

Reflexión crítica sobre el principio de anonimidad en los datos del donante en procedimientos de técnicas de reproducción humana asistida heterólogas

Critical Reflection on the Principle of Anonymity over the Data of the Donor in Procedures of Heterologous Assisted Human Reproduction Techniques

Vanina Moadie-Ortega¹

Cómo citar/ How to cite: Moadie, V. (2020). Reflexión crítica sobre el principio de anonimidad en los datos del donante en procedimientos de técnicas de reproducción humana asistida heterólogas. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 15(1), 40 – 53. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2020v15n1.6288>

Resumen

Aunque en Colombia la ausencia de regulación sobre las técnicas de reproducción humana asistida es una realidad innegable, a partir de la Carta Política Colombiana de 1991 se establece la posibilidad de engendrar hijos con asistencia científica, por lo que a través de una investigación de enfoque cualitativo, tipo dogmático, con técnicas de recolección de información documental, el proyecto del cual se deriva este artículo se traza como objetivo general: “Analizar los fundamentos legales, jurisprudenciales y principialistas que en el ordenamiento jurídico colombiano permitan la disponibilidad jurídica del cuerpo humano y de partes separadas de este², y que fundamenten su regulación”. Con este fin se plantean unas premisas básicas para el entendimiento del tema, tales como el abordaje sobre las técnicas de reproducción humana en general, con énfasis en las técnicas heterólogas; se plantea el tradicional principio de anonimidad sobre los datos del donante, cuestionando si este vulnera el derecho de toda persona a la “verdad procreacional” o “verdad biológica”; se cita una casuística básica internacional y se analiza el único caso nacional donde la Corte Suprema de Justicia Colombiana se ha pronunciado al respecto, y finalmente se trazan unas conclusiones y propuestas que recogen los puntos relevantes del tema tratado, en especial la necesidad de establecer límites y reglas. Se concluye que es urgente que haya en Colombia una regulación legislativa al respecto, máxime si se tiene en cuenta que las técnicas de reproducción humana asistida no son de reciente creación.

Palabras clave

Principio de anonimidad; donante; técnicas de reproducción humana asistida; inseminación heteróloga; verdad biológica.

Fecha de recepción: 28 de septiembre de 2019
Fecha de evaluación: 20 de noviembre de 2019
Fecha de aceptación: 2 de diciembre de 2019

Este es un artículo Open Access bajo la licencia BY-NC-SA
(<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>)
Published by Universidad Libre



* Artículo derivado del Proyecto de investigación denominado DISPONIBILIDAD JURIDICA DEL CUERPO HUMANO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO. Investigadora principal: Vanina Moadie Ortega. El presente artículo es un avance de investigación que se deriva del proyecto mencionado anteriormente.

¹ Abogada, especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho de la Universidad de Medellín con énfasis en derecho privado y modalidad Investigación, Defensora pública en el área civil-familia de la defensoría del pueblo, Docente de la Universidad de Cartagena y de la Universidad Libre sede Cartagena, Filiación institucional de ponencia: Universidad LIBRE Sede Cartagena. Investigadora tutora del semillero de investigación de derecho privado e investigadora junior categoría Colciencias, adscrita al Grupo de Investigaciones Sociología Jurídica e Instituciones políticas Semisoju de la Universidad Libre Cartagena, categoría A de Colciencias. Correo electrónico: vaninae.moadieo@unilivre.edu.co y vanmoadie66@hotmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6936-8653>

² En este punto se encuentra el enlace con el tema desarrollado: se entienden semen y óvulos como partes separadas del cuerpo al momento de su disposición y al considerar las implicaciones que tal disposición tiene, por tratarse de órganos y fluidos corporales que permiten la reproducción.

Abstract

Although in Colombia the absence of regulation on the techniques of assisted human reproduction is an undeniable reality, from the Colombian Political Constitution of 1991 the possibility of engendering children with scientific assistance is established. Through a research of qualitative approach and dogmatic type, with documentary information collection techniques, the project from which this article is derived had the following general objective: "Analyze the legal, jurisprudential and principialist foundations that in the Colombian legal system allow the legal availability of the human body and its separate parts³, and that support its regulation". Basic premises for understanding the topic are proposed, such as the approach to human reproduction techniques in general, with an emphasis on heterologous techniques, the traditional principle of anonymity over donor data is addressed, questioning whether this violates the right of every person to "procreational truth" or "biological truth"; an international basic casuistry is cited and the only national case where the Colombian Supreme Court of Justice has ruled in this regard is analyzed, and finally some conclusions are drawn as well as proposals that include the relevant points of the topic, especially the need to establish limits and rules.

Keywords

Anonymity principle; donor; assisted human reproduction techniques; heterologous insemination; biological truth.

Introducción

En la época de expedición del Código Civil Colombiano era impensable que un niño fuese concebido luego de muerto su padre; dado los avances de la ciencia médica hoy es posible a través de la técnica que es conocida como "fecundación post-mortem", de igual manera podemos pensar en el caso de un niño que nazca con el semen de un donante, óvulos de una donante, a través de la inseminación artificial, pero gestado a través de un arrendamiento de vientre.

El Código Civil, máximo instrumento de codificación de las relaciones entre los particulares (artículo 1 Código Civil), fue sancionado el 26 de mayo de 1873, hace más de un siglo, razón por la cual no pudo haber regulado aspectos que son de reciente desarrollo.

Por lo anterior, el proyecto del cual se deriva este artículo se traza como objetivo general, el siguiente: "Analizar los fundamentos legales, jurisprudencial y principialistas que en el

ordenamiento jurídico colombiano permitan la disponibilidad jurídica del cuerpo humano y de partes separadas de este⁴, que fundamenten su regulación", a través de una investigación con metodología cualitativa, de tipo dogmático.

