



## **El consentimiento en las técnicas de reproducción asistida en Colombia.**

Consent in assisted reproduction techniques in Colombia.

---

Ivonne Fabiana Gutiérrez Arciniegas – [ivonnef-gutierrez@unilibre.edu.co](mailto:ivonnef-gutierrez@unilibre.edu.co);

Fabián Andrés Hernández Hormiga – [Fabiana-hernandezh@unilibre.edu.co](mailto:Fabiana-hernandezh@unilibre.edu.co)

### **Resumen.**

Con los años, la noción de familia ha evolucionado y a su vez el concepto de filiación no ha permanecido incólume, por lo que sus cambios han variado tanto por las dinámicas sociales como por los avances científicos.

En ese orden de ideas, es importante hacer alusión a la fuente de la filiación por consentimiento en el uso de las técnicas de reproducción humana, a las que acuden las personas para conseguir la maternidad o paternidad por medios naturales.

Por lo anterior, en razón a que es la libre expresión del consentimiento lo que generará el vínculo jurídico, salta a la vista la problemática que puede generar la ausencia de la voluntad como requisito esencial previo al uso de las técnicas de reproducción humana asistidas, tanto en el ámbito penal como en el ámbito civil.

**Palabras Clave:** consentimiento informado- filiación por consentimiento - impugnación de la paternidad o maternidad- Técnicas de reproducción humana asistida-

### **Abstract.**

Over the years, the notion of family has evolved and, in turn, the concept of filiation has not remained unchanged, so its changes have varied both due to social dynamics and scientific advances.

In this order of ideas, it is important to allude to the source of filiation by consent in the use of human reproduction techniques, to which people resort so that, through these, they can achieve maternity or paternity by natural means.

Therefore, since it is the free expression of consent that will generate the legal bond, the problem that can be generated by the absence of consent as an essential requirement prior to the use of assisted human reproduction techniques, both in the criminal and in the civil sphere, is obvious.

**Key Words:** assisted human reproduction techniques- Challenge of paternity or maternity -filiation by consent -informed consent.

## Introducción

En Colombia la filiación, como derecho inherente al estado civil, tiene su génesis ya sea cuando existe una relación jurídica nacida dentro o fuera del matrimonio o unión marital de hecho, la que nace mediante el trámite de adopción o si por el contrario surge mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida. Para la fuente de filiación asistida, toma relevancia jurídica la noción del consentimiento informado que es este concepto la que genera el vínculo jurídico padres-hijo, nacimiento de derechos y obligaciones, así como la intención libre y voluntaria de la formación de una familia, contexto que amerita la observación de los inconvenientes que pueden presentarse en caso que en dicho acuerdo no exista un consentimiento previo y libre de los intervinientes.

Así las cosas frente a este tema, actualmente en Colombia no existe una extensa regulación normativa o jurisprudencial, tanto en lo que se refiere a la filiación por consentimiento como al consentimiento para el acceso al uso de dichas técnicas mencionadas con anterioridad, si existen diversos textos de autores tales como el licenciado en derecho Lasarte C (2008), Gallegos Pérez (2006), Santiago E (2022), Davalos L (2010) y Beetar Bechara (2019), quienes de manera específica se han referido en sus escritos a algunos métodos de reproducción asistida, como también a la creación de obligaciones mediante actos jurídicos, sus solemnidades y efectos.

Por otra parte, existen algunas jurisprudencias donde tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, se han pronunciado frente a temas tales como el consentimiento como elemento esencial del contrato y los efectos de su ausencia, tratamientos médicos para la reproducción asistida en personas que padecen algún tipo condición que impide el conseguir un embarazo por medios naturales y el consentimiento informado.

Mediante el análisis de los temas mencionados con anterioridad, se logrará discurrir sobre el alcance que tiene la figura del consentimiento, sus requisitos y las consecuencias de su ausencia o vicios; Por ello, se propone la siguiente pregunta, ¿Cuáles son los efectos de los vicios o errores en el consentimiento en el acuerdo suscrito por las personas que estipulan el uso de técnicas de reproducción humana asistida como método para lograr un embarazo?, lo anterior guarda especial importancia por la trascendencia jurídica que acarrea la concepción con asistencia médico- científica, puesto que se debe verificar la existencia de consentimiento otorgado por las partes intervinientes al momento de suscribir el acuerdo para el uso de las TRHA, ya que la ausencia de este genera consecuencias jurídicas, tal como lo señala la Corte Constitucional Colombiana:

“La inexistencia se produce en aquellos supuestos en los cuales los requisitos o condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, tal y como ocurre, por ejemplo, cuando falta completamente la voluntad, cuando no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o cuando no se cumple un requisito o formalidad

previsto (ad substantiam actus) en el ordenamiento para la existencia del acto o contrato” (Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2017).

Sumado a lo anterior, se desarrollará una breve descripción del tema de la ausencia de regulación normativa en lo que a TRHA hace referencia, así como las implicaciones a nivel social que tal insuficiencia acarrea, sin perder de vista que Colombia no se encuentra a la par de regulación normativa sobre el tema como tampoco a nivel de avance científico en comparación con algunos otros países de Latinoamérica.

Así las cosas, se ha planteado como objetivo general identificar los efectos de la ausencia o error en el consentimiento dentro del acuerdo suscrito por las personas que estipulan el uso de TRHA como método para conseguir un embarazo; en este sentido para dar cumplimiento a lo anterior se han planteado los siguientes objetivos específicos, primero, definir qué es la filiación por consentimiento, en segundo lugar enumerar los métodos de reproducción científicamente asistida en Colombia y el papel de cada aportante genético sobre todo en el tema del consentimiento, posteriormente y como tercer objetivo se plantea el examinar el tema del consentimiento y los errores que pueden darse con ocasión al acuerdo al cual llega la pareja interesada en hacer uso de estas técnicas y finalmente como último objetivo, el indicar la regulación actual en esta materia.

En ese orden de ideas, se presenta en la primera parte conceptos teóricos, jurisprudenciales, normativos sucintos necesarios de la filiación (Capítulos 1 y 2) y en la segunda parte nos adentraremos en el consentimiento como fundamento esencial de la filiación, el acuerdo suscrito y la actualidad normativa de las TRHA (Capítulos 3 y 4). Con lo anterior se podrá concluir sobre la importancia del consentimiento como manera de crear filiación y los retos que esto conlleva.

## Metodología

Dado que se parte de datos de tipo bibliográficos, se está frente a un enfoque de tipo cualitativo, puesto que se elaborará una búsqueda de información referente al tema central de la investigación con el fin de construir una respuesta a través del análisis de lo hallado.

Teniendo en cuenta la naturaleza del tema y los objetivos que se buscan alcanzar, esta investigación es de tipo descriptiva, puesto que mediante el análisis de temas tales como el uso de las TRHA que existen en Colombia y la figura del consentimiento en la utilización y acceso a las mismas, se abordarán problemáticas de tipo jurídico que pueden llegar a darse en materia de filiación por consentimiento; frente al enfoque descriptivo en materia investigativa se ha conceptualizado que:

“Los investigadores no son meros tabuladores, sino que recogen los datos sobre la base de una hipótesis o teoría, exponen y resumen la información de manera cuidadosa y luego analizan minuciosamente los resultados, a fin de extraer generalizaciones significativas que contribuyan al conocimiento” Morales, F. (2012).

El método de investigación utilizado fue el de búsqueda bibliográfica, dado el desarrollo del artículo donde se tuvo como base principal el análisis y recolección de información que reposa en sitios tales como bibliotecas virtuales o sitios web y que se relaciona con el tema objeto de estudio, teniendo entre ellos libros de autores, revistas científicas, artículos, tesis de grado y demás escritos de interés y validez frente al tema tratado; por otra parte, se apoya este artículo también lo preceptuado por el ordenamiento jurídico, dado que se acudió al estudio de fuentes tales como normas, resoluciones, sentencias y tratados internacionales. Frente a este método, se ha señalado que:

“La información se presenta en multitud de formatos, unos más accesibles, más reconocidos y mejor valorados “académicamente” que otros, entre estos: libros, revistas, actas de congresos, reportes técnicos, normas, tesis e Internet. Los libros son el punto de partida de cualquier investigación bibliográfica, pues proporcionan una buena base y una visión global del tema elegido” (Cisneros, M y Olave, 2012, pp 139).

Así las cosas, para el desarrollo del presente artículo de investigación, se hizo uso principalmente de las diversas herramientas que proporciona internet, tales como bibliotecas virtuales donde reposa gran parte de la bibliografía que resulta útil al momento de desarrollar los objetivos propuestos (libros, revistas, artículos), así mismo, se analizan una serie de jurisprudencias dentro de las cuales tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, han realizado