento moral (Nino, 1992, p. 306). De otro lado, al ser parte de una determinada sociedad se mantienen y aceptan valores, normas y principios donde los derechos de cada persona están “limitadas por el derecho de los demás y las justas exigencias del bienestar general o bien común” (Organización de Estados Americanos, 1969), límites objetivos de la libertad individual que la persona tiene consigo mismo, y para con la sociedad en que vive conservando, manteniendo y valorando ciertas normas morales fundamentales para vivir bien; lo que empalman en este asunto de la maternidad subrogada al reconocer y protegerse el valor de la persona, el derecho a la vida y la libertad individual a los comitentes, madre subrogada y al nacido.

Normas morales que según la Corte Constitucional están tipificadas en la ley y es donde debe apreciarse que aquellas no se infringen al realizarse la maternidad subrogada (sentencia C-814 de 2001), empalman con los valores sociales en especial los referidos a la paternidad, maternidad, vida familiar y filiación.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el principio “del interés superior del menor” (Corte Constitucional, sentencia T-953 de 2006) acogido por el ordenamiento jurídico internacional sobre derechos humanos, la normatividad interna, jurisprudencia y doctrina guían la maternidad subrogada, como gobierna todo proceso que involucre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para que se garantice su desarrollo integral como miembro de la sociedad.

La maternidad subrogada tendría soporte legal en la medida que mantenga indemnes la protección y guarda de los derechos y decisiones particulares de la madre subrogada y de los comitentes, quienes deben actuar con criterio ético de su propio convencimiento; así, los valores que lo fundamentan interactúan necesariamente con el cuestionamiento social y bioético de la maternidad, donde la prueba biológica resguarda certeza de maternidad y paternidad, vida familiar y protección a la identidad del nacido, concretándose por consiguiente el respeto por la persona.

Así como el fundamento jurídico constitucional es el límite legítimo al derecho del libre desarrollo de la personalidad, a la vez este mismo derecho es el límite a la potestad de configuración del legislador, no sólo en materia penal sino en general en el ejercicio de su potestad sancionatoria, que sin importar la relevancia “ de los bienes constitucionales que pretenda proteger, no puede establecer medidas perfeccionistas que supongan una restricción desproporcionada” del derecho en comento (Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006).

Dentro de los efectos de la autonomía particular, la realización de acuerdos con personas capaces conlleva la condición de ser válidamente celebrado, con el acogimiento de pautas normativas y un actuar de buena fe. De otra parte, teniendo en cuenta que los cambios sociales se producen de forma gradual, el interés general y el bien común cambian y tienen otro contenido, aún antes de la sanción de la ley que recoja aquella evolución. Esto es debido a que la seguridad

jurídica se encuentra recogida precisamente en las leyes, normas que ante el hecho social quedan sin alcance y sentido. Por consiguiente, para afrontar la maternidad subrogada el operador jurídico debe estar preparado, con los elementos de integración del derecho, para realizar la adecuación de la norma.

Así mismo, la protección y respeto a la persona, valores que estructuran la maternidad subrogada, y los principios bioéticos permiten a la sociedad el reconocimiento de los intereses individuales involucrados en el acto jurídico de familia que se objetiviza en el acuerdo realizado por personas capaces involucradas por su propia voluntad, manteniendo la armonía de la ética individual con los principios de justicia, equidad, buena fe y el no daño a terceros.

### **2.3.1 Posibilidades de regular la maternidad subrogada**

La Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009, realizó una serie de argumentaciones en torno a la maternidad subrogada que sirven de fundamento a la imperiosa necesidad de regular la maternidad subrogada en Colombia.

Para tales efectos, inicia la Corte Constitucional señalando que el alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste” (Gómez, 1994, p. 136). En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos<sup>7</sup>.

La Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009 reconoce que las técnicas de reproducción asistida como la fertilización in vitro, combinadas con la maternidad subrogada, permiten a las mujeres que no han podido llevar a término un embarazo, tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su propio óvulo y semen de su marido,

---

<sup>7</sup> Si lo aportara se estaría frente a la hipótesis de la mujer que se compromete a entregar su hijo biológico a cambio de una suma de dinero, la cual si está prohibida en el ordenamiento colombiano por constituir trata de seres humanos.

compañero o donante. Generalmente, advierte la Corte, las parejas que recurren a este método prefieren generar el embarazo con sus propios óvulo y esperma.

Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto. La ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios hijos, sobre cualquier otro, incluso la adopción, es que el niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el esperma del padre.

La Corte Constitucional advierte además que en Colombia la maternidad subrogada, al parecer también es una práctica en auge. En Internet se encuentran cientos de anuncios de mujeres de todas las edades que ofrecen su vientre para hacer realidad el sueño de otros de ser padres.

Al existir un vacío normativo en la regulación de la maternidad subrogada, es lo que ha permitido el desencadenamiento de hechos y decisiones tan lesivas e irremediables de los derechos fundamentales de los menores involucrados.

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

Dentro de este contexto se ha evidenciado la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones” (Corte Constitucional, sentencia T-968 de 2009) como los siguientes:



- a) Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir;
- b) Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre);
- c) Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas;
- d) Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.;
- e) Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas;
- f) Que se preserve la identidad de las partes;
- g) Que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor;
- h) Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia;
- i) Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y
- j) Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros (Emaldi, 2001, p. 409).

El ordenamiento jurídico colombiano no regula maternidad subrogada, por lo que la viabilidad de su contratación es factible, tal y como lo vienen realizando centros de técnicas de reproducción humana asistida. Así mismo, este argumento coincide con las conclusiones de la investigación adelantada por Emilio José Aguilar, sobre la hipótesis de que el acto jurídico de dar en arrendamiento el vientre de la mujer para llevar a cabo la gestación de un hijo biológico de terceros, en nuestro ordenamiento jurídico se puede considerar como lícito, además de desarrollar preceptos de rango constitucional.

En efecto, Aguilar (2008) sostiene que constitucional como normativamente no existe impedimento alguno para que una mujer celebre un contrato de alquiler de vientre con el fin de gestar un hijo a unos terceros, pues desde el ámbito religioso o moral, no hay obstáculos para tal procedimiento. El principal argumento que sostiene esta tesis se basa en la inexistencia de una prohibición tácita a esta figura (p. 58).

De todo lo expuesto, y teniendo en cuenta criterios éticos la maternidad subrogada debe resolverse jurídicamente en términos de justicia material, con base en la prueba científica, como corrección de la norma genérica parto-maternidad, alejándose de los criterios de igualdad formal pero no en contra de la justicia legal. Admitiéndose normativamente y socialmente la prueba biológica quedan inmersos valores relevantes tanto particulares como sociales que dan sentido a la vida, como la paternidad, maternidad, vida familiar y filiación, instaurando el criterio ético de la consideración social de la maternidad y el respeto por la diferencia.