Es menester manifestar que la ausencia de regulación sobre las técnicas de la reproducción humana asistida en Colombia es una realidad innegable, de la cual no podemos hacer abstracción. El derecho positivo ha sido desbordado por los adelantos biotecnológicos y médicos, ubicándolo en desventaja frente a temas no reglamentados, que podrían tener incidencia en los aspectos tradicionales de filiación y por ende en aspectos familiares. (Moadie 2011).

Aun así, es sabido, que a partir de la expedición de la Carta Política Colombiana de 1991 se establece la "**posibilidad de existencia de hijos con asistencia científica**", el artículo 42 de la Carta Magna define la familia como "el núcleo fundamental de la sociedad y que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer

³ Here is the connection with the studied issue: semen and ovules are recognized as separate parts of the body at the time of their use and when considering the implications that this use has since they are organs and body fluids that allow reproduction.

⁴ En este punto se encuentra el enlace con el tema desarrollado, entendiendo la disposición del semen y óvulos como parte separada del cuerpo y las implicaciones que dicha disposición tiene, por tratarse de órganos y fluidos corporales que permite la reproducción.

de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, y en el inciso 5 de dicho artículo manifiesta 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.”

Lo anterior indica que el constituyente otorga igualdad a los hijos ya procreados naturalmente, ya adoptados o ya procreados a través de asistencia científica -lo que en este momento nos ocupa-, y manifiesta que la ley reglamentará la progenitura responsable.

Lo anterior refleja, de manera ostensible, que la ciencia y la tecnología han irrumpido en el derecho, ubicándolo en la labor de cuestionar algunas situaciones reales, que son de avanzada pero no reguladas, lo que crea un estado de inseguridad jurídica por la ausencia de normas que establezcan parámetros claros sobre las consecuencias jurídicas que estos aspectos se generan. (Moadie 2011)

Metología y planteamiento del problema de investigación

La reflexión teórica presentada en este artículo se plantea como avance de investigación del proyecto denominado: “Disponibilidad Jurídica del cuerpo humano en el ordenamiento Jurídico Colombiano”, que es desarrollado por el semillero de Derecho Privado en la línea de Derecho, Estado, Cultura y Sociedad del Grupo de investigación Sociología Jurídica e Instituciones políticas Semisoju, de la Universidad Libre, sede Cartagena, y en el cual se ha construido inicialmente como problema jurídico el siguiente: “¿Existe en el ordenamiento jurídico colombiano fundamentos que soporten una regulación sobre la disponibilidad jurídica del cuerpo humano y partes separadas de este, como respuesta a los avances científicos propiciados por la ciencia médica?, pero en este artículo nos concentramos en cuestionar ¿si en la disposición del semen y óvulos-partes del

cuerpo humano-, a través de técnicas de reproducción humana asistida, o procreación científica, cuando estos gametos son aportados por un tercero desconocido, el establecimiento del tradicional principio de anonimidad de los datos del donante, vulneran el derecho a la verdad procreacional o verdad biológica de los sujetos así concebidos?, especialmente en el caso de la inseminación artificial o fecundación invitro HETEROLOGA, toda vez que en ambos casos el material genético, gametos(óvulos o semen) es aportado por un tercero desconocido, lo cual plantea un desafío que sobrepasa los aspectos médicos para incursionar también en el campo de lo social, lo psicológico, lo ético y lo legal.

En este artículo nos proponemos cuestionarnos sobre la identidad de las personas nacidas de estas técnicas, especialmente en el caso de las practicas heterologas, ya que generalmente se ha aconsejado, impuesto o reglamentado la práctica médica de la anonimidad en los datos del donante, pero a dicha solución se contraponen argumentos de tipo psicológico como el rechazo al surgimiento de una familia fundada en un secreto y la consecuencia de que los hijos así nacidos no conozcan su verdadero origen violando con esto el derecho a la “verdad procreacional” o “verdad biológica”, sin que decir del riesgo de que dos personas procreadas a partir de gametos donados, desconociendo dicho origen tengan relaciones sexuales y engendren un nuevo sujeto, poniendo en riesgo la variabilidad genética de la especie humana, por lo que el gran cuestionamiento jurídico es si se debe ponderar en favor de los intereses del donante en mantener en secreto su identidad para no generar vínculos de filiación y reclamo de derechos patrimoniales u optar por el levantamiento de la reserva en los datos del donante para de esta manera garantizar el derecho de los hijos así procreados a conocer su identidad real y no vulnerar su derecho a la verdad biológica.

La metodología implementada es cualitativa, de tipo dogmático, con un método inductivo-deductivo, acudiendo a fuentes primarias y

secundarias y a técnicas de recolección de información

Avances, resultados y discusiones.

De la técnicas de reproducción humana en general

En general la procreación a través de asistencia científica, como lo denomina Colombia, en el citado artículo de la Constitución, es lo que otros países han denominado técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) como España y Argentina, otros países lo denominan técnicas de procreación medica asistida (PMA) como Italia, procreación artificial (PA) como Francia. (Moadie 2017)

En 2012, cuando Louise Brown alcanzo a sus 34 años de existencia luego de convertirse en 1978 en la primera bebé concebida fuera del útero (*bebé probeta*), los expertos en fertilidad estimaron que cinco millones de niños alrededor del mundo son el resultado de las técnicas de reproducción asistida.

