



**Derecho a la reproducción en Colombia: el debate sobre los niños concebidos
mediante la técnica de reproducción asistida inseminación post mortem**

Elizabeth Zapata Escobar

Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogado

Asesora

Gloria Stella Rivera Ocampo Candidata Doctor (PhD) en Derecho

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Derecho

Medellín, Antioquia, Colombia

2023

Cita

(Zapata Escobar, 2023)

Referencia

Estilo APA 7 (2020)

Zapata Escobar, E. (2023). *Derecho a la Reproducción en Colombia: El Debate Sobre Los Niños Concebidos Mediante La Técnica de Reproducción Asistida Inseminación Post Mortem* [Trabajo de grado profesional]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

DERECHO A LA REPRODUCCIÓN EN COLOMBIA: EL DEBATE SOBRE LOS NIÑOS CONCEBIDOS MEDIANTE LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA INSEMINACIÓN POST MORTEM*

Elizabeth Zapata Escobar¹

Resumen

Este artículo pretende identificar si la inseminación artificial post mortem es una de las formas de materializar el derecho a la reproducción a partir del análisis del 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. Se parte de un enfoque investigativo de derecho comparado, utilizando el método cualitativo con la pretensión de realizar un estudio con alcance correlacional; el análisis está basado en la exploración documental, específicamente, de normas y jurisprudencia del ordenamiento jurídico colombiano, además del derecho comparado como fuente del derecho para proponer interpretaciones al problema jurídico planteado. Con esta investigación se logra identificar que el derecho a la reproducción es un derecho fundamental emergente que puede materializarse con la práctica de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), especialmente, con la inseminación artificial post mortem a pesar de que en el ordenamiento jurídico colombiano no se vislumbre regulación frente al tema.

***Palabras claves:** Derecho a la reproducción, Técnicas de Reproducción Asistida, inseminación artificial post mortem, derecho comparado*

* Trabajo final de la Profundización en Derecho Internacional de Familia. El trabajo fue asesora por la docente Gloria Stella Rivera Ocampo.

¹Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: elizabeth.zapatae@udea.edu.co

Introducción

El presente artículo busca aportar a la discusión con relación a la siguiente pregunta: *¿Es posible interpretar que es la inseminación artificial post mortem una de las formas de materializar el derecho fundamental a la reproducción en Colombia?*

En la actualidad, no existe una regulación específica en Colombia que permita o prohíba la inseminación artificial post mortem como método de reproducción, sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos reproductivos ostentan el carácter de derecho fundamental² y que, por tal motivo, el Estado debe garantizar el acceso a estas técnicas en condiciones de igualdad y no discriminación.

A pesar de esta falta de regulación existen algunas normas que nos acercan a este concepto y que nos proponen algunas posibles respuestas al problema planteado, 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 y el artículo 42 de la Constitución política de Colombia que indica que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes, por tanto, la ley reglamentará la progenitura responsable, con lo que se entiende que las TRA son aceptadas en nuestro ordenamiento jurídico.

En Colombia, el primer caso se presentó en 1989 cuando la señora Rosa Reina Acosta se practicó este procedimiento con el fin de revertir su fertilidad, en el cual le realizaron en el Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad CECOLFES la transferencia de 3 embriones fruto de la fertilización in vitro con semen de su esposo el señor Teódulo Vaca Novoa quien falleció en 1988, este caso resultó exitoso, pues el 9 de octubre de 1989 nacieron dos gemelos fruto de este procedimiento. Este entonces se presenta como el caso emblemático de Colombia dado que la señora Rosa Reina Acosta inició con posterioridad

²En Colombia, la Corte Constitucional asegura que “*en este sentido, los derechos reproductivos, con ellos la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros*”.

al nacimiento de sus hijos, un proceso ordinario de filiación extramatrimonial sobre el cual el Juzgado Tercero de Familia de Bogotá, dictó sentencia declarando los menores Juan Sebastián y Diego Felipe como hijos extramatrimoniales del señor Teódulo Vaca y ordenó, asimismo, oficiar al Notario Veinticinco de Bogotá, para que, al margen de los registros civiles de los dos menores, se anotara que son hijos extramatrimoniales del señor Teódulo.

Vemos como entonces las TRA desde sus inicios y en sus diversas manifestaciones se han planteado como principal objetivo adelantarse a las posibles falencias biológicas que impiden o dificultan a los seres humanos y sobre todo a las mujeres la capacidad de concebir, buscando alternativas o instrumentos que el desarrollo tecnológico y/o medico científico proponga, dando paso del uso de plantas al uso de la más alta tecnología, partiendo siempre de la idea que la principal función biológica y social del ser humano y de la familia es la reproducción.

Este artículo se descompone en las siguientes secciones: (i) Las técnicas de reproducción asistida, (ii) El derecho a la reproducción, (iii) Desarrollo normativo y jurisprudencial en Colombia acerca de la inseminación artificial post mortem, (iv) Desarrollo normativo y jurisprudencial en otros ordenamientos jurídicos acerca de la inseminación artificial post mortem, (v) Conclusiones.

I. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TRA)

Este concepto ha sido definido por Monroy (2013) así *“Las técnicas de reproducción asistida se pueden definir como aquel sistema de pasos y procedimientos biológicos apoyados, desarrollados y aplicados de manera médico-científica, que propenden por la sustitución u optimización del proceso biológico natural de la concepción humana”* (p.138), de lo que se desprende el método (médico-científico) y la finalidad (la concepción humana o la procreación a través de asistencia científica, como lo denomina Colombia en el artículo 42 de su Constitución política.

Las Técnicas de Reproducción Asistida, en adelante -TRA- son de 4 tipos:

1. **Inseminación artificial:** que como la define la Real Academia de la Lengua Española (2013), hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera, así pues, mediante cualquier tipo de dispositivo deposita espermatozoides en el ovulo femenino.
2. **Fecundación in-vitro:** en la cual el estándar del transcurso de fundición entre óvulo y espermatozoide se da dentro del laboratorio mas no durante el proceso natural de la copulación, es decir en el útero de la madre. La fecundación in-vitro (FIV), radica llanamente en reunir óvulos y espermatozoides en un contorno de cultivo para que se logre la fertilización, en casos en los cuales la mujer o el varón padecen de algún tipo de incapacidad biológica para concebir.
3. **Microinyección espermática:** la sociedad española de fertilidad (2011) conceptualiza que es una variedad de la anterior (fecundación in-vitro), consiste en intervenir aún más activamente sobre el proceso de la fecundación, introduciendo un espermatozoide en el interior de cada ovocito. Cuando se consigue fecundación y desarrollo in vitro de los embriones obtenidos, se selecciona el número adecuado de éstos para ser transferidos al útero, con el objeto de conseguir una gestación evolutiva.
4. **Maternidad subrogada:** Frente esta TRA Tello Lorena, (2009) conceptualiza que: “La maternidad subrogada o “gestación por sustitución”, “vientre de alquiler”, “maternidad intervenida”, “maternidad disociada”, “gestación por contrato”, “madre sustituta” o “madre de alquiler” es el compromiso entre una mujer, llamada “mujer gestante”, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o

pareja comitente, llamados él o los “subrogantes”, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con el o los subrogantes” (p.11).