### **3. LOS RETOS JURÍDICOS DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA PARA LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA – MATERNIDAD SUBROGADA**

#### **3.1 El reconocimiento jurídico del embrión**

El reconocimiento jurídico del embrión, es, sin duda alguna, la cuestión de cuestiones, el eje sobre el que se articulan los demás problemas que la genética a través de las técnicas de reproducción humana asistida le plantea a la ciencia del derecho. Antes de abordar el tema, debe hacerse una aclaración terminológica. Cualquier legislación que se adopte sobre la procreación humana con asistencia científica y, en especial, sobre el embrión, es algo más que la descripción científica empírica del origen, del funcionamiento y del desarrollo del embrión humano. El legislador ha de conocer, ante todo, mucho más cuando aquello que regula es la vida humana: qué es la vida, y cuál es, en relación con el embrión humano, su estatuto ontológico<sup>8</sup>. Consideración que, a su vez, implica aceptar el estatuto moral, que indica el carácter bueno de una acción, así como reconocer su estatuto jurídico, esto es, su carácter justo.

El punto de partida de este estatuto es de carácter biológico, pero no se reduce a él. De ahí que algunos autores también usen la expresión “estatuto biológico del embrión” (Ferrer y Pastor, 1998), en el entendido de que al estudiar al embrión debe conocerse en su orden interno y en sus relaciones naturales. Sin conocer el orden constitutivo y el desarrollo del embrión no es posible comprender sus implicaciones éticas y jurídicas. No se trata de estatutos distintos: el estatuto biológico, el estatuto ontológico, el estatuto moral y el estatuto jurídico, sino de un mismo estatuto en el que está expresada la condición del embrión como organismo viviente, ser humano y persona, sujeto moral y sujeto jurídico.

Desde el punto de vista científico, se ha considerado que el proceso de desarrollo del embrión es un “proceso ordenado, continuo y unitario, constituido por una compleja red de interacciones bioquímicas, rítmicas y progresivas, en la que toda estructura espacial (es decir,

---

<sup>8</sup> Abordar una reflexión sobre el estatuto ético del embrión humano equivale a encontrar un lugar para el embrión en el terreno de la moral, y equivale también a describir y justificar la actitud ética de las personas y las instituciones hacia el embrión.

toda 'forma' en el espacio) está siempre precedida y producida por una estructura temporal dinámica (esto es, por una "forma" en el tiempo)” (Bozzato, 1999, p. 227) cuya trayectoria de desarrollo comienza desde el cigoto. De ahí que el término “embrión” se use para significar a un nuevo ser humano.

Mucho se ha hablado de la bioética, pero también se ha de insistir en el bioderecho, o sea, por un lado, en la reflexión sobre los criterios jurídicos para la elaboración de nuevas reglas jurídicas y para la interpretación de las existentes; por otro, en la determinación de lo justo natural, aquello que por razón de la naturaleza se adeuda a un ser humano. Dentro de este campo es que se enmarcan las reflexiones sobre la personalidad jurídica del embrión (Andorno, 1993, p. 39), a partir de la Constitución Política de Colombia.

### **3.1.1 El embrión es ser humano**

El término embrión según la Real Academia Española significa “ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie”. El término embrión proviene del griego *émbryon*, y este a su vez es un término compuesto de la raíz del verbo *brýo* que significa: crecer, abundar, rebosar, brotar, retoñar. Derivado del verbo *brýo* aparece ya en el griego clásico el término compuesto embrión, con significado de feto (lo que crece dentro) (Núñez, 2008, p. 4).

Etimológicamente, embrión significa lo que está floreciendo o germinando por dentro. Desde el punto de vista científico se ha considerado que el embrión es el producto de la fecundación desde las primeras modificaciones del óvulo fecundado.

Hoyos (2000) sostiene que en la actualidad cuando médica y genéticamente se habla del embrión, este se dota de un “programa nuevo” producto de la unión de la fertilización de dos células sexuales aportadas por un hombre y una mujer, el cual es presenta una actividad desde ese mismo momento, la cual es gradual con el pasar del tiempo, pero reitera que se trata de un ser distinto de la madre, por tal no hace parte del organismo materno. Ahora bien, desde el ámbito moral o jurídico, teniendo en cuenta la evidencia genética respecto del embrión, se debe

discutir la aceptación o no, que existe un nuevo ser humano a partir de la fecundación de las células sexuales, y no dejar tal discusión en manos de las creencias religiosas o las opiniones personales de quienes la realicen. Igualmente, el autor en comento, sostiene que está comprobado científicamente que características como el color de los ojos o forma de la cara, son incorporadas desde el mismo momento de la fecundación a través del “código genético”. Con referencia a lo anterior, “cada nueva vida es, por tanto, la vida, no de un ser humano potencial, sino de un ser humano con potencialidades. El desarrollo de estas potencialidades es normalmente un proceso dotado de profunda continuidad” (Hoyos, 2000, p. 98).

Si la ciencia considera que el embrión, desde el primer momento de su existencia, es un ser vivo, un individuo de la especie humana, distinto y dinámicamente autónomo respecto de sus padres, queda plenamente justificado afirmar que es un ser humano.

“El ser es primariamente unidad. El embrión, al ser uno, es, a su vez, único” (García, 1998, p. 348). Lo que significa que un individuo humano carece de igual, que no hay otros seres idénticos a él. El caso de los gemelos aún no ha sido clarificado del todo por la ciencia. Pero puede decirse que los individuos que se originan son distintos, porque el proceso de desarrollo de cada uno ha sido único, por eso cada uno, en su ser es irrepetible.

Los datos científicos consultados conllevan a estar de acuerdo con lo expuesto por Javier Gafo, para quien “hay tres hechos científicamente incuestionables respecto del cigoto: en primer lugar, se trata de un ser vivo; segundo, es biológicamente humano; y en tercer término, posee, en principio, la capacidad de dar origen a un recién nacido al que le atribuimos un derecho básico a la vida” (Fernández, 2004, p. 6).

El embrión es un ser dotado de programa genético específico y de una potencialidad suficiente para desarrollarse, en interacción con el medio ambiente uterino, hasta permitir que el ser humano desarrolle todas sus potencialidades. Pues bien, desde el momento en que hay un óvulo fecundado de la especie humana hay una nueva vida humana.

En este mismo orden y dirección, Hoyos (2000) hace una crítica a la conceptualización de la fecundación del óvulo por parte de quienes manifiestan que existe un preembrión y un embrión, según la etapa en que se encuentre. Lo anterior es contradictorio, sostiene el autor, si se tiene en cuenta que todo óvulo fecundado es un embrión, un nuevo ser, el cual no puede ser desvirtuado con el uso inadecuado de eufemismos que intentan desvirtuar tal hecho contundente, con el único fin de lesionarlo o afectarlo como un nuevo ser (p. 100).