El Comité Internacional para el Monitoreo de la Tecnología de Reproducción Asistida, una organización independiente, internacional y sin fines de lucro que reúne y difunde información internacional, durante la vigesimoctava reunión anual de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología el 1 de julio de 2012, presentó estimaciones sobre el número de partos exitosos resultado de tratamientos de fertilización in vitro e inseminación artificial. Se calculó la cifra de cinco millones basándose en “el número de ciclos de tratamientos para IVF e ICSI registrados a nivel mundial hasta el 2008 añadiendo los siguientes tres años”.

Flores Salgado(2007), menciona como técnicas de reproducción asistida, las siguientes:

- La inseminación artificial.
- La fecundación in vitro: transferencia de embriones producidos en el laboratorio.

- La maternidad por sustitución, subrogada o de alquiler, consistente en el alquiler del útero para la gestación del menor, con acuerdo de la prestadora y que en ella se pueden reunir la inseminación artificial (homóloga y heteróloga) y la fecundación in vitro.

Las actuales técnicas de reproducción asistida se reducen según Sarmiento M. (2009) a la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro con embriotransferencia (FIVET) y la inyección espermática intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), considerando además que los demás nombres son variaciones de estas, que describen procedimientos similares usados con fines de reproducción extracorpórea.

Visión sobre las técnicas de procreación asistida y el principio de anonimidad a la luz del ordenamiento jurídico colombiano.

El único intento legislativo de Colombia al respecto. Año 2001: Resulta necesario manifestar el órgano legislativo Colombiano, intentó en una ocasión legislar sobre esta temática, aunque el referido intento no culminó exitosamente; hacemos referencia al proyecto de ley 151 de 2001, Senado, por el cual se pretendió “modificar los códigos Civil y Penal en lo referente a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, manipulación genética, se dictan normas sobre el genoma humano, de nuestra diversidad étnica, y otras disposiciones”.

En la Exposición de motivos de dicho proyecto de ley se señaló que era **urgente** para la ciencia, el ordenamiento jurídico y la sociedad misma con su dimensión y alcance multidisciplinario y de los diferentes criterios, científicos, jurídicos, sociales, culturales, morales, éticos y religiosos, que el Parlamento Colombiano se pronunciare y legislare teniendo en cuenta los postulados de la protección constitucional a los grupos familiares y el grado de aceptación social que estos tópicos tienen en nuestro país.

Es evidente que dicha motivación no fue lo suficientemente eficaz como para que dicho proyecto de ley siguiese su curso de trámite legislativo y así convertirse en ley de la República.

Se reconoció igualmente, en el proyecto de ley, que el legislador de 1991, incluyó dentro del capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales, el artículo 42, donde se expresa que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y se constituye por vínculos naturales o jurídicos, estableciendo que los hijos habidos en matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes, por lo que manifestaron que el objetivo del proyecto de ley “*es el de desarrollar esa norma constitucional, señalando las directrices para que las técnicas médico-científicas de procreación humana asistida tengan su fundamento en la ley.*”

En tal virtud, lo que se pretendía con la mencionada iniciativa era legislar estableciendo **los parámetros** que los métodos científicos de procreación humana asistida debían tener, por tanto incorporar estos en el ordenamiento jurídico, y establecer **los límites** que estos adelantos médico-científicos exigieran y señalar las prohibiciones, con ocasión de la aplicación de esas técnicas, de tal manera que se garantizaran los derechos de los involucrados.

En el mencionado proyecto de ley, se manifestaba inicialmente en su art. 1, que el objeto de la ley era regular: a) La aplicación de la normatividad sobre los métodos científicos de procreación humana asistida) Las inseminaciones artificiales y fertilización invitro con transferencia de embriones;c) El aporte, depósito, donación y disposición de gametos; d) De los beneficiarios, el consentimiento informado y la relación paterno filial de la persona concebida mediante el procedimiento de los métodos científicos de procreación humana asistida; e) El parentesco, la existencia biológica, legal y la legitimidad del hijo concebido por asistencia científica, modificando los artículos 36, 50, 90, y 213 del Código

Civil; siendo todos los aspectos anteriores relevantes para los planteamientos teóricos que se realizaran en el presente artículo.

Posteriormente establecía que se entendía por procreación humana con asistencia científica “el conjunto de técnicas médicas especiales que implican la ayuda profesional al acto conyugal con el fin de lograr la procreación de la especie humana, la obtención y utilización de gametos con tal finalidad, o la transferencia de embriones con el mismo fin.(Art 2).

En relación con los aspectos que nos conciernen en este artículo, establecía bajo el título II las definiciones y reglas para la aplicación de los métodos científicos de procreación humana asistida. En cuanto a DEFINICIONES relevantes para la temática planteada, son necesarios los siguientes artículos:

Artículo 3°. De la inseminación artificial. Entiéndase por inseminación artificial al procedimiento técnico mediante el cual se introduce semen en el aparato reproductor femenino con el propósito de conseguir la concepción o como un procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo con fines reproductivos.

Artículo 4°. De la inseminación artificial homóloga. Se entiende por inseminación artificial homóloga, cuando el semen fecundante para obtener la concepción corresponde al marido de la mujer que se hace inseminar.

Artículo 5°. De la inseminación artificial heteróloga. Se entiende por inseminación artificial heteróloga, cuando el semen fecundante para obtener la concepción corresponde a un tercero donante.

Artículo 6°. De la fecundación invitro y transferencia de embriones o fecundación humana extrauterina. Se entiende por fecundación invitro y transferencia de em-

briones o fecundación humana extrauterina, a la fecundación del óvulo con semen humano en una probeta, siendo transferidos el embrión o embriones al útero.

Artículo 7°. De la fecundación invitro y transferencia de embriones o fecundación humana extrauterina homóloga. Se entiende por fecundación invitro y transferencia de embriones o fecundación humana extrauterina homóloga, cuando el semen utilizado para la fecundación del óvulo en una probeta corresponde al marido y a la mujer de quienes constituyen una pareja, siendo transferidos el embrión o embriones al útero de esa mujer.