A lo largo de la historia, las TRA han tenido apariciones, con diversos matices, pero siempre con el objetivo de procrear. Las primeras nociones, como lo plantea Monroy (2013) parten de los antiguos egipcios que se empeñaban en tratar de predecir las falencias biológicas que podían en esa época impedir o dificultar a las mujeres la tarea de concebir, en esa tarea de fortalecer la fertilidad de la mujer que tenía dificultades para procrear, los aztecas, incluso utilizaban plantas especiales con este objetivo (p.137).

Otra manifestación en la historia de lo que hoy podríamos llamar TRA se encuentra en el texto bíblico, específicamente en génesis 16, con el nacimiento de Ismael,

Dijo, pues, Sarai a Abram: Ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego que te allegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y atendió Abram a la voz de Sarai.

Y Sarai, esposa de Abram, tomó a Agar, su sierva egipcia, al cabo de diez años que había habitado Abram en la tierra de Canaán, y la dio a Abram, su marido, por esposa.

Podría este caso entonces tratarse de la primera vez en la historia en la cual se practicó la maternidad subrogada, en tanto Sarai dada su condición de esterilidad decide que para cumplir su deseo de ser madre puede serlo por medio de su sierva Agar pidiéndole a su esposo Abram que tengan relaciones para posteriormente convertirse en padres, sin embargo, hay historiadores que plantean que este caso no se trata de una maternidad subrogada sino de un tipo de familia poligámica que abarcaba en concepto de familia de la época.

Ahora bien, los primeros intentos de inseminación artificial (IA) en humanos fueron realizados en el siglo XVIII cuando el anatomista y cirujano John Hunter ayudó a un comerciante que sufría de hipospadia³ con deseos de tener descendencia, Hunter le

³ Defecto congénito que se define como una malformación de la uretra masculina que se sitúa de forma anormal en la extremidad inferior del glande, en la cara inferior del pene o en la unión del pene con el escroto. Reproducción asistida org.

propuso entonces recoger una muestra de su semen en una jeringa para inyectarlo en el útero de su mujer, este caso tuvo un resultado positivo pues la mujer se encontraba en periodo de ovulación, pero la falta de desarrollo médico de la época no permitía que hubiera una certeza sobre los ciclos menstruales de la mujer, por tanto, este método de concepción era mediado por la suerte, este problema sobre el ciclo menstrual sería resuelto por el médico Carl G. Hartman quien en 1936 indicó que en un ciclo de 28 días el período fértil estaba entre 11 y 14 días después del primer día de flujo menstrual, fecha que ocurriría la ovulación, esto significó un descubrimiento que impulsó el uso de la inseminación artificial. Otros acontecimientos históricos relevantes en relación a la inseminación artificial son: el primer caso confirmado de inseminación artificial con semen de donante (IAD) en 1884, la primera inseminación artificial exitosa con semen congelado en 1953, y finalmente, el auge de la creación de bancos de espermatozoides los cuales se esparcieron alrededor del mundo convirtiéndose en una técnica de uso corriente especialmente por personas que por tener problemas de salud como cáncer o VIH-SIDA se someten a tratamientos invasivos debido a que médicamente se ha comprobado que este tipo de tratamientos pueden afectar la fertilidad de los hombres, así las cosas, la congelación previa de espermatozoides le permite al paciente ser padre.

Por otro lado, en 1978 los doctores Stepoe, mediante la fecundación in vitro, lograron el nacimiento del primer bebé por este método que consiste en realizar la fecundación en un laboratorio controlado para que posteriormente se inserte el embrión en el cuerpo de la futura madre.

Ahora bien, en el contexto colombiano, el primer caso exitoso en el cual se utilizaron procedimientos de reproducción asistida data del 9 de octubre de 1989 cuando la señora Rosa Reina Acosta dio a luz a dos gemelos luego de ingresar al programa “Bebé probeta” y habersele realizado la transferencia de 3 embriones producto de la fecundación in-vitro con el semen que su esposo Teódulo Vaca Novoa había congelado un año antes en CECOLFES⁴.

⁴ Centro colombiano de fertilidad.

II. EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN

La Conferencia Internacional Sobre la Población y el Desarrollo (CIPD) de 1994 reconoce el derecho básico de las parejas e individuos a “*decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos y a disponer de la información y los medios para ello y el derecho de alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva*”, de lo que se deriva el entendimiento de que no solo las parejas sino las personas en su individualidad pueden decidir libremente si tienen o no hijos, así como, la cantidad, y el momento, además, de que les garantiza a las personas el acceso a la información y medios necesarios para alcanzar el fin último, bien sea el de reproducirse o el de no hacerlo.

En la misma línea, la Corte Constitucional colombiana consagra que:

Los derechos reproductivos, con ellos la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros⁵.

Lo anterior nos plantea las prerrogativas mínimas con las que se ha desarrollado el concepto de “*derecho a la reproducción*” en Colombia, sin embargo, es importante no perder de vista la aplicación de este derecho fundamental en el ámbito de la reproducción asistida, pues no podemos limitar su aplicación solo a derecho a decidir o no tener hijos sino que implica hacer un análisis más profundo, ¿Qué sucede entonces con las parejas o individuos que presentan dificultades de fertilidad que imposibilitan el cumplimiento del deseo de procrear?, este cuestionamiento será tratado en el desarrollo del artículo, lo que debe darse por sentado hasta aquí, es la idea de que a la luz del presente artículo se le dará tratamiento derecho fundamental al derecho a la reproducción.

Adicionalmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1948, establece en su Artículo 16 el derecho a fundar una familia, que incluye el derecho a contraer matrimonio y a decidir el número y

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-355 del 2006. [MP] Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

espaciamiento de los hijos, en ese sentido este artículo sienta las bases para la protección de los derechos reproductivos.

En el mismo sentido, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD) que fue desarrollado en la conferencia de las Naciones Unidas organizada principalmente por el Fondo de Población de las Naciones Unidas y la División de Población del Departamento de Información Económica y Social y Análisis de Políticas, de las Naciones Unidas. Esta conferencia se celebró en El Cairo en 1994, y mediante esta se adoptó un programa de acción que reconoce los derechos reproductivos como parte integral de los derechos humanos. El programa de acción aborda temas como la salud sexual y reproductiva, la planificación familiar, el acceso a los servicios de salud reproductiva y la prevención de la violencia de género.