Lo anterior para referirse al plazo administrativo de 2 semanas o 14 días que el Comité de Investigación sobre Fertilización y Embriología del gobierno británico, a través del denominado informe Warnock de 1984<sup>9</sup>, recomendó para realizar investigaciones embrionarias, incluyendo su destrucción, y que ha sido adoptado por muchos países. En esos 14 días el preembrión carece de derechos humanos y relevancia ética (Ferrer y Pastor, 1998). Para no entrar en discusiones científicas sobre lo qué es o no es un embrión, se evidencia en todo caso que se trata de un proceso dotado de continuidad que debe ser jurídicamente tutelado y para ello es necesario adoptar una legislación que de manera armónica y sistemática, proteja constitucional, civil y penalmente el embrión.

La Constitución Política de Colombia, desde el Preámbulo, le otorga especial protección a la vida humana. Se trata no sólo, como lo han considerado algunos de un valor que se estima fundamental, sino de un bien jurídico, esto es, de un derecho, que se protege en tanto la vida humana es el mismo ser del hombre. “Lo fundamental para entender lo que sea la protección jurídica de la vida, no es considerarla como valor esencial o fundamental, porque con ello se corre el riesgo de comprenderla ajena a un ser concreto. La vida humana es un acto de la realidad: un bien concreto que corresponde a un ser específico” (Hoyos, 2002, p. 100).

En efecto, se lee en el Preámbulo: “con el fin de [ ... ] asegurar a sus integrantes la vida”. Por su parte, el inciso 2º del artículo 2º de la misma Carta establece que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su

---

<sup>9</sup> Con el fin de dar mayor consistencia a las conclusiones y facilitar su aceptación por la opinión pública, los miembros de la comisión adoptaron el nombre de "pre-embrión" para denominar al embrión humano menor de 14 días. Sin embargo, en ningún momento entraron en la discusión de la condición última del embrión humano, limitándose a fijar unos límites pragmáticos y a buscar algunas razones de conveniencia que pudieran hacerlos más aceptables.

vida”. La Constitución Política, al proteger la vida, lo hace en referencia a los integrantes de la nación o a las personas residentes en Colombia, no con independencia de ellas. Otro tanto podría decirse del artículo 11 constitucional, en el que se reconoce que “el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”. El carácter inviolable que la Constitución le reconoce a la vida se explica, precisamente, porque es un derecho inalienable de la persona (C. P., art. 5°) o inherente a ella (C.P., art. 94). En tanto derecho, requiere del ser humano, porque no puede haber derechos sin referencia a un titular, al alguien que sustenta los bienes que le son propios y que respecto de otros tienen el carácter de debidos. A nivel constitucional, ese titular es la persona (C.P., art. 2°) y la persona del niño (C.P., art. 44).

### **3.1.2 Todo ser humano es ontológica y jurídicamente persona**

Una vez la ciencia atestigua que el embrión derivado de la unión de los gametos humanos es, desde el primer momento, un individuo de la especie humana, distinto y dinámicamente autónomo respecto de sus padres, queda, sin duda alguna, justificado el empleo del concepto antropológico y filosófico de persona, ya que la filosofía designa con tal concepto al individuo de naturaleza racional. La naturaleza humana no tiene otra modalidad de existencia real que la de ser persona.

La tratadista Ilva Myriam Hoyos enseña: “si el embrión es ser humano y todo ser humano es persona, el embrión es persona. Pues bien, el principio sobre el cual se funda el Estado social de derecho es el respeto a la dignidad humana (C. P., art. 1°). Principio que se constituye en el fundamento ontológico de todo el ordenamiento jurídico colombiano. No puede existir ley, acto administrativo, decisión jurisprudencial o acto de un particular que vulnere o desconozca esa realidad ontológica: la dignidad humana” (Hoyos, 2002, p. 102).

La dignidad humana no es un principio más entre los tantos que se reconocen o enuncian en la Constitución Política: es el principio de principios. Principio que, al decir de algunas sentencias la Corte Constitucional, tiene un carácter absoluto, que no puede ser objeto de atenuación alguna, porque todo ser humano, cada ser humano, evoca una realidad ontológica digna por sí misma.

Pues bien, la Constitución colombiana no sólo admite que la dignidad humana sea el principio fundante del ordenamiento jurídico colombiano, sino que reconoce que esa dignidad implica un respeto, es decir, un deber, una acción de comportamiento necesario respecto del ser que se dice digno, es decir, del hombre. “Importantísima afirmación que no ha tenido el alcance necesario en la jurisprudencia y en la doctrina colombianas. El ser humano, también el embrión, es sujeto moral y sujeto de derecho” (Hoyos, 2002, p. 103).

La Carta Política colombiana no excluye, como algunos lo han insinuado, hacer mención del ser humano. Ya se ha dicho, en el artículo 1º la Constitución usa la expresión: dignidad humana. Es el hombre, el ser humano, el que se cualifica como digno; no es, porque ello implicaría una restricción a la noción de los derechos humanos.

El artículo 17 de la Constitución, por su parte, prohíbe, de manera expresa, la trata de seres humanos: cualquier forma de servidumbre está proscrita por la Carta. Sería contradictorio afirmar que esta disposición constitucional se aplica a los seres humanos, es decir, a cada hombre, pero considerar que, en relación con los demás derechos reconocidos constitucionalmente, no es el ser humano su titular sino el alguien que reúna los requisitos determinados por la ley para ser considerado como persona, por ejemplo, aquel que haya nacido o que tenga una determinada condición, como, por ejemplo, estar en el vientre materno.

Para la Constitución Política de Colombia, todo ser humano, digno de por sí, es persona. Dentro de esta óptica debe entenderse el reconocimiento que el mismo Estado social de derecho hace del derecho de toda persona, entendida en su sentido filosófico como ser humano, de su personalidad jurídica (C. P., art. 14) y del libre desarrollo de su personalidad (C.P., art. 16).

Sobre la base de las consideraciones anteriores, (Hoyos, 2000) señala que el mandato constitucional no tendría sentido si sólo es persona todo ser al que el derecho le otorga el carácter de sujeto de derechos. No, la norma es clara. El reconocimiento de la personalidad jurídica se explica porque la persona tiene una juridicidad propia, no es un ser por el derecho, sino ante el derecho. En este sentido, la persona es un *prius* (prioridad) del ordenamiento jurídico. Lo mismo podría decirse del libre desarrollo de la personalidad: el ser humano es un ser libre; el ejercicio



de su libertad, sin embargo, no puede desconocer ni ir en desmedro de su propio ser. La libertad es la afirmación del ser personal (p. 105).

Lo anterior podría plantearse de manera diversa. Si los derechos inalienables o inherentes, para hacer uso de la apreciación que utilizan los artículos 5° y 94 de la Constitución, no los crea ni determina el Estado, es porque simplemente los reconoce y los enuncia. Mal puede ese Estado, que se funda en el respeto a la dignidad humana, determinar quién es jurídicamente persona.