Artículo 8°. De la fecundación invitro y transferencia de embriones o fecundación humana extrauterina heteróloga. Se entiende por fecundación invitro y transferencia de embriones o fecundación humana extrauterina heteróloga, cuando: a) La fecundación del óvulo de la mujer que conforma una pareja con su marido, se realiza con semen de un tercero; b) Cuando el óvulo que se fecunda corresponde a otra mujer diferente a la que conforma la pareja con su marido; c) Cuando tanto el semen como el óvulo que se utilizan para la fecundación de la mujer que conforma una pareja con su marido, corresponden a terceros.

Y en cuanto a las REGLAS, se exponían 10 reglas básicas para la interpretación de las técnicas de reproducción asistida; de dichas reglas son relevantes para el desarrollo de este artículo, las siguientes reglas:

Artículo 25. Regla novena. En ningún caso será revelada la identidad de los donantes de gametos, de la mujer receptora y del marido.

Parágrafo 1°. Habrá lugar a la excepción del secreto, en caso de que el

hijo desee conocer sus antecedentes genéticos y en el evento de establecer la legitimidad del hijo mediante impugnación civil por parte de uno de los miembros de la pareja. En este caso, se autoriza al médico o al representante legal de la institución legalmente constituida, para que revele la existencia de la procreación humana asistida, la identidad de la mujer, de su marido, del donante y la existencia del consentimiento.

Parágrafo 2°. Las instituciones debidamente autorizadas para la práctica de las técnicas de procreación humana asistida, deberán mantener en un archivo secreto los expedientes numerados que contengan las informaciones relativas a la identidad y a las condiciones psicofísicas de los beneficiarios de las técnicas de procreación humana asistida. En cada expediente se conservarán los documentos relativos al consentimiento de quienes deban otorgarlo según los términos establecidos en la presente ley.

Resulta imperioso manifestar que si bien el proyecto no fue acogido, si permitió observar las intenciones legislativas en cuento a la temática que hoy nos concentra. Aun así, resulta censurable, más allá de lo acertado o desacertado del proyecto, en especial del tema que en esta ocasión nos convoca, que el proyecto no haya tenido acogida y toda la argumentación que se propuso en la exposición de motivos en torno a “la intención de legislar **urgente** para la ciencia, el ordenamiento jurídico y la sociedad misma, la intención de **legislar de inmediato**, y el **deber del legislador ajustar ese alcance científico en nuestra normatividad**” hayan cedido ante aspectos formales, y más censurable aun, que a la fecha hayan transcurrido más de diez y ocho años desde esta propuesta y no se haya retomado la intención de legislar.

Resulta necesario observar la dinámica de algunos países de avanzada en relación con las

técnicas legislativas, como España que en 1988 expidió ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 35 de 1988), y 18 años después emite una ley (Ley 14 de 2006) donde realiza una reforma y revisión de la ley anterior, con el fin de incorporar nuevas técnicas y actualizar los contenidos manifestando expresamente el ánimo de hacer las correcciones legislativas que la actualidad va imponiendo. O a nivel latinoamericano, es destacable el caso de Argentina, que a propósito de la expedición de un nuevo código civil a través de la Ley 29.994 de 2015 incorpora en este, aspectos de avanzada en relación con técnicas de reproducción humana asistida.

Las anteriores definiciones y reglas son básicas para el desarrollo del título del presente artículo, toda vez que bajo esas definiciones nos cuestionamos ¿cómo garantizar el derecho a la identidad real de los nacidos bajo técnicas de reproducción asistida?, especialmente en el caso de la inseminación artificial o fecundación invitro HETERÓLOGA, toda vez que en ambos casos el material genético, gametos(óvulos o semen) es aportado por un tercero desconocido, lo cual plantea un desafío que sobrepasa los aspectos médicos para incursionar también en el campo de lo social, lo psicológico, lo ético y lo legal.

Especialmente en este artículo nos proponemos cuestionarnos sobre la identidad de las personas nacidas de estas técnicas, especialmente en el caso de las practicas heterólogas, ya que generalmente se ha aconsejado o impuesto o reglamentado la práctica médica de la anonimidad en los datos del donante, pero a dicha solución se contraponen argumentos de tipo psicológico como el rechazo al surgimiento de una familia fundada en un secreto, o en una mentira, y la consecuencia de que los hijos así nacidos no conozcan su verdadero origen violando con esto el derecho a la “verdad procreacional” o “verdad biológica”, sin que decir del riesgo de que dos personas procreadas a partir de gametos donado, desconociendo dicho origen tengan relaciones sexuales y engendren un nuevo sujeto, poniendo

en riesgo la variabilidad genética de la especie humana.

Solo para evidenciar un ejemplo de los riesgos que se corren, a propósito de la práctica médica de la anonimidad en los datos del donante, y la ausencia de límites en ese sentido, narraremos a continuación el siguiente caso real.