Este Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD), específicamente en su capítulo 5 desarrolla lo relacionado con los derechos y la salud reproductivos señalando que el hombre y la mujer tienen derecho a:

Obtener información y tener acceso a métodos de su elección seguros, eficaces, aceptables y económicamente asequibles en materia de planificación de la familia, así como a otros métodos de su elección para la regulación de su fecundidad, que no estén legalmente prohibidos, y el derecho de la mujer a tener acceso a los servicios de atención de la salud que propicien los embarazos y los partos sin riesgos (p.14).

En ese sentido, debe entenderse que los Estados deben garantizar a las personas el acceso a métodos de su elección, seguros, eficaces y asequibles que les permitan reproducirse siempre no estén legalmente prohibidos, en ese caso dado que el ordenamiento jurídico colombiano no prohíbe este tipo prácticas de reproducción asistida se entienden como permitidas en aras a garantizar el derecho a la reproducción.

Adicionalmente, en este programa de acción de la conferencia se establece que los derechos reproductivos, como tal, abarcan algunos derechos humanos que han sido ratificados por los estados en sus normas internas, algunos de estos derechos son:

- El reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios

necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

- El derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia.
- La promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a la satisfacción de las necesidades adicionales y de servicios de los adolescentes con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable.

Para el año 2015, la Organización de Naciones Unidas como un llamamiento universal para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que para el 2030 todas las personas disfruten de paz y prosperidad decide adoptar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que son un conjunto de metas globales que abordan una amplia gama de desafíos, incluyendo la igualdad de género y la salud. El ODS 3 se centra en garantizar una vida saludable y promover el bienestar para todos en todas las edades e incluye en la meta 3.7 lo siguiente *“Para 2030, garantizar el acceso universal a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluidos los de planificación de la familia, información y educación, y la integración de la salud reproductiva en las estrategias y los programas nacionales”*.

Para el 2017 el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) publicó la Declaración de los derechos sexuales y reproductivos, en cuanto a los derechos reproductivos según el UNFPA se encuentran los siguientes:

- Derecho a tomar decisiones sobre la reproducción sin sufrir discriminación, coerción, ni violencia.
- Derecho a decidir libremente si se desea o no tener hijas o hijos.
- Derecho a decidir sobre el número de hijas o hijos que se desean y el espacio de tiempo entre un embarazo y otro.
- Derecho a decidir sobre el tipo de familia que se quiere formar.
- Derecho a ejercer la maternidad con un trato equitativo en la familia, espacios de educación y trabajo.
- Derecho a acceder a métodos de anticoncepción modernos, incluida la anticoncepción de emergencia.

- Derecho al acceso a los servicios integrales de la salud y atención médica para garantizar la maternidad segura.
- Derecho a acceder a los beneficios científicos en salud sexual y reproductiva.

Ahora bien, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), que incluye a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), no habla propiamente sobre las TRA, sin embargo, en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) establece la protección que los Estados partes deben darle a la institución de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, además, reconoce que los hombres y mujeres tienen derecho a fundar una familia por los medios necesarios para ello siempre que no vaya en contra de la normatividad interna de cada Estado y que no afecten el principio de no discriminación de la Convención; lo anterior, deja la puerta abierta para que se interprete que las TRA son conducentes como forma de formar una familia siempre que internamente el Estado no establezca prohibiciones al respecto.

III. DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA

Desarrollo normativo en Colombia.

Respecto al ordenamiento jurídico colombiano es evidente la falta de regulación en lo atinente a las TRA, sin embargo, como ya se ha mencionado, la Constitución Política de Colombia en su artículo 42 establece que la institución de la familia es el núcleo fundamental de la sociedad colombiana, también menciona expresamente que *“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable”*, de lo que se desprende que en Colombia si bien no se regula lo concerniente a los procedimientos de reproducción asistida estas prácticas están permitidas, pues la propia Carta política esboza que la procreación también puede darse con asistencia científica y que incluso los hijos concebidos bajos estos métodos, como la inseminación artificial post mortem, deben igualdad de derechos que los concebidos naturalmente o que los hijos adoptivos.

Por su parte 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 establecen las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares.

Este decreto, en primer lugar, en su artículo 2 define a las unidades de biomedicina reproductiva como aquellas que prestan servicios de estudio, asistencia, tratamiento e investigación en salud reproductiva con especial énfasis en la infertilidad de la pareja, en las que se incluye el tratamiento con técnicas de reproducción asistida en aras de recuperar la fertilidad tanto de la mujer como del varón, con el mismo fin de lograr un embarazo, de la misma manera.

Esta norma, en su título V desarrolla lo que tiene que ver con las unidades o centros de biomedicina reproductiva, indicando cual es el objeto de estos centros (prestar servicios de salud en el área de biomedicina reproductiva), los principios bajo los cuales opera (calidad, oportunidad y racionalidad lógico-científica), así como los requisitos con que deben cumplir los donantes y los motivos por los cuales estos pueden ser rechazados, además del personal médico que debe integrar las unidades de biomedicina reproductiva,

por último, el art 50 dispone que los representantes legales de las instituciones donde se efectúan los procedimientos deberán enviar trimestralmente a las correspondientes Direcciones Departamentales o Distritales de Salud - Oficina de Epidemiología, la siguiente información: Relación de nuevos donantes (clave correspondiente) con fechas de congelación, relación de éxitos de cada uno de los donantes, relación de donantes rechazados y/o descartados y su causa, relación de todos los procedimientos de técnicas de reproducción asistida, que se realicen en los laboratorios.

Por su parte, la resolución N° 3199 de 1998 emitida por el Ministerio de Salud a partir de su Título III desarrolla los requisitos sanitarios con los que deben contar las unidades de biomedicina reproductiva en áreas como el área técnica, administrativa, y física, adicionalmente, indica cuales exámenes debe realizarse una persona para ingresar al programa de Biomedicina reproductiva e indica la información que se debe consignar en el registro de los donantes. Finalmente, en el artículo 17 expresa que en lo relativo a la inseminación, transferencia de óvulos, preembriones y criopreservación deberá constar igualmente el consentimiento voluntario, libre y consciente, del: Donante con la institución-heterólogo, la pareja con la institución-homólogo, la receptora.

Teniendo en cuenta lo anterior, y pese a que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una regulación específica sobre las TRA vemos entonces como desde la Constitución Política y de manera complementaria desde el Decreto 1546 de 1998 se empiezan a permitir estas prácticas apelando al principio general del derecho que indica que *“lo que no está expresamente prohibido está permitido”*, esto es que el individuo puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido por la ley, sin embargo, hay que tener en cuenta que en el ámbito del derecho de familia, especialmente, en relación con los niños y niñas existen consideraciones especiales que limitan la aplicación estricta de este principio pues en el derecho de familia, el interés superior del niño o niña es un principio fundamental consagrado en el artículo 9 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, que establece que todas las medidas que se adopten deben tener en cuenta el beneficio y el bienestar de los niños como consideración primordial, así las cosas, aunque la acción de procrear mediante la práctica de la inseminación artificial post mortem no este expresamente prohibida debe considerarse si este hecho considera la aplicación del principio de primacía del interés superior del niño.