### **3.1.3 La procreación es el acto que determina la existencia jurídica del nuevo ser**

El artículo 42 de la Constitución Política, en su inciso sexto, reconoce que los hijos “procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”. Esta disposición constitucional tiene diversos problemas de interpretación.

Para Meneses (2007), la Constitución Política reconoce expresamente la existencia de métodos de reproducción con asistencia científica y consagra igualdad de derechos y deberes entre los hijos nacidos por dicho medio y los hijos procreados de forma natural. Y agrega: siempre que se acomete el estudio jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida debe ser ineludible el análisis del soporte constitucional para edificar la admisión o el rechazo de las técnicas de fecundación asistida (Meneses, Corcho y Zambrano, 2007, p. 36).

Uno de los problemas, según Hoyos, es el relativo a saber qué entiende la Constitución por “procreación”. El uso de este término a lo que alude es a la existencia del Creador, de quien el hombre debe su ser. La Constitución parecería aceptar, por lo menos de manera implícita este texto, que la transmisión de la vida implica un acto creacional, sin distinguir, como se hace en otras legislaciones, entre la procreación natural y la reproducción asistida o artificial. En la primera, la transmisión de la vida es personal y requiere de la sexualidad. En la segunda, se da realce más a un hecho biológico que a un acto personal. Esta distinción que obedece a los medios para lograr generar un nuevo ser humano, en lo que interesa a la Constitución, parece no tener otro significado que el que los procreados “naturalmente o con asistencia científica” tienen los mismos derechos y deberes (Hoyos, 2002, p. 109).

Pero aceptando que el término procreación no determina el momento en el que surge un nuevo ser y en el que puede hablarse de persona en sentido filosófico y en sentido jurídico, debe aplicarse el artículo 93 de la Constitución, según el cual los derechos y deberes en ella reconocidos “se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, incorporada a la legislación colombiana mediante la Ley 16 de 1972, establece en su artículo 1.2 que, para los efectos de esta Convención, “persona es todo ser humano” y en su artículo 4 reconoce que toda persona tiene derecho a la vida, “a partir del momento de la concepción”. Es decir, que de conformidad con esta normativa, todo ser humano, también el embrión, es titular del derecho a la vida y, por ende, tiene el carácter de persona en sentido jurídico.

Hechas las consideraciones anteriores, Hoyos (2000), enseña que “la referencia que hace el Pacto de San José de Costa Rica a la concepción es propia de la codificación latinoamericana, que equipara ser humano con persona. Cualquier separación entre uno y otra, a nivel constitucional y legal, es arbitraria y sin fundamento real” (p. 110). En referencia a la clasificación anterior, Velásquez (2006) señala que la defensa del derecho a la vida del nasciturus en Colombia deviene no solo del orden constitucional y legal, sino de instrumentos internacionales de derechos humanos que por efecto del denominado bloque de constitucionalidad, son de pleno cumplimiento por parte del Estado; entre los que se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos que estipula que persona es “todo ser humano” (art. 1.2) en acogimiento a las orientaciones que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ha hecho al respecto; por consiguiente, “Si el nasciturus es ser humano, también es jurídicamente persona y, por ende, titular del derecho a la vida, que tiene “a partir del momento de la concepción” (art. 4°, numeral 1°) (Velásquez, 2006, p. 87).

Entonces, ese ser procreado, naturalmente o con asistencia científica, tiene derechos y, en cuanto tal, es jurídicamente persona. Y hay que decirlo claramente: derechos y deberes no sólo respecto a los padres sino respecto a cualquier persona y autoridad pública. Aunque el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos es claro, no sobra decir que estos derechos no se

reducen al campo económico, sino que, en tanto son de la persona, abarcan todas las dimensiones de su ser.

No debe resultar extraño que la Constitución haga mención de los derechos de los hijos procreados naturalmente o con asistencia científica en el artículo relacionado con la familia, porque toda persona es un ser familiar (C. P., art. 5º) y, en cuanto tal, tiene el derecho, como se reconoce, de manera expresa, en el artículo 44 de la Carta, a tener una familia. Tampoco debe considerarse como meramente casual el que la Constitución establezca, de manera expresa, que la Ley reglamentará la progeneración responsable. Es decir que la ley no puede, bajo ningún pretexto, fomentar una progeneración irresponsable.

Las disposiciones del artículo 42 de la Constitución Política deben armonizarse con todos los demás preceptos del Estatuto Superior, y en especial, por la significación que tienen en el ordenamiento jurídico colombiano, con el respeto a la dignidad humana (C. P., art. 1º), con la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P., art. 5º), con el amparo que se le otorga a la familia como institución básica de la sociedad (C.P., art. 5º) y con la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás (C.P., art. 44).

#### **3.1.4 El embrión como ser humano viviente es titular de derechos fundamentales**

Para la Dra. Ilva Myriam Hoyos, la cual defiende la personalidad jurídica del embrión y a la que se ha recurrido para entender los retos jurídicos que enfrenta la genética, afirma que el embrión como ser humano viviente es titular de derechos fundamentales.

La argumentación que sustenta su afirmación gravita en lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-133 de 1994, que el embrión como ser vivo es titular de una protección especial. En relación con lo expresado, la Corte Constitucional ha señalado que en Colombia se ampara el derecho a la vida humana, y en ese sentido el nasciturus o no nacido es titular de dicho derecho, pues donde haya vida humana el Estado estará en la obligación de protegerla. Como puede observarse, la Corte señala que la protección constitucional a la vida no es exigible solo para quien nazca vivo, sino que se extiende a todo momento o etapa en que está

existe, es decir, a la fecundación del óvulo, cuando el embrión adquiere características humanas y por supuesto, cuando nace y se perfecciona la persona jurídica natural. Cabe agregar, que para la Corte Constitucional la protección de la vida es indispensable en toda etapa desde la concepción de la misma, momento en que se genera la existencia de un tercer ser “cuyo desarrollo y perfeccionamiento para adquirir viabilidad de vida independiente, concretada con el nacimiento, no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada” (Corte Constitucional, sentencia C-133 de 1994).

En este sentido, puede afirmarse, como lo hace el Alto Tribunal Constitucional en Colombia, que la Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, sino el proceso mismo de la vida humana. El embrión, en tanto ser vivo, es titular, entre otros derechos, del derecho a la vida y la integridad física, del reconocimiento de su personalidad jurídica y del libre desarrollo de la personalidad (C. P., arts. 11, 12, 14, 16, 44).

El embrión, por ser persona, sostiene Hoyos (2000), que se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta debe ser especialmente protegido por el Estado (Constitución Política, art. 13), que, deberá proteger especialmente al embrión humano y sancionar los abusos o maltratos que contra él se cometan. Debe ser protegido contra toda forma de abandono, violencia física y explotación económica (Constitución Política, art. 44). Corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de protegerlo para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (p. 111).