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

Como en la historia de Kundera, muchos niños de Alejandría, un pequeño poblado norteamericano, tienen un asombroso parecido con el ginecólogo de sus madres y al parecer son hermanos medios de la mayoría de sus compañeros de colegio, pero esto no es un cuento, sino una realidad que tiene conmocionados a los habitantes de Virginia. Un juicio fue seguido al médico C. B. J., director de una clínica de fertilidad, acusado de utilizar su propio semen para inseminar a sus pacientes, quien podría ser el padre de por lo menos 75 niños concebidos a través de inseminación artificial. Un jurado lo declaró culpable de 52 cargos de fraude y perjurio aunque solamente 15 de los cargos presentados en su contra se refieren a su participación como donante. La utilización del propio semen de un especialista en fertilidad ha escandalizado a la opinión pública y ha preocupado a los tribunales de ética médica. Y ante los tribunales C. B. J. admitió que durante 20 años utilizó su propio semen para fertilizar los óvulos de sus pacientes. Y que nunca confeso a sus pacientes que estaba utilizando su propio semen, **porque le habían advertido que el nombre del donante debía mantenerlo en secreto.** Que consideró apropiado utilizar su propio semen porque no sufre ninguna enfermedad y sus propios hijos no tienen defectos genéticos, y que nunca considero que esto fuese ni ético ni medicamente incorrecto. En alguna ocasión dijo a una paciente: “si Dios no le da su bebé yo se lo doy”, pudiendo ella

comprender el real significado de sus palabras mucho tiempo después. Publicado en PATERNIDAD SUBROGADA. Un jurado acaba de condenar a un especialista en fertilidad, que utilizaba su propio semen para inseminar a sus pacientes. En: revista Semana.com [en línea]. 6 de Abril de 1992. (el resaltado es nuestro)

Luego de expuesto el anterior caso *paradigmático* es comprensible que se generen una serie de preguntas, que si bien la ciencia médica podría responder es claro que la ciencia jurídica no estaría en capacidad de hacerlo; pero indiscutiblemente nos evidencia que es una realidad innegable la ausencia de claridad conceptual, práctica y legislativa, en temáticas como consentimientos informados, tratamiento del fluido corporal denominado semen, reproducción asistida, y en especial, el tema de las consecuencias negativas que puede generar el recomendado principio de anonimidad en los datos del donante.

Jurisprudencia. Sentencia Corte Suprema de 2013: El 28 de febrero de 2013, con ponencia de Arturo Solarte Rodríguez en la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, emite una sentencia que versa sobre un caso de aparente inseminación artificial, en la cual se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Defensor de Familia adscrito al Juzgado Segundo de Familia de Bogotá, en representación del menor demandado, respecto de la sentencia proferida el 25 de enero de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, dentro del proceso ordinario de impugnación de la paternidad que en su contra adelantó el señor XX.

Como antecedentes se pueden señalar:

1.- Que el actor solicito que se declarara que el menor no era su hijo a pesar de que demandante y la señora YY, madre del menor accionado, contrajeron matrimonio el e hicieron vida marital pero posteriormente se divorciaron.

2.- La citada pareja, durante mucho tiempo, trató de concebir un hijo, lo que no fue posible, debido a que se estableció médicamente que el señor XX “tenía una deficiencia de espermatozoide[s]”, que sólo mediante el seguimiento de un tratamiento médico podía, eventualmente, superar.

3.- “Frente a tal situación los esposos XY, estudiaron otras opciones como la inseminación artificial, llegándose a concluir que si el padre no podía concebir, se efectuaría inseminación con espermatozoides del PADRE del demandado señor XX. Los citados esposos, militares de profesión, fueron trasladados a laborar en sedes diferentes al domicilio del hogar y Para la época en que la señora YY quedó embarazada, el actor no había iniciado el tratamiento mencionado.

4.- Aun así, el menor accionado nació en 2004 y el demandante lo registró como su hijo pero el señor XX “tiene serios indicios de que el menor no es hijo suyo, dado su estado clínico”.

5. - Admitida la demanda por el Juzgado Segundo de Familia de Bogotá, la progenitora del menor accionado, manifestó allanarse a sus pretensiones Y frente a la manifestación del actor en el sentido de que consideraba que no era padre del niño “porque no ten[ía] la capacidad de concebir [por] un problema biológico”, aseveró lo siguiente: “[e]so es cierto, **a mí me realizaron una inseminación artificial** en el HOSPITAL MILITAR” y decretadas las pruebas del proceso se determinó que “[l]a paternidad del XX con relación al menor Z es Incompatible.

6.- Agotado el trámite de la primera instancia, la autoridad judicial dictó sentencia el 10 de diciembre de 2008, en la que declaró que “el niño Z, representado por su progenitora YY, nacido en 2004, no era hijo del señor XX;

Al desatar la apelación que el Defensor de Familia adscrito al juzgado del conocimiento interpuso contra el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogot

tá, Sala de Familia, en el suyo, fechado el 25 de enero de 2010, lo confirmó.

La demanda de Casación, que desarrollo un único cargo, en el presente caso señaló que “no se justifica que a estas alturas de los avances planteados, al desatar un litigio de impugnación de paternidad, la Juez de conocimiento solo se limite a declarar que el demandante no es el padre y no se preocupe por indagar, especialmente a la madre, quién es el padre biológico de un niño que antes pasaba por ser hijo de quien en realidad no lo era”, actitud que consideró contraria al **derecho que el accionado tiene de “conocer [a] su padre y así definir su verdadero estado civil ante la familia, la sociedad y el Estado”**.

Igualmente se manifestó que en el caso *sub lite* no “se averiguó a la madre quién es el verdadero padre del niño (...) o de quién provi[no] el semen con el que lo concibió”, sin que en el proceso se hubiese establecido una u otra circunstancia, omisiones que afectan al infante y que ponen “en riesgo la estabilidad de la institución familiar.....”.

El censor advirtió que la protección integral de los derechos del menor aquí demandado exigía que “**se declarara su paternidad**” y que, en concomitancia con ello, se definiera “el ejercicio de la patria potestad, la responsabilidad parental, la asignación de su custodia y cuidado personal, la determinación de las relaciones afectivas materno paterno filiales, familiares y sociales y la fijación de la obligación alimentaria”. Puso de presente, además, que “[l]a otra preocupación de esta demanda de casación, es la manera como se realizó la inseminación artificial de la señora YY, toda vez que no se cumplieron los protocolos que sobre el particular existían, en particular, porque no hubo una participación conjunta de los esposos XY; el cónyuge no autorizó por escrito la inseminación; no se conoció el origen del semen; y no hay certeza de que la concepción del demandado, haya sido fruto de esa intervención médica.