Frente al tema de la inseminación artificial post mortem, a pesar de la permisión que parece haber se siguen generando diversos cuestionamientos, es el caso de los derechos del niño o niña nacido bajo la utilización de este método de reproducción asistida, pues se da un debate en torno así al donante del producto se le puede atribuir la paternidad sobre el hijo que surge producto de la inseminación en vista de que al momento de la concepción o incluso del nacimiento el donante ya ha fallecido. A esta problemática mencionada se suma el hecho de que, en Colombia, al no existir regulación alguna, se presenta una controversia en cuanto al consentimiento o manifestación de voluntad del dueño del producto, por lo que no se puede desprender de una manera directa la filiación entre este y el hijo que nace, en casos como este ha sido el desarrollo jurisprudencial el que ha tenido que ir resolviendo en la marcha los casos que se van presentando.

Al respecto del derecho a la filiación del niño o niña nacido mediante las TRA el Código Civil colombiano brinda algunas herramientas con las cual es posible acudir a la jurisdicción argumentado la salvaguarda de derechos del niño o niño; es el caso de los artículos 91-93 en el que se indica que se presume la filiación si se da dentro del matrimonio o si es póstumo, esto es, que nazca máximo 300 días después de la muerte del padre por lo que puede desprenderse la filiación como hijo extramatrimonial en vista de que estos y los matrimoniales se encuentran en igualdad de condiciones y derechos.

Desarrollo jurisprudencial en Colombia

- **Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Familia. 2 de agosto de 1994.**

En este caso, Rosa Reina Acosta Gonzalez demandó a los herederos indeterminados de Teodulo Vaca Novoa para establecer la filiación extramatrimonial de sus hijos Juan Sebastian y Diego Felipe. Rosa Reina Acosta Gonzalez, habia intentado revertir su fertilidad mediante una cirugía y Teodulo Vaca Novoa habia congelado su semen para que fuera utilizado por ella en un procedimiento de fertilización in-vitro. Después de la muerte de Teodulo, Rosa Reina se sometió al tratamiento y dio a luz a los gemelos Juan Sebastian y Diego Felipe. El Juez de 1º instancia declaró que los niños eran hijo extramatrimoniales de Teodulo y esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que enfocó su análisis bajo la siguiente pregunta ¿En el caso de fecundación *in vitro post mortem*, el consentimiento del cónyuge o compañero

permanente que ha dejado su semen con el fin de ser utilizado después de su fallecimiento para fecundar a su pareja, determina la paternidad?, problemática que resolvió considerando el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia y haciendo un estudio sobre la manifestación de la voluntad estableciendo que:

La legislación comparada y la doctrina privilegian el consentimiento para la práctica de un determinado procedimiento destinado a la génesis de un ser humano, a efectos de determinar las relaciones propias de la filiación, a diferencia de la procreación natural en la cual la gestación se anexa a la relación sexual, de modo que las relaciones parentales, creadas en virtud de ese procedimiento de génesis artificial, son exactamente las buscadas (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de familia, 1994)

- **Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2013. Referencia: 11001-3110-002-2006-0537-01. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.**

El señor Javier Alejandro Garcia Rodriguez presentó una acción de impugnación de paternidad para establecer que el menor XXX no era su hijo. Javier contrajo matrimonio civil con Jannet Eloyne Toquica Osorio el 28 de septiembre de 1998 y vivieron juntos hasta marzo de 2006, cuando acordaron separarse y comenzar el proceso de divorcio.

Durante su matrimonio, la pareja intentó concebir un hijo, pero debido a problemas de fertilidad de Javier, se determinó que tenía un bajo recuento de espermatozoides y necesitaba tratamiento. Consideraron la opción de la inseminación artificial con semen donado por el padre de Javier en caso de que el tratamiento no funcionara. Sin embargo, Jannet quedó embarazada sin que Javier iniciara el tratamiento, y el niño nació el 19 de noviembre de 2004. Javier registró al niño como su propio hijo.

Debido a que Javier no se sometió al tratamiento y no se realizó legalmente la inseminación artificial, presentó una demanda de impugnación de paternidad. La demanda fue presentada ante el Juzgado Segundo de Familia de Bogotá y notificada a Jannet en representación de su hijo menor, quien aceptó las pretensiones de Javier. En una audiencia realizada el 4 de junio de 2007, se afirmó que se había realizado una inseminación artificial en el Hospital Militar.

Después de realizar la prueba genética de paternidad, se concluyó que Javier no era el padre biológico del menor XXX. Por lo tanto, el 10 de diciembre de 2008, el Juzgado emitió una sentencia declarando que el niño no era hijo de Javier. El Defensor de Familia apeló la sentencia de primera instancia, pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala de Familia confirmó la decisión el 25 de enero de 2010.

El Defensor de Familia argumentó que la sentencia del Juez de Familia debía ser revocada porque no se indagó sobre la paternidad del menor durante el proceso y porque el procedimiento de inseminación no se realizó legalmente ni de acuerdo con las disposiciones médicas y clínicas requeridas.

El Tribunal señaló que el presunto padre biológico debe ser vinculado al proceso siempre que sea posible, según el artículo 6° de la Ley 1060 de 2006 que modificó el artículo 218 del Código Civil colombiano. En este caso en particular, ni la madre ni la médica que realizó la inseminación conocían el origen del semen. Sin embargo, el incumplimiento del procedimiento de inseminación no afectaba la sentencia impugnada porque no era parte de los hechos investigados.

El Defensor de Familia presentó un recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil. En la demanda de casación, argumentó que al no investigarse la paternidad biológica del menor, se violaba su derecho fundamental a conocer su origen genético, lo que afectaba la determinación de la patria potestad, la custodia, la responsabilidad parental y la obligación alimentaria. También afirmó que se violaron los protocolos de la inseminación artificial, como la falta de participación conjunta de los esposos, la falta de autorización escrita del cónyuge y la falta de certeza sobre la concepción como resultado de la intervención médica.

La Corte Suprema de Justicia consideró que el objetivo de la Ley 1060 de 2006 no fue modificar las reglas de los procesos de determinación de paternidad y maternidad, sino proteger los derechos del menor a tener una identidad verdadera. La Corte también examinó el derecho a conocer los orígenes biológicos en el contexto de la donación de gametos y concluyó que, en general, prevalece la confidencialidad del donante en la inseminación artificial heteróloga.