El embrión, por ser titular de derechos fundamentales, no puede ser tratado como cosa o como simple medio. El principio de respeto de la dignidad humana y el reconocimiento del derecho a la vida impiden toda destrucción voluntaria o deliberada de embriones humanos, aunque se denominen pre-embryones, así como su manipulación para efectos de investigación o experimentación científica o para el uso de sus tejidos, órganos o células, o, en general, para cualquier otro objetivo que no sea la misma conservación de ese ser humano.

No obstante, en el año 2006, la Corte Constitucional con ponencia de los magistrados Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, despenaliza el aborto en tres casos

excepcionales, así: a) en caso de que la salud física o mental de la madre esté en riesgo; b) cuando el feto presente malformación que hace inviable la vida de este; y c) cuando el embarazo sea producto de una violación o inseminación artificial sin consentimiento (Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006).

Entonces, a partir de la Sentencia C-355 de 2006, se pone de presente una colisión entre los derechos fundamentales de la mujer y la protección constitucional al no nacido. Esta situación ha sido el centro de diversos artículos que analizan esta línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, en cuanto si ¿es constitucionalmente exigible el deber de protección del no nacido, por parte del Estado, mediante la adopción e imposición absoluta (sin excepciones) de medidas penales sancionatorias? O ¿Cómo resuelve la jurisprudencia de la Corte Constitucional la tensión entre la vida del nasciturus y los derechos de la mujer en el caso del aborto?

Diana Isabel Güiza Gómez realizó un análisis de esa situación jurídica y señaló que para resolver tal conflicto de intereses constitucionales, por vía de tutela, así como en sentencias de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha fijado los lineamientos básicos del ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer en las circunstancias en las cuales es admisible el aborto. No obstante, en relación con la situación jurídica del no nacido, el panorama es sombrío, puesto que la reinterpretación, a la luz de la Constitución Política, del bloque de constitucionalidad y del derecho legislado y jurisprudencial, de la protección constitucional al no nacido ha discurrido en el ámbito de interrelación del no nacido con los derechos fundamentales de la mujer, sin que previamente (i) se estipule la situación jurídica del no nacido, sea que se reconozca como persona o como un ser con potencialidad de vida, acudiendo a los principios y desarrollos científicos y bioéticos actuales, (ii) ni se especifique si el no nacido es titular del derecho a la vida, como sujeto de derecho, o es objeto de protección en razón del valor constitucional a la vida (Güiza, 2017, pp. 13-14).

Recapitulando, el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la exequibilidad de la adopción e imposición de medidas penales sancionatorias sobre el aborto fue la Sentencia C-133 de 1994, en la cual se estableció una preeminencia de la protección del no nacido en relación con las libertades de conciencia y culto y el derecho de la pareja a decidir

libre y responsablemente el número de sus hijos, respecto de los cuales se circunscribió la demanda de inconstitucionalidad.

En la sentencia C-133 de 1994, tuvo sustento la consideración de que “la gestación genera un ser existencialmente distinto de la madre, cuya conservación y desarrollo, no puede quedar sometido a la libre decisión de la embarazada”, razón por la cual la pareja puede ejercer legítimamente el derecho a decidir el número e intervalos de sus hijos, “sólo hasta antes del momento de la concepción” (Corte Constitucional, sentencia C-133 de 1994), sin que ello implique la completa anulación del ejercicio de este derecho.

Por el contrario, el salvamento de voto de la Sentencia C-133 de 1994, suscrito por los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, se expone que en el aborto se encuentran en conflicto diferentes intereses y bienes constitucionales, no solamente “la vida potencial o la esperanza de vida [del nonato], sino, muchas veces, la propia vida de la madre, su salud, su libertad o su dignidad y valores que igualmente deben ser protegidos por el Estado” (Corte Constitucional, sentencia C-133 de 1994).

Por ende, la decisión que ha de adoptarse en el escenario constitucional del aborto, debe tener en cuenta que los diferentes períodos biológicos de desarrollo del no nacido, asignando un determinado peso al deber de protección que éste merece, el cual debe compararse con los derechos de las personas involucradas, de manera que se supera la “decisión del tipo “todo o nada”, que desconoce los derechos fundamentales”. Sin embargo, continúa el salvamento de voto, este criterio de interpretación fundamentado en la ponderación de bienes constitucionales, no fue aplicado por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Ahora bien, la Sentencia C-355 de 2006 expresamente reconoce que el escenario constitucional del aborto comprende, por una parte, “diversos derechos, principios y valores constitucionales en cabeza de la mujer, (...), tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, e incluso su integridad y su propia vida, cada uno con sus contenidos específicos; [y] por el otro, la vida en gestación como un bien de relevancia

constitucional que debe ser protegido por el legislador” (Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006).

En la Sentencia C-355 de 2006, adicionalmente, la Corte Constitucional resalta que debe reconocerse la colisión de valores, principios y derechos en materia del aborto, ya que la Constitución Política permite la “coexistencia de distintos valores, principios y derechos constitucionales, ninguno de los cuales con carácter absoluto ni preeminencia incondicional frente a los restantes”, de manera que para resolver las colisiones entre normas con estructuras de principios, se debe sustentar la argumentación judicial en el principio de proporcionalidad.

En segundo término, en la jurisprudencia constitucional analizada se sostiene reiteradamente que la adopción de medidas penales sancionatorias para proteger al no nacido obedece al deber de protección del no nacido por parte del Estado.

Por lo tanto, ambas sentencias son diametralmente opuestas en cuanto a la decisión adoptada; por ejemplo, la sentencia C-133 de 1994, se argumenta la penalización absoluta del aborto, en virtud de que el Estado tiene el deber de “establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal y efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de medidas penales” (Corte Constitucional, sentencia C-133 de 1994). En contraposición, la Sentencia C-355 de 2006, modula la aplicación de sanciones penales en relación con el aborto, puesto que la penalización absoluta de esta conducta típica, “implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada” (Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006).

Por último, la jurisprudencia constitucional es ambigua en cuanto a la situación jurídica del no nacido. En efecto, en las sentencias analizadas no se observa una secuencia discursiva unívoca, consistente ni coherente respecto de la determinación y categorización del no nacido en el ordenamiento jurídico colombiano, como se pasa a verificar.

En la Sentencia C-133 de 1994, en primer lugar, se justifica la protección constitucional del no nacido, porque la vida del nonato “encarna un *valor* fundamental”, debido a “la *esperanza* de su existencia como persona” y al estado de indefensión en que se encuentra, el cual requiere de la especial protección del Estado. Es decir, el deber de amparo del no nacido se fundamenta en la protección debida al “*proceso mismo de la vida humana*, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento”, más no en el reconocimiento del no nacido como persona, pues la Corte se refiere al nonato como “el *producto de la concepción* que se plasma en el nacimiento, [momento que] determina la existencia de la persona jurídica natural”. No obstante, en criterio de la Corte Constitucional, resulta coherente el reconocimiento de la protección que merece el nonato, a pesar de que carezca de personalidad jurídica, pues “no se requiere ser persona humana, con la connotación jurídica que ello implica, para tener derecho a la protección de la vida”. Así, el nonato “tiene el derecho a la vida desde el momento de la concepción, independientemente de que en virtud del nacimiento *llegue a su configuración* como persona” (Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 1994).

La Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, establece las diversas funciones que cumple la vida en el ordenamiento constitucional. Por una parte, es un valor constitucional que conlleva la obligación genérica, por parte del Estado, de respetar y promover toda forma de vida. Y, por otro lado, es un derecho subjetivo fundamental, de aplicación específica a la persona humana, puesto que es presupuesto para su titularidad y ejercicio la existencia de personalidad jurídica. En tal sentido, expresa la Corte Constitucional, la protección del nonato no se debe a su consideración como persona humana, por cuanto el nacimiento es requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la personalidad jurídica, ni, como tal, titular del derecho a la vida. Por el contrario, el amparo del no nacido deriva de la constatación de que se trata de una *vida humana en gestación* y, por lo tanto, un bien constitucionalmente relevante que merece protección en un amplio alcance, incluyendo toda clase de medidas a cargo del Estado.

De esta manera, la indeterminación jurisprudencial de la situación jurídica del no nacido, lo que se corrobora con los resultados obtenidos en la investigación, deviene en la incertidumbre del ordenamiento jurídico en cuanto (i) a la salvaguarda del mismo, así como (ii) en el



reconocimiento de prerrogativas de carácter constitucional y de derecho común a favor del no nacido y (iii) en la penalización absoluta de conductas delictivas que atenten contra el nonato, en especial, el aborto y los delitos de manipulación genética.

### **3.2 Maternidad subrogada**

La maternidad subrogada se práctica en realidad más de lo que podría pensarse a pesar de la ausencia de parámetros y lineamientos normativos, el dictamen jurídico de nulidad constituye una restricción irrazonable y desproporcionada frente a los derechos y libertades de las personas, entre otros la libertad contractual, y por ende el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud en su faceta de salud reproductiva.

Antes de profundizar en esos aspectos es oportuno precisar el comportamiento y razones por las que una mujer permite y accede a la maternidad subrogada y una pareja se adhiere a la misma para prohijar descendencia. En ese sentido, algunos textos valga la pena mencionarlo, reseñan de manera anecdótica, casos de mujeres y parejas que buscaron en el “alquiler de vientre” la solución a su problema de infertilidad (García, 2014, p. 151), en otros se hace referencia al “arte de fabricar un niño” (Lamm, 2013, p. 31); así mismo, se resalta que muchos casos quedan en el anonimato dada la trascendencia del hecho en comento.

Uno de los casos de maternidad subrogada comentados por García (2014) hace alusión al hecho de que una mujer colombiana de 35 años de edad, soltera y de profesión periodista decidió ayudar a la cuñada de su prima y se ofreció como madre sustituta a sabiendas de que esa pareja además de los problemas de infertilidad no optaba por la adopción, pero sin que mediara retribución alguna para ella por ese acto. Dentro de las razones de su comportamiento se deducen la generosidad y altruismo, hasta el punto de tener la iniciativa, pues sabía de antemano la situación por lo que no asumió el rol de madre. Lo paradójico, sostiene García (2014), es que el médico expide un certificado de nacimiento a nombre de la mujer infértil y la licencia de maternidad a quien gestó y parió. Y añade, “es consciente de lo que está haciendo, si bien no es fácil, en su mente no existe la idea de un hijo, tiene la certeza y la convicción que no es su hijo aunque lo haya gestado” (p. 152).

Como se observa en el caso citado, opera el denominado “uso solidario de vientre” al que han hecho referencia los diversos intentos legislativos por regular las técnicas científicas de reproducción humana asistida; sin embargo, existen casos de maternidad subrogada donde la solidaridad que incluye sentimientos altruistas y generosos, no son la fuente por parte de la madre subrogada, el aspecto económico y la necesidad material desdibuja lo especial y benéfico que aquella encierra, de ser así, el ser humano dejaría de ser un fin en sí mismo, para ser solo medio o solo fin, quebrantándose el respeto que se debe a los demás.

Además, no se desconoce que en Internet, como medio de comunicación colabora en forma desproporcionada y sin control a la realización de la maternidad subrogada o alquiler de vientre, pues bajo frases como “busco vientre de alquiler”, “clasificados de alquiler de vientre”, “buscamos vientre en alquiler”, entre otros, se hallan innumerables ofertas y demandas condicionadas a diversos factores como el económico, estado de salud de la madre subrogada, nacionalidad, características personales. Por consiguiente, la falta de vigilancia, control y supervisión de esas páginas terminará convirtiendo la maternidad subrogada en un negocio, de ahí la necesidad de legislar especificando los requisitos esenciales como sucede, por ejemplo, en la adopción.

Del mismo modo, el silencio por parte del Estado aunado al de la sociedad no impide la práctica del alquiler de vientre, pues como ya se mencionó es de público conocimiento la oferta y demanda de madres subrogadas, donde las partes comprometidas innovan parámetros sin condicionamiento alguno. Un certificado médico es suficiente para determinar el parto y establecer aunque no exista una filiación y un parentesco, eso en el caso de que aquel se expida a nombre de la madre subrogada, y otro a nombre de la mujer que conforma la pareja comitente para que realice el respectivo registro.

Establecer la maternidad por el solo hecho del parto a la mujer que previo acuerdo de transferencia del embrión gesta y da a luz asumiendo las consecuencias de lo pactado, es omitir derechos y deberes a las personas, incluyéndose al niño, que conforman el acuerdo subrogacional, desconociendo la existencia del vínculo genético del nacido con la pareja comitente, reconocer la maternidad a una mujer que carece del deseo de crear una nueva vida y

vínculo con el nacido, excluir los avances científicos que no solo se refieren al acceso, utilización y práctica de técnicas de reproducción humana asistida, sino a la prueba genética que establece la imposibilidad o realidad de un determinado vínculo, es también desconocer los derechos del niño relacionados con su identidad.

Con los hechos referenciados, los valores implicados y la normatividad vigente orientada a la determinación de la filiación, no podría impedirse el acuerdo de la maternidad subrogada aseverando transgresión a la dignidad e identidad del nacido. Retomando la intención de crear una nueva vida, el consentimiento informado, la responsabilidad, gratuidad, solidaridad y buena fe para ensamblar su legalidad pero evitar complicaciones, podría decidirse por su prohibición, lo que generaría la supresión de valores bioéticos como la justicia, autonomía, beneficencia, validez científica, dignidad de la persona, consentimiento informado (Mazzanti, 2006, p. 133). Para resolver el dilema generado, se podría acudir a la fórmula propuesta por García (2014), consistente en “tratar de acomodar las normas hasta ahora vigentes (maternidad por el hecho del parto), ocasionando la inobservancia de la validez del derecho y el dinamismo jurídico determinados por circunstancias históricas y culturales” (p. 155).

## 4. CONCLUSIONES

### Objetivo específico 1.

1.1 La falta de normas sobre el alcance y efectos de las técnicas de reproducción humana asistida no han impedido su práctica. Por consiguiente la regulación normativa debe partir de principios y valores contenidos en la Constitución Política con el apoyo de comisiones interdisciplinarias que orienten y protejan los valores éticos que regulan la conducta de los individuos, para el adecuado control ético-jurídico de estas prácticas en Colombia.

1.2 La maternidad subrogada al combinarse con las técnicas de reproducción humana asistida como la fertilización in Vitro, permiten a las mujeres que no han podido llevar a término un embarazo, tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su propio óvulo y semen de su marido, compañero o donante. Generalmente, las parejas que recurren a este método prefieren generar el embarazo con sus propios óvulo y esperma.

### Objetivo específico 2.

2.1 La Corte Constitucional reconoce en la sentencia C-133 de 1994, que el texto del artículo 11 de la Constitución Política debe interpretarse a la luz de la preceptiva del derecho internacional, que a propósito y de manera inequívoca, garantiza este derecho desde el mismo momento de la concepción. En igual sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada en la legislación interna colombiana mediante la Ley 16 de 1992, establece que para los efectos de esa Convención, persona es todo ser humano. Sin embargo, a partir de la sentencia C-355 de 2006 proferida por la Corte Constitucional, presenta el conflicto existente entre los derechos fundamentales de la mujer y los intereses constitucionales del no nacido, con la consecuente problemática de la determinación del peso constitucional de los derechos de la mujer frente a la protección del no nacido.

2.2 Al contrastar las sentencias constitucionales C-133 de 1994 y C-355 de 2005 se concluye que la situación jurídica del nonato actualmente no es lo suficientemente clara para

garantizar su protección efectiva, dado que, ni por vía legal ni jurisprudencial, se ha definido en forma precisa su situación jurídica, como persona o como ser en potencia, ni su condición de protección, sea en calidad de titular del derecho a la vida o en consideración de la efectiva realización del valor a la vida. No obstante, las consideraciones de los tratadistas en que se ha apoyado esta monografía permiten afirmar que en el ordenamiento jurídico colombiano, se adopta la tendencia unitaria entre los términos vida humana, hombre y persona. El concebido, sea embrión in Vitro o in útero, es persona en sentido filosófico y en sentido jurídico. Esto significa que desde el momento de la fecundación o concepción, el ser humano, en la condición en la que se encuentre, es titular de derechos, entre otros, del derecho a la vida, a la identidad genética y a nacer.

### Objetivo específico 3.

3.1 La regulación del alquiler del vientre o maternidad subrogada es urgente, y se debe prevenir que esta actividad se convierta en un negocio, no tanto para las Unidades de Biomedicina Reproductiva en Colombia, sino en un comercio de explotación de mujeres de bajos recursos, que ofrezcan sus úteros no con fines altruistas sino como fuente de ingresos, y se aproveche esta condición social para hacer de Colombia un país atractivo para los extranjeros ávidos de concebir un hijo con un costo muy favorable para ellos. Consecuentemente, se deben reglamentar las técnicas de reproducción humana que les resuelva problemas de infertilidad a muchas personas pero que de ninguna manera se permita que las mujeres comercialicen sus cuerpos como un modo de subsistencia.

3.2 En estos momentos una mujer colombiana puede realizar un contrato de arrendamiento de vientre sin infringir ninguna norma legal. Tal vez, la ética y el respeto por la dignidad humana, logren frenar el comercio de úteros que apunta rápidamente, como todo buen negocio, a captar clientes no solo de familias heterosexuales, sino de mujeres solteras y el mercado latente ante el reconocimiento de muchos países de nuevas formas de familias, sin importar el interés superior del menor.

## 5. RECOMENDACIONES

Posibles aspectos a considerar en la reglamentación jurídica de la inseminación artificial:

- Exigir diez y ocho años al dador, exigir el consentimiento del marido cuando la inseminación artificial es con semen del marido, y las consecuencias jurídicas en orden a la paternidad, y desvinculación del donante en la inseminación con semen procedente de donante. Hay que prohibir que se compense económicamente al donante por estar el semen fuera del comercio.
- Celebrar un contrato para conseguir la conservación de las células reproductoras. Los bancos de células reproductoras deben tener la responsabilidad, una vez aceptada la recepción, de guardar en las mejores condiciones estas células, fruto de una donación anónima o dejadas expresamente en depósito. Cuando las células sean entregadas en depósito, sólo debieran poder ser utilizadas posteriormente por el depositante o su cónyuge autorizado por últimas voluntades.
- Establecer plazos para la crioconservación de gametos autorizados.
- Exigir una autorización firmada que otorga el consentimiento para la práctica de la inseminación con semen de dador.
- Establecer el deber de confidencialidad del expediente médico.
- El consentimiento en la inseminación heteróloga debe tener efectos jurídicos. En la legislación hay que establecer que en este supuesto, ni el marido, ni la mujer, ni el donante de semen (que se supone anónimo) tengan legitimación para impugnar la paternidad atribuida al marido.

## REFERENCIAS

- Aguilar Gómez, Emilio José. (2010). *Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer. Una mirada de la norma constitucional colombiana*. Cartagena. Unilibre.
- Alarcón Rojas, Fernando. (2002). *Familia, tecnología y derecho*. Bogotá; Universidad Externado de Colombia.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1997). *Los derechos humanos y la bioética. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/71*. Ginebra: UNHCR. Recuperado de [http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN\\_4-RES-2001-71.doc](http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2001-71.doc)
- Andorno, Roberto. (1993). El embrión humano ¿merece ser protegido por el derecho? *Cuadernos de Bioética*, (3). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2717672>
- Arteta Acosta, Cindy. (2011). Maternidad subrogada. *Revista Ciencias Biomédicas*, 2, (1), pp. 91-97. Recuperado de <http://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/cienciasbiomedicas/article/view/1000>
- Borrillo, Daniel. (1996). *Genética humana y derecho europeo: Genes en el estrado*. Madrid: Raycar. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=586572>
- Bourdieu, Pierre. (2000). *La fuerza del derecho. Elementos para una sociología en el campo jurídico*. Bogotá: Ediciones Uniandes y Siglo del Hombre Editores.
- Bozzato, Gianni. (1999) *¿Cuándo comienza a existir el individuo humano*. Medicina y Ética, (2).

Cámara de Representantes. (2013). *Proyecto de Ley 109 de 2013 Cámara*. Bogotá: Relatoría del Congreso. Recuperado de <http://www.votocatolico.co/2013/10/proyecto-de-ley-109-de-2013-camara.html>

Colombia. (1991). *Constitución Política*. Bogotá: Editorial Leyer.

Colombia. (2018). *Código Civil*. Bogotá: Editorial Leyer.

Congreso de la República. (2004). *Estudio de antecedentes. Técnicas de Procreación Humana Asistida. Comisión Séptima de la cámara de Representantes*. Bogotá: Oficina de Asistencia Técnica Legislativa, 2004.

Congreso Visible. (2003) *Proyectos de Ley*. Bogotá: Uniandes. Recuperado de <http://congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/2438/>

Corte Constitucional. (1992). *Sentencia C-479*, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-133*, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C-404*, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (2000). *Sentencia T-1104*, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-814*, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (2001). *Sentencia T-689*, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. (2002). *Sentencia T-572*, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



Corte Constitucional. (2002). *Sentencia T-946*, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C-355*, M.P. Jaime Araújo Rentarúa y Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (2006). *Sentencia T-953*, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. (2007). *Sentencia T-946*, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. (2007). *Sentencia T-605*, M.P. Humberto Antonio Sierra,

Corte Constitucional. (2009). *Sentencia T-968*, M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in Vitro”) Vs. Costa Rica*, sentencia de 28 noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, §256).

Díaz M., Gonzalo E. (2019). *La verdad de la fertilización in Vitro*. Recuperado de <http://drgdiaz.com/eco/infertilidadfiv.html>

Emaldi Cirión, Aitziber. (2001). *El Consejo Genético y sus implicaciones jurídicas. Cátedra Interuniversitaria*. Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano. Bilbao, Granada, 2001. pp. 409-413.

Fernández Diez, Alonso et al. (2004). Algunas consideraciones científicas y bioéticas sobre el embrión humano en torno al problema del aborto. *Revista de Especialidades Médico-Quirúrgicas*, 9, (3).

Ferrer Colomer, Modesto y Pastor García, Luis Miguel. (1998). Génesis y uso del término preembrión en la literatura científica actual. *Persona y Bioética*, (2). Recuperado de

<http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/600/13>  
35

García del Río, María Stella. (2014). *La gestación subrogada. Una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

García Ruiz, C. Yolanda. (2004). *Reproducción humana asistida: derecho, conciencia y libertad*. Albolote, España: Comares.

García, Orlando David. (1998). La unidad de la persona y su fundamentación neurológica. *Cuadernos de Bioética*, 9, (34). Recuperado de <http://aebioetica.org/revistas/1998/2/34/348.pdf>

Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. (1993). *La fecundación in Vitro y la filiación*. Santiago de Chile: editorial Jurídica de Chile.

Gómez Sánchez, Yolanda. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.

González de Cancino, Emilse. (1993). *Mujeres, derecho a la procreación e inseminación artificial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Guerrero Arias, Fidel Gustavo y Mesa Sepúlveda, María Adelaida. (2015). *La incidencia del incumplimiento del contrato de arrendamiento de vientre en algunos derechos fundamentales de los menores*. (Tesis de grado). Medellín: Universidad EAFIT. Recuperado de [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8258/FidelGustavo\\_GuerreroArias\\_MariaAdelaida\\_MesaSepulveda\\_2015.pdf?sequence=2](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8258/FidelGustavo_GuerreroArias_MariaAdelaida_MesaSepulveda_2015.pdf?sequence=2)

Güiza Gómez, Diana Isabel. (2017). *Análisis de la situación jurídica del no nacido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Ibagué: Universidad Cooperativa de Colombia. Recuperado de <https://redsociojuridica.org/red/wp->

content/uploads/2017/05/Analisis-Situacion-Juridica-del-No-Nacido-en-la-Jurisprudencia-de-la-Corte-Constitucional-Colombiana.pdf

Hoyos Castañeda, Ilva Myriam. (2000). *La persona y sus derechos. Consideraciones bioético-jurídicas*. Bogotá: Editorial Temis.

Jiménez Moreno, Juan Guillermo. (2001). *Aproximación a la manipulación genética en el nuevo Código penal Colombiano*. Bogotá: Editorial Leyer.

Lamm, Eleonora. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universidad de Barcelona.

Mazanti Di Ruggiero, María de los Ángeles. (2011). Declaración de Helsinki, principios y valores bioéticos en juego en la investigación médica con seres humanos. *Revista Colombiana de Bioética*, 6 (1), 124-144. Recuperado de <http://www.bioeticaunbosque.edu.co/publicaciones/Revista/Revista12/art8.pdf>

*Meneses Ortiz, Luis Henry; Corcho Cáceres, Aurelio y Zambrano Nacaza, Zenaida. (2007). Efectos legales de los procedimientos de fecundación humana asistida heteróloga cuando no existe consentimiento del marido o compañero permanente*. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia.

Ministerio de Salud. (1998). *Resolución 3199*. (6, agosto). Por la cual se establecen las normas técnicas, científicas y administrativas para el funcionamiento de los Bancos de Componentes Anatómicos, de las Unidades de Biomedicina Reproductiva. Centros o similares y se dictan otras disposiciones. Recuperado de <https://www.invima.gov.co/resoluciones-en-unidades-de-biomedicina-reproductiva/resolucion-numero-3199-de-1998-pdf/download.html>

Monroy Cabra, Marco Gerardo. (2009). *Derecho de familia, infancia y adolescencia*. 12 ed. Bogotá: Librería Ediciones del profesional.

- Mosquera Rodríguez, Adriana Sofía. (2015). *Problemática jurídica en relación con el concepto de familia frente a las parejas de personas del mismo sexo en Colombia*. (tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4739/1/T1758-MDE-Mosquera-Familia.pdf>
- Nino, Carlos Santiago. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Núñez De Castro, Ignacio. (2008). *De la dignidad del embrión: reflexiones en torno a la vida humana naciente*. Madrid: universidad Pontificia Comillas.
- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2013). *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*. París: UNESCO. Recuperado de [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=13177&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)
- Pompidou, Alain. (1998). Políticas internacionales en materia en ciencias genéticas. *Revista de la Sociedad Internacional de Bioética*, (1). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=276819>
- Presidencia de la República. (1998). *Decreto 1546*. (4, agosto). 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. Diario Oficial. Bogota, D.C., 1998. No. 43357.

Real Academia Española. (2019). *Embrión*. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=Egh7Nnc>

Senado de la República. (2001). *Proyecto de Ley 151 de 2001 Senado*. Bogotá: Gaceta del Congreso, No. 558. Recuperado de <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-la-cual-se-modifican/5306/>

Serrano De Camargo, Leonor. (2003). *Reproducción asistida, una alternativa*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/reproduccion-asistida-alternativa/61354-3>

Velásquez Posada, Obdulio. (2006). Constitucional y legalmente, el nasciturus es persona y titular del derecho a la vida. *Revista Persona y Bioética*, 1, (26). Recuperado de <http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/930>