Para finalizar, el recurrente concluyó que “tanto la Juez Segunda de Familia de Bogotá, como los Magistrados de la Honorable Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en flagrante afectación de los derechos fundamentales del niño Z, desconocieron su derecho sustancial fundamental a conocer su origen biológico o genético, que le permita saber quién es su padre (artículos: 5, 14, 16, 29, 44, 93 y 228 de la Constitución Política);

A pesar de todo lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, NO CASÓ la sentencia de 25 de enero de 2010, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, dentro del proceso de impugnación de la paternidad que al inicio de este proveído de dejó plenamente identificado porque estimó que al tenor de lo establecido en el artículo 218 del Código Civil, conforme la modificación que le introdujo el artículo 6° de la Ley 1060 de 2006, “la vinculación del presunto padre biológico al proceso de reclamación o impugnación de la paternidad, procede bien de oficio o a petición de parte, pero en la medida que sea posible” (se subraya), de manera que cuando no lo es, “porque se desconoce a ciencia cierta quién pueda ser el verdadero padre del menor, nada impide que se dicte sentencia resolviendo solamente la pretensión de impugnación de la paternidad”.

No obstante en el fallo mencionado, la Corte Suprema de Justicia Colombiana, preciso que:

“Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, la Corte considera importante destacar que en el trasfondo de la acusación del censor se encuentra la vigencia del principio denominado por la doctrina y la jurisprudencia como de la “verdad biológica”, o “del derecho a conocer los orígenes”–, según el cual es lícita y, por consiguiente, procedente la investigación sobre el origen de las personas –considerado, incluso, por algunos como un derecho inalienable del ser humano de conocer su verdadero estatus jurídico

co, así como la identidad de sus padres-, tema que merece un análisis particular a la luz de las técnicas de reproducción humana asistida.

No obstante lo anterior, la Sala llama la atención sobre el vacío legal existente en el derecho colombiano, toda vez que no hay una normatividad que regule de manera integral los diferentes aspectos jurídicos relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y, en particular, lo atinente al estado civil de las personas fruto de esos avances científicos. La Corte reconoce, además, que la definición de las reglas sobre el estado civil así como de la filiación son asuntos que corresponden al Congreso de la República, como quiera que en un Estado democrático y participativo, como lo es Colombia, ese es el escenario idóneo donde debe adelantarse el debate sobre la situación de los individuos en la familia y la sociedad, y por ende es a esa Institución a la que le corresponde precisar el alcance y proyección de la normatividad en materia tan sensible, siguiendo los derroteros del artículo 42 de la Constitución Política, y, particularmente, su inciso 5°, según el cual “[l]os 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”, norma esta que, sin duda, y mientras dicha normatividad se expide, debe orientar la interpretación que en la actualidad haya de darse a las disposiciones civiles relacionadas con el tema.” (las negrillas son propias).

Rastreo normativo a nivel mundial sobre el tratamiento del principio de anonimidad en los datos del donante y la posibilidad de generar filiación en caso de prácticas científicas heterólogas.

La sentencia Colombiana descrita en el acápite anterior ofrece una ventaja significativa al evidenciar un rastreo normativo en algunos países inicialmente sobre el principio de anonimidad y posteriormente en cuanto a la posibilidad de generar filiación en el caso de inseminación heteróloga, habiendo una gran relación entre la práctica de anonimidad para garantizar el no establecimiento de derechos de filiación o patrimonial entre el donante y el hijo así concebido.

En cuanto al primer asunto, inicialmente se deja consignado que, en general, en tratándose de inseminación artificial heteróloga prevalece la anonimidad o confidencialidad del donante sobre el principio de la verdad biológica; trae a colación por ejemplo, que en el apartado 5° del artículo 5° de la ley 14 de 26 de mayo de 2006, **de España**, sobre técnicas de reproducción humana asistida, sobre la base de un principio general del anonimato del donante y de confidencialidad sobre sus datos personales, **permite a los hijos nacidos obtener información general de los donantes que no incluya su identidad**, la cual solo puede ser revelada en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida y la salud de los menores, o cuando sea procedente en el trámite de una causa penal.

Manifiesta igualmente que en el **Reino Unido**, el Informe de la comisión Warnock, sobre fecundación y embriología humana, **establecía que el donante debía ser desconocido para la pareja receptora y solo permitía al hijo o hija, una vez alcanzara la mayoría de edad**, obtener información sobre el origen étnico y la salud genética del donante, postura que fue reiterada mediante la Ley del 1° de abril de 2005;

Por su parte en **Italia**, inicialmente privilegiaba el interés de la pareja en forma una familia antes que el interés del menor por indagar sobre su padre biológico (Fábrega 1999), pero esto fue hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 40 de 2004 sobre reproducción asistida medicamentosa que prohibió la inseminación heteróloga.

En **Noruega** existe un deber de confidencialidad del personal sanitario respecto de la identidad del donante así como la imposibilidad “del nacido de conocer la identidad de su parte genético”(Kemelmajer, 2010).

La Ley francesa 654 de 1994, prohíbe al hijo investigar la identidad del donante, y solo permite que sean los **médicos** quienes accedan a dicha información, **por motivos terapéuticos**. (Sambrizzi, 2001).

En cuanto a la posibilidad de generar filiación, ha de tenerse presente que los Estados que han regulado la materia niegan, en general, la posibilidad de establecer relaciones de filiación entre el donante y el hijo o hija procreados mediante un procedimiento de inseminación artificial heteróloga. Así, por ejemplo, en **Costa Rica** el Decreto ejecutivo N° 24.029-s de 1995, que rigió hasta el año 2000, establecía que el hijo que naciera como resultado de un tratamiento de inseminación heteróloga sería considerado como hijo del matrimonio receptor de la donación y que el donante no tendría ningún derecho ni obligación sobre el nacido, restricción que continua vigente en el artículo 72 del Código Civil de ese país; **La ley de Suecia**, aun cuando este es uno de los pocos países que permite indagar por identidad del donante de esperma- en el evento en que el menor haya obtenido madurez suficiente, señala que dicho procedimiento no tiene la virtualidad de establecer la filiación con el padre biológico, y en virtud de la Ley 653 de 1994, que incorporó el artículo 311-19 al Código Civil, **en Francia** no se crea ninguna relación de filiación en caso de procreación asistida con gametos de terceros donantes.

Concluye entonces la sentencia de la Corte Suprema Colombiana, que teniendo en cuen-

ta el derecho comparado, en general, prima el anonimato del donante en materia de inseminación artificial heteróloga y se establece como principio rector la imposibilidad de establecer relaciones de filiación entre aquel y los hijos nacidos como fruto del respectivo tratamiento de fertilización.

Actualidad legislativa. Consideramos que presionado por los avances jurisprudenciales y en cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional en sentencias como la T 528 de 2014⁵ entre otras, el legislador colombiano en febrero 20 de 2019, expidió la Ley 1953 de 2019, por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva. En la mencionada ley se acogió el concepto de infertilidad dado por la OMS, ya que en su artículo 2 sobre definiciones, manifestó que: *“La infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo que impide lograr un embarazo clínico después de doce (12) meses o más de relaciones sexuales no protegidas”* y estableció una concepto inicial sobre las técnicas de reproducción humana asistida manifestando que son *“todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”*.

En la precitada ley se ordena al gobierno nacional, a través del Ministerio de Salud y protección social adelantar - en el término de 6 meses(art. 3)- una política pública de solución a la infertilidad, a fin de garantizar el pleno ejercicio de las garantías sexuales y reproductivas en el sistema de seguridad social en salud, bajo los componentes de investigación, prevención, educativo, diagnóstico y adopción para así en

5 Donde la Corte, le ordena al Estado adoptar medidas para incluir dentro del sistema de seguridad social en salud, técnicas o procedimientos de reproducción asistida, como es el caso de la fertilización in vitro, por constituir servicios médicos que pueden ayudar a superar esta afectación en la salud reproductiva del paciente y que no hacerlo, puede resultar violatorio a sus derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida digna de las personas, razón por la cual las parejas se ven obligadas a asumir los altos costos de los procedimientos o en el caso de las personas desfavorecidas, el aceptar con resignación sus capacidades reproductivas, siendo esto una barrera al acceso al servicio de salud.

un término no superior a un año⁶ se reglamente el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnica de reproducción humana asistida.

Por otro lado, es importante resaltar el giro jurisprudencial que dio la Corte Constitucional, con respecto a la procreación en Colombia, reconociendo que, del derecho a salud, se desprende el derecho a salud reproductiva y que este último, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la familia y a la procreación; cuando estos hacen parte del proyecto de vida o familiar de las personas, lo que lo hace importante, ya que puede afectar otras facetas de la vida humana, tales como la paternidad o maternidad, lo anterior evidencia que si se encuentran en el ordenamiento jurídico colombiano normas, casuística y jurisprudencias que permiten observar y “proponer”- como se hace en este artículo- que el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida se debe constituir, reclamar y consolidar como un derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

Conclusiones

No es novedoso el discurso en torno a la viabilidad y conveniencia de la acogida de las técnicas de reproducción humana asistida, pero sí lo es el estudio crítico sobre el tradicional principio de anonimidad de los datos del donante y la claridad sobre si es posible establecer relaciones de filiación entre donante y los hijos científicos, lo cual podrían llevar a evidenciar que en ocasiones es necesario pensar en levantar al reserva de anonimidad ó en dejar atrás el anonimato, y que es prudente el establecimiento de límites en dichas prácticas, toda vez que estos aminorarían las arbitrariedades o abusos de la técnica que podrían desencadenar en riesgos genéticos para la humanidad y contribuyen a generar seguridad jurídica.

Es evidente concluir que en Colombia hay urgencia de regulación al respecto, máxime si se

tiene en cuenta que las técnicas de reproducción humana asistida no son de reciente creación y que Colombia tiene expertos médicos altamente calificados en dichas técnicas pero que desarrollan sus actividades sin regulación legal, y es cuestionable que si bien la Constitución Política colombiana establece la posibilidad de existencia de hijos con asistencia científica, hoy, 28 años después de expedida la Carta Magna no exista ley alguna que reglamente dicha actividad, lo cual vulnera el derecho a la “verdad biológica” que tienen los hijos nacidos de técnicas de reproducción científicas heterologas si se mantiene el tradicional principio de anonimidad en los datos del donante, y es la misma Constitución la que establece que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

También es conclusivo decir que la Corte Suprema de Justicia, en el único caso que ha evidenciado la necesidad de manifestar su posición sobre el principio de anonimidad en los datos del donante de técnica heteróloga y sobre la generación o no de filiación, luego de hacer un recorrido por los principios que gobiernan las prácticas de reproducción asistida en varias legislaciones del mundo, manifestó que existe un vacío legislativo en materia de procedimientos de reproducción asistida, pero que a pesar de ello consideraba que prima el anonimato del donante en materia de inseminación artificial heteróloga y que en estos casos no se pretende la conformación de un vínculo de paternidad entre el menor y el donante, por ende, en el caso narrado, y en adelante en todo proceso de reclamación e impugnación de paternidad no era necesario vincular al posible padre-donante.

En relación con el tema de la ausencia de regulación de estos temas en el Código Civil Colombiano podemos concluir que es comprensible el por qué nuestro Código Civil no con-

6 En el artículo 4 sobre tratamientos de fertilidad, donde señala que: “establecida la política pública de infertilidad en un término no superior a un año, el Ministerio de Salud y Protección Social reglamentará el acceso a los tratamientos de infertilidad...”

templó, ni vislumbró las respuestas jurídicas a los problemas que están generando las prácticas médicas y biotecnológicas en la sociedad, dado que para la época en que fue redactado, aun eran impensables o se avizoraba una gran distancia, entre el momento de su redacción y el momento en el cual se convertirían en realidades.

Justificado el porqué de la ausencia de regulación inicial en el Código Civil sobre las técnicas de reproducción humana asistida, no se exime al legislador de la misión que tiene en la actualidad, aunque sin lugar a dudas no es tarea fácil legislar en esta materia, las tensiones argumentativas reflejadas en el desarrollo de este texto así lo confirman; En este sentido “el legislador teme con razón, que la sociedad humana pueda hundirse en el medio de tempestades desencadenadas por la biotecnología. Pero lo que le aterra en lo inmediato es dar respuestas que sean, o demasiado restrictivas para los científicos, o demasiado débiles para la garantías de la dignidad de la persona. De este modo se encuentra entre dos peñascos, sin saber cómo hacer para avanzar satisfaciendo exigencias que parecen contradictorias. (Adorno 1998)”

Referencias bibliográficas

- Adorno, Roberto. Bioética y dignidad de la persona. Tecnos, Madrid 1998, pág. 47
- Bergel, Salvador D. y otro, Bioética y derecho, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2003, P. 263.
- Gómez de la Torre Vargas M.(1993) La fecundación in vitro y la filiación. Editorial jurídica de Chile ISBN 956-10-006-2, citada por Flores Salgado, L. L. (2007). Reflexión ética jurídica sobre las técnicas de reproducción asistida. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., (20) 97-113. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222932006>.
- Flores Salgado, L. L. (2007). Reflexión ética jurídica sobre las técnicas de reproducción asistida. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., (20) 97-113. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222932006>
- Moadie, Vanina. (2011) Reflexión crítica sobre el fenómeno corporal en la legislación colombiana y su enfoque jurisprudencial. En: Revista CRITERIOS, Universidad de San Buenaventura Bogotá, Julio a Diciembre de 2011. Vol. 4 No 2, p. 151-180. ISSN 2011-5733. <https://doi.org/10.21500/20115733.1964>
- Moadie, Vanina. “Reflexión y crítica sobre el fenómeno corporal en la legislación colombiana, En: TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO PRIVADO. Págs. 9-25. ISBN.978-958-8687-13-1. Editado por ACOFADE. Asociación Colombiana de Facultades de Derecho y Universidad Antonio Nariño, Bogotá. Octubre de 2011.

Es destacable el último avance legal que ha tenido la infertilidad en Colombia con la sanción de la ley 1953 de 2019, toda vez que se abre la puerta a la inclusión de tratamientos dentro del sistema de seguridad social en salud nacional, para las personas que tienen estas patologías. Por lo que el Gobierno nacional a través del ministerio de salud y protección social debe adelantar la política pública de infertilidad en término de 6 meses como reza en el artículo 3 de la mencionada y reciente ley. La pregunta que tendríamos que realizarnos es: ¿Qué tipo de procedimientos médicos estarán incluidos dentro de este nuevo lineamiento? Es cuestión de esperar un breve tiempo.

Indiscutiblemente lo complejo de algunas prácticas médicas y sus implicaciones y controversias morales, sociales, éticas y legales, hacen dividir la opinión de los juristas y las legislaciones en el mundo. La ciencia médica no se detiene por lo que se considera, que ante los avances de la ciencia médica, el silencio del legislador es cuestionable, toda vez que abre una brecha entre esta y la ciencia jurídica, resultando apremiante la necesidad de plantearse nuevas reflexiones y normas que cobijen las posibles soluciones a la disposición jurídica de partes del cuerpo humano en el ordenamiento jurídico Colombiano. ¿Utopía o realidad?

Moadie-Ortega, V. (2017). El novedoso concepto de familia influenciado por las técnicas de reproducción asistida (T.R.A) en Colombia. *Vis Iuris. Revista De Derecho Y Ciencias Sociales*, 4(7), 129-152.
<https://doi.org/10.22518/vis.v4i72017.1146>

Sarmiento M., P. (2009). La técnica de reproducción asistida 25 años después. *Persona y Bioética*, 0(16).
<http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/834/2012>

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala de casación civil, Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013).- Ref.: 11001-3110-002-2006-00537-01

Constitución Política colombiana, promulgada en 1991.

Código Civil Colombiano.

Ley 1953 de 2019 de 20 de febrero, por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva.

Proyecto de ley 151 de 2001, art 2, Senado de Colombia, por el cual se pretendió “modificar los códigos Civil y Penal en lo referente a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, manipulación genética, se dictan normas sobre el genoma humano, de nuestra diversidad étnica, y otras disposiciones”.

Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala de casación civil, Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013).

PATERNIDAD SUBROGADA. Un jurado acaba de condenar a un especialista en fertilidad, que utilizaba su propio semen para inseminar a sus pacientes. En: revista Semana.com [en línea]. 6 de Abril de 1992.