En cuanto a la relación paterno-filial entre un hijo concebido mediante inseminación artificial heteróloga y el esposo de la mujer, la Corte estableció que el consentimiento expreso del esposo es fundamental para establecer la filiación. Si el esposo no brinda su consentimiento al procedimiento de fertilización con semen donado, tiene derecho a impugnar la paternidad y desvirtuar la presunción de la misma.

La Corte concluyó que las decisiones tomadas no violaron los derechos del menor y que las disposiciones legales y jurisprudenciales respaldan la confidencialidad del donante en la inseminación artificial heteróloga.

- **Sentencia T- 968 de 2009 de 18 de diciembre de 2009 Corte Constitucional- Sala Segunda de Revisión. Expediente T-2220700. M. P María Victoria Calle Correa**

La ciudadana Sarai interpuso una acción de tutela contra una sentencia del Juzgado Décimo de Familia de Cali por considerar que desconocía los derechos fundamentales de sus hijos a tener una familia y a no ser separados de ella. El señor Salomón de nacionalidad colombiana, casado por más de 14 años con Raquel, de nacionalidad dominicana, residentes en Estados Unidos, deseaba tener un hijo y en un principio Sarai aceptó realizarse varios tratamientos con el fin de que el señor Salomón fuese padre, a pesar que no se conocían personalmente y su único contacto había sido telefónico.

Sarai acudió al centro Fecundar y allí le implantaron los óvulos de la cónyuge del señor Salomón, tratamiento que no dio resultado porque su cuerpo rechazó dichos óvulos. Ante el fracaso de este tratamiento, el señor Salomón viajó a Colombia para conocer personalmente a Sarai, la visitaba frecuentemente en su residencia en el Valle del Cauca, iniciaron una relación y al cabo de un tiempo le pidió que se realizara un nuevo tratamiento de fertilización, pero con sus propios óvulos. A cambio le prometió una *"buena posición económica para que tuviera el niño y que ese niño lo criarían los dos"*.

Sin embargo, posteriormente, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le retiró la custodia de los niños a Sarai y se les otorgó provisionalmente al padre. El padre presentó una demanda para obtener permiso de salida del país con los niños, y el juez concedió el permiso en compañía del padre, permitiendo visitas de la madre. Sarai interpuso una acción de tutela argumentando que la sentencia violaba los derechos de

los niños. El Tribunal Superior de Cali dejó sin efecto la sentencia, y la Corte Suprema de Justicia confirmó esa decisión. La Corte determinó que no hubo un contrato de alquiler de vientre y que Sarai era la madre biológica de los niños. Considerando la violación de los derechos de los menores, se confirmó la decisión de revocar la sentencia que autorizaba la salida del país de los niños.

- **Sentencia T 398 de 2016⁶**

Esta sentencia se da como resultado de una acción de tutela interpuesta por la señora Heidy Paola López Díaz quien padece de infertilidad primario y perdió las trompas de Falopio motivo por el cual, teniendo en cuenta que médicamente le fue indicado que la única alternativa para procrear era someterse a un tratamiento de fertilización *in vitro*, interpone entonces esta acción en contra de la Dirección General de Sanidad Militar por no autorizar dicho procedimiento ya que con esto (según la actora) se veían vulnerados su derecho a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y a formar una familia.

En el caso concreto, el Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Oralidad de Santiago de Cali, mediante sentencia de agosto 6 de 2015, advirtió que el derecho a la maternidad no implica la obligación al Estado de suministrar tratamientos de infertilidad y la exclusión de estos en el POS, impugnado este fallo, el día 15 de octubre de 2015 la Sala de Decisión de Tutelas Número 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de primera instancia aduciendo que los tratamientos de fertilidad no son indispensables para conservar la salud y su falta de prestación tampoco compromete la vida ni la integridad personal.

Para resolver el caso concreto, la Corte inicia haciendo un análisis de las TRA en Colombia, y pone de presente que en sentencias como la T-274 de 2015 en la cual se condiciona el suministro de la fertilización *in vitro* al cumplimiento y acreditación de ciertos requisitos se están obviando varias consideraciones que rodean las TRA y que se deben abordar a través de la creación de políticas públicas adecuadas y de la legislación por parte del Congreso y no a través de un control concreto de constitucionalidad.

En esta sentencia también se expresa lo siguiente:

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T 398 de 2016. [MP] Luis Guillermo Guerrero Pérez

Al respecto, cuestiones como, por ejemplo, la manipulación de embriones, el uso de los embriones concebidos *in vitro* que sea imposible transferirlos simultáneamente al útero (también llamados embriones sobrantes o supernumerarios), la crio-conservación o congelamiento de dichos embriones y la inseminación o fecundación *in vitro* post mortem, indudablemente son aspectos y debates públicos, legales y científicos sobre los cuales el juez de tutela terminaría decidiendo por anticipado al ordenar la autorización de aquella técnica de reproducción asistida, pretermitiendo la ausencia de regulación en el ordenamiento jurídico interno.

Finalmente, la Corte Constitucional no concede el amparo solicitado en vista de que las entidades accionadas ya que se tiene como precedente judicial que la acción de tutela solo procede siempre y cuando la infertilidad sea consecuencia de otra enfermedad que afecte la salud, la vida o la integridad física de la mujer, o cuando el tratamiento para la infertilidad haya sido iniciado y posteriormente interrumpido por la entidad prestadora del servicio.

Lo que deja en evidencia la falta de regulación bajo la que se encuentran estos temas en nuestro ordenamiento jurídico y que el hecho de que se plantee a los jueces que decidan sobre estos asuntos conlleva a que el juez de tutela decida por anticipado aspectos o debates públicos, legales y científicos que son, como se dijo, competencia del legislador, omitiendo todas las variantes y cuestiones que se tiene que introducir a la discusión que se surta en torno al suministro o la garantía de aquella técnica de reproducción asistida.

IV. DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN OTROS ORDENAMIENTOS JURIDICOS: FRANCIA, ESPAÑA, BÉLGICA, ITALIA

En relación a las TRA los Estados han adoptado posturas divergentes, hay Estados como el colombiano en el que el Congreso no se ha pronunciado al respecto ni de manera permisiva ni con la prohibición expresa, sin embargo hay ordenamientos jurídicos como España, Bélgica, Reino Unido, Israel, Grecia que permiten expresamente estas practicas y en ese sentido regulan su realización y sus efectos o, contrariamente, como es el caso de Francia, Alemania, Italia, Portugal el Estado opta por realizar una prohibición expresa.

Caso de España

La fecundación in-vitro (FIV) es una TRA que se implantó en España en la década de los ochenta⁷, la legislación de este país frente a este tema ha sido bastante cambiante. Antiguamente, la Ley 35 de 1988 en el artículo 9.1 indicaba que la muerte del hombre era un impedimento legal para la utilización de su material reproductor por la mujeres que pensaba someterse a la aplicación de la TRA, sin embargo, permitía que se hiciera la transferencia de preembriones en el plazo máximo de 6 meses desde el momento del fallecimiento si en el momento de este fallecimiento ya la pareja se encontraba sometiéndose a estos tratamientos.

Posteriormente, la Ley 14 de 2006 deroga esta norma y regula el tema de las TRA en España. En el artículo 5 de esta Ley se pone de manifiesto que la donación de gametos y preembriones es un contrato gratuito, formal y confidencial y que de ninguna manera puede tener un carácter lucrativo o comercial, por tanto, la compensación económica resarcitoria solo puede darse para compensar las molestias físicas y los gastos de desplazamiento o laborales que se deriven de la donación mas no un incentivo económico. Este artículo también da cuenta de que la donación es anónima, así las cosas, se garantiza la confidencialidad de los donantes.

Por su parte el artículo 6 establece la regulación frente a los usuarios de las técnicas, puede ser receptora de las TRA toda mujer mayor de 18 años, con independencia de su estado

⁷ Escudero Velando, L.E. (2012). Estimulación ovárica en reproducción asistida. Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia, 58 (3), 191-200.

civil u orientación sexual, si la mujer esta casada debe presentar el consentimiento de su cónyuge, y frente a la elección del donante, es el equipo medico quien la realiza procurando la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible.

El artículo 9 es el que permite la inseminación artificial post mortem solo si el hombre ya fallecido haya manifestado su consentimiento de ser padre de manera previa, el cual debe dejarse por escrito bien sea en escritura publica o en un testamento, este procedimiento debe darse en un plazo máximo de 12 meses desde el fallecimiento. Así las cosas, el hijo o hija que resulte de este procedimiento tendrá derecho a la filiación.

Caso de Bélgica

Al igual que en España, la legislación de Bélgica permite la inseminación artificial post mortem, específicamente en el artículo 14, sección 4 de la Ley relativa a la procreación medicamente asistida y la destinación de embriones y gametos⁸ así:

Art. 15. En el supuesto de que los autores del proyecto parental hubieran crioconservado embriones sobrantes para un proyecto parental posterior y siempre que lo hubieran previsto expresamente en el Convenio indicado en los artículos 7 y 13 de la presente Ley, es posible la implantación post mortem de embriones supernumerarios.

Sin embargo, la utilización de los gametos o de los embriones debe realizarse dentro de cierto tiempo. Bélgica establece, por ejemplo, en los artículos 16 y 45 de la norma en mención que la fecundación debe realizarse seis meses después de la muerte y en todo caso dentro de los dos años siguientes al deceso del autor del proyecto parental.

Caso de Francia

En Francia se da por sentado que las TRA están dadas para asistir la procreación de una pareja heterosexual según el artículo L. 2141-2 del Código francés de salud pública, en la redacción dada por la Ley número 2004-8000, de 6 de agosto de 2004. En ese sentido, el objetivo principal es solucionar problemas de fertilidad en las parejas a las cuales se les exige que estén casados o que mínimamente vivan en comunidad, esto en pro de garantizar unas condiciones de vida positivas al niño o niña que nace como producto de estas TRA Por su parte, el artículo L. 2141-3 del referido Código determina que un

⁸ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes

embrión sólo puede ser concebido “in vitro”, con gametos provenientes, de, al menos, uno de los miembros de la pareja.

Ahora bien, en lo referente a la inseminación artificial post mortem se tiene como precedente el caso de la viuda Corinne Parpalaix que en el año 1984 pasado un tiempo del deceso de su cónyuge reclamo a un banco de espermatozoides sus gametos que habían sido depositados en vida para procrear, dicha institución se niega a esta entrega pero el Tribunal de Creteil decidió ordenar al banco hacer la entrega a la cónyuge superviviente del semen de su marido, con el que efectivamente se inseminó y procreó, sin contar con el consentimiento expreso de su esposo antes de morir para el uso del espermatozoides. No obstante y contrario a este antecedente, actualmente el ordenamiento jurídico francés prohíbe expresamente esta práctica para evitar que el niño o niña concebido sea objeto de posibles vulneraciones en sus derechos al no tener padre pues consideran que los derechos de los niños prevalecen sobre el derecho de una pareja o persona a tener un hijo, además, las TRA se plantean como una terapia que busca resolver problemas de fertilidad en una pareja y no para satisfacer la aspiración de la viuda o conviviente superviviente de ser madre, utilizando los gametos de su marido o compañero premuerto⁹.

Adicionalmente, el párrafo tercero del artículo L. 2141-2 del Código de la salud pública, en la redacción dada al precepto por la reciente Ley número 2004-8000, de 6 de agosto de 2004, dice, así, que el hombre y la mujer que formen la pareja deben estar vivos y que la muerte de cualquiera de ellos impide la inseminación o la transferencia de embriones.

Caso de Italia

En este país el 19 de febrero el parlamento italiano promulgó la Ley 40 de 2004 titulada “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”¹⁰, esta norma se plantea como una regulación fuertemente restrictiva y aún más cuando para la fecha en Italia habían alrededor de 100 centros de reproducción asistida¹¹, precisamente esto era lo que generaba la necesidad de que existiera regulación al respecto. Si bien esta norma permite

⁹ Jose Ramon De Verda y Beamonte. Reproducción Humana Asistida. Rev. boliv. de derecho n° 8, julio 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 192-211

¹⁰ Normas en materia de reproducción asistida medicalmente

¹¹ Cotarelo, Minasi, y Greco (2011). Reproducción asistida en Italia: del “salvaje oeste” a la Ley mas restrictiva de Europa. Un país que se adapta al continuo cambio de la legislación.

la práctica de las TRA, consigna un conjunto de actuaciones emitidas por el ministerio de sanidad que son revisadas cada tres años, las directrices principales son:

1. Solo pueden acceder a las TRA las parejas adultas estériles de distinto sexo, casadas o en matrimonio de hecho y en edad potencialmente fértil, cuya infertilidad o esterilidad sea certificada previamente por el médico.
2. El acceso a la TRA está prohibido para familias monoparentales y para parejas de mismo sexo.
3. La criopreservación de embriones¹² está prohibida salvo en los casos en que no sea posible transferir embriones por un estado de salud grave y documentado de la mujer no previsible en el momento de la fecundación.
4. La fecundación in-vitro esta permitida de acuerdo a la sentencia del 9 de abril de 2014 de la Corte Constitucional que sancionó la legalidad de la Ley respecto de los artículos 2,3, 29, 31, 32 y 117 de la Constitución política y 8 y 14 de la Convención para la protección de los derechos humanos.
5. El uso de gametos obtenidos en otros países esta permitido siempre que supere los requisitos legales italianos.
6. Los requisitos para realizar una donación de gametos son: la donación debe ser espontanea y altruista, la donación será siempre anónima, las células reproductivas de un mismo donante no podrán provocar más de 10 partos, además, el donante debe poner sus gametos a disposición de un solo centro.

El ordenamiento jurídico italiano hace una prohibición expresa a la fecundación post mortem partiendo de la idea de que para acudir a métodos de reproducción asistida es un requisito esencial que se trate de una pareja heterosexual, así mismo, plantea la prohibición de la transferencia de preembriones fecundados antes del fallecimiento del padre si esta transferencia se produce después del fallecimiento de este. En esta prohibición la iglesia ha tenido gran influencia pues afirman que al permitirlo “*se privaría al hijo de la posibilidad del amor y protección del padre*” Montañés (2016), además, frente a este tema los artículos 29 y 30 de la Constitución Política especifican que lo niños y niñas deben ser criados y educados por los propios padres lo que al permitir la inseminación artificial post mortem se estaría vulnerando.

¹² Proceso que se usa para congelar uno o más embriones y conservarlos para su uso en el futuro.

Si bien esta Ley en principio se presentó como altamente restrictiva, mediante demandas de inconstitucionalidad la Corte Constitucional ha flexibilizado un poco su interpretación a la misma haciendo que en Italia las normas respecto a las TRA sean el resultado de derogaciones normativas generando vacíos normativos que no han sido ahondados por el legislador, por lo que la regulación en este país resulta siendo incompleta, contradictoria y muy difícil de interpretar¹³.

A partir del análisis del desarrollo normativo y jurisprudencial en otros ordenamientos jurídicos como Francia, España, Bélgica e Italia en relación a las técnicas de reproducción asistida (TRA), se pueden extraer algunas conclusiones relevantes que son necesarias observar a la hora de plantear la necesidad de regular lo concerniente a las TRA en Colombia.

En primer lugar, es evidente que existe una gran diversidad de posturas y enfoques en relación a las TRA entre los diferentes países. Algunos países, como España y Bélgica, han adoptado una posición permisiva y regulan de manera específica y detallada estas prácticas, incluyendo la posibilidad de realizar inseminación artificial post mortem bajo ciertas condiciones y plazos establecidos. En contraste, países como Francia e Italia han optado por prohibir expresamente esta práctica, argumentando la protección de los derechos de los niños y el respeto a la institución de la familia.

En segundo lugar, se destaca la importancia de la legislación en materia de TRA para establecer marcos claros y coherentes que protejan los derechos de todas las partes involucradas en especial el derecho de los niños como sujetos de especial protección, así como para regular aspectos como la donación de gametos, la confidencialidad de los donantes y la elección del donante en casos de inseminación con donante.

En tercer lugar, la legislación en estos países de manera generalizada permite el acceso a las TRA a las personas independientemente de su género, estado civil u orientación sexual. Sin embargo, existen otros Estados como Italia que impone ciertos requisitos y limitaciones al acceso a las TRA, como lo es la necesidad de consentimiento del cónyuge en el caso de mujeres casadas y la restricción de acceso a familias monoparentales o parejas del mismo sexo. Además, es importante destacar la influencia de factores culturales, religiosos y éticos en la formulación de estas leyes. Por ejemplo, la posición

¹³ Institutito Bernabeu. Legislación Italiana Técnicas de Reproducción Asistida.

de la Iglesia Católica en Italia ha influido en la prohibición de la fecundación post mortem, argumentando la importancia del amor y la protección del padre para el desarrollo del hijo.

En cuarto lugar, se evidencia la necesidad de un enfoque integral y flexible en la regulación de las TRA pues la evolución constante de la ciencia y la medicina requieren una legislación que se adapte a los avances tecnológicos y a los nuevos dilemas éticos que puedan surgir dado que la flexibilidad interpretativa y la actualización periódica de las leyes son fundamentales para abordar los desafíos y garantizar una regulación efectiva y equilibrada. En ese sentido, se resalta que la regulación que se requiere en Colombia en relación con las TRA debe ser clara y coherente para que así se resuelvan los vacíos normativos que se encuentran en la actualidad, regulación que además debe darse con respeto a los derechos de todas las partes involucradas, y en especial, la de los niños nacidos por medio de estas prácticas.

V. CONCLUSIONES

El derecho a la reproducción es reconocido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales, como lo son: la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994 que reconoce el derecho de las parejas e individuos a decidir libremente sobre el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, así como el acceso a la información y los medios necesarios para ello. Además, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Programa de Acción de la CIPD también garantizan los derechos reproductivos, incluyendo el acceso a métodos de planificación familiar seguros y servicios de salud reproductiva. Por su parte, los Objetivos de Desarrollo Sostenible adoptados por la Organización de las Naciones Unidas en 2015 también incluyen el acceso universal a los servicios de salud sexual y reproductiva.

Si bien en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no se menciona específicamente las técnicas de reproducción asistida, la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho a formar una familia siempre que no viole la normativa interna y no genere discriminaciones, lo anterior sugiere que las TRA pueden ser consideradas como una forma legítima de formar una familia, siempre que no estén prohibidas por la legislación interna de cada Estado y cumplan con el principio de no discriminación.

Ahora bien, frente a los derechos reproductivos la Corte Constitucional Colombiana se pronunció en la Sentencia C-355 del 2006 indicando que los derechos reproductivos están implícitos en los derechos fundamentales a la vida, la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la información, a la salud y a la educación, lista que indico enunciativa. En tal sentido, la Corte Constitucional al hacer esta apreciación está elevando los derechos reproductivos a la escala de derechos fundamentales que por su importancia deben ser protegidos por el Estado.

En el caso concreto de Colombia, se observa una falta de regulación específica sobre las técnicas de reproducción asistida (TRA). Sin embargo, la Constitución Política reconoce el derecho a la procreación asistida y establece que los hijos concebidos mediante estas técnicas tienen los mismos derechos y deberes que los concebidos de forma natural. Además, el Decreto 1546 de 1998 reglamenta parcialmente las leyes relacionadas con la obtención, donación, preservación y transporte de componentes anatómicos, así como los

procedimientos para trasplantes en seres humanos. Este decreto define las unidades de biomedicina reproductiva y establece requisitos para su funcionamiento. También se emitió la Resolución N° 3199 de 1998, que establece requisitos sanitarios para las unidades de biomedicina reproductiva y regula el consentimiento voluntario en procedimientos como la inseminación artificial. Así las cosas, apelando a la protección que se le da a la institución de la familia y a los derechos reproductivos tanto desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), como desde el tratamiento dado por la Corte Constitucional, las personas en el Estado colombiano pueden hacer uso de las TRA como medio para hacer efectivo su derecho a formar una familia y a reproducirse en tanto al hacerlo no se está incumpliendo la normativa interna del Estado.

En cuanto al desarrollo jurisprudencial, se han dictado sentencias relevantes en Colombia que han contribuido a abordar los vacíos normativos y a establecer precedentes en relación con las TRA, sin embargo, ha de aclararse que la labor del juez en nuestro sistema jurídico no es precisamente la de regular problemáticas jurídicas de las cuales el legislador no se ha encargado.

La falta de regulación específica en Colombia sobre las técnicas de reproducción asistida, incluyendo la inseminación post mortem, plantea varios desafíos y dilemas legales y éticos. Ante esta situación, es importante reflexionar sobre posibles soluciones que puedan ser implementadas en el país para abordar estas cuestiones de manera justa y equitativa. Para llegar a este objetivo, es necesario promover un debate amplio y participativo que involucre a expertos en el campo médico, jurídico, ético y a la sociedad en general. Este diálogo permitiría discutir los diferentes aspectos relacionados con las técnicas de reproducción asistida y llegar a consensos sobre cómo regularlas de manera adecuada. La participación de organizaciones de derechos humanos, grupos de pacientes y otros actores relevantes sería fundamental para garantizar una perspectiva inclusiva y respetuosa de los derechos de todas las partes involucradas.

Esta legislación debería tener en cuenta los principios fundamentales, como el respeto a la autonomía y la dignidad de las personas, así como los derechos de los niños concebidos mediante estas técnicas. Además, se deben establecer salvaguardias para garantizar la calidad y seguridad de los procedimientos, así como la protección de los derechos de los donantes y receptores. En tal sentido, es menester tener en cuenta el interés superior del niño como principio rector en la regulación de las técnicas de reproducción asistida. Esto

implica garantizar que se considere el bienestar y los derechos de los niños concebidos mediante estas técnicas, incluyendo el acceso a información sobre su origen genético y el derecho a conocer su identidad biológica, en la medida en que esto sea compatible con los derechos y la privacidad de los donantes.

Además, es crucial establecer mecanismos de supervisión y control que garanticen el cumplimiento de la normativa establecida. Esto podría incluir la creación de comités éticos y de regulación que revisen y aprueben los procedimientos de reproducción asistida, así como la implementación de sistemas de registro y seguimiento de los casos. Asimismo, se deberían establecer sanciones claras y proporcionales para aquellos que incumplan con las regulaciones establecidas.

REFERENCIAS

1. BEJARANO, N. (26 de mayo de 2015). https://www.researchgate.net/publication/301360500_Inseminacion_Post_Mortem_Derecho_comparado_Colombia-Espana_-. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/301360500_Inseminacion_Post_Mortem_Derecho_comparado_Colombia-Espana_-
2. Congreso de la República. (16 de febrero de 2016). Código Civil Colombiano. Bogotá, Colombia: Legis.
3. Constitución Política de Colombia 1991.
4. Cotarelo, Minasi, y Greco (2011). Reproducción asistida en Italia: del “salvaje oeste” a la Ley mas restrictiva de Europa. Un país que se adapta al continuo cambio de la legislación.
5. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. [MP] Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil seis (2006).
6. Corte Constitucional. Sentencia T-398 de 2016. [MP] Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil dieciséis (2016).
7. Court d'Appel de Rennes . (2010). La inseminatio post mortem. Actualités du droit. Disponible en: https://www.lemonde.fr/societe/article/2010/06/22/la-cour-d-appel-de-rennes-maintient-l-interdiction-de-l-insemination-artificielle-post-mortem_1376692_3224.html
8. Crespo, J. S. (13 de Septiembre de 2013). Obtenido de Revistas U de M: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/588/845>
9. Escudero Velando, L.E. (2012). Estimulación ovárica en reproducción asistida. Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia, 58 (3), 191-200. Recuperado de https://apps.webofknowledge.com/full_record.do?product=UA&search_mode=GeneraSearch&qid=5 &SID=N19mJtNilIADjo33Ez5&page=1&doc=18
10. Fertilab. Historia de la inseminación. Disponible en: http://www.fertilab.net/ginecopedia/fertilidad/inseminacion_artificial/historia_de_la_inseminacion_1
11. González, L. (1988). Aspectos jurídicos de la procreación asistida. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

12. Instituto Bernabeu. Legislación Italiana Técnicas de Reproducción Asistida. Disponible en: <https://www.institutobernabeu.com/es/legislacion-italiana-tecnicas-de-reproduccion-asistida>
13. Jefatura del Estado. Ley 14 del 26 de mayo de 2006. Sobre las Técnicas de Reproducción Asistida.
14. Jose Ramon De Verda y Beamonte. Reproducción Humana Asistida. Rev. boliv. de derecho nº 8, julio 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 192-211
15. Maround Badr. Medicina y Ética - Octubre-Diciembre 2022 - Vol. 33 - Núm. 4 1083 <https://doi.org/10.36105/mye.2022v33n4.04> Técnicas de reproducción asistida para todas las mujeres e igualdad. ¿Cuestión de derecho o de justicia? Análisis del contexto francés
16. Ministerio de Salud. (1998). Resolución 3199 de 1998. Bogotá, Colombia.
17. Monroy (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. Verba Iuris 30 • p. 135-150 • Julio - diciembre 2013 • Bogotá D.C. Colombia • ISSN: 0121-3474
18. Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes.
19. Naciones Unidas. Objetivos de desarrollo sostenible. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/health/>
20. Presidencia de la República. (1998). Decreto 1546 de 1998. Bogotá, Colombia.
21. Programa de acción de la Conferencia Internacional Sobre la Población y el Desarrollo CIPD, párrafo 7.3, 1994.
22. Reproducción asistida ORG. ¿Qué es el hipospadias y como afecta para ser padre? Por José Luis de Pablo (embriólogo clínico senior), Marta Barranquero Gómez (embrióloga) y Dra. Mónica Aura Masip (ginecóloga). Actualizado el 09/04/2021. Obtenido en: <https://www.reproduccionasistida.org/hipospadia/>
23. Rocío Cotarelo, M. J. (2011). REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ITALIA: DEL “SALVAJE OESTE” A LA LEY DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA MAS RESTRICTIVA DE EUROPA. Actualización obstetricia y ginecología, 1 - 8. Disponible en: <https://docplayer.es/15207478-Reproduccion-asistida-en-italia-del-salvaje-oeste-a-la-ley-de-reproduccion-asistida-mas-restrictiva-de-europa.html>
24. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Familia. 2 de agosto de 1994.

25. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2013. Referencia: 11001-3110-002-2006-0537-01. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.
26. Sentencia T- 968 de 2009 de 18 de diciembre de 2009 Corte Constitucional-Sala Segunda de Revisión. Expediente T-2220700. M. P María Victoria Calle Correa
27. VANINA MOADIE ORTEGA (2015). REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LA FECUNDACIÓN POST-MORTEM COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO FILIAL Y SUCESORAL. XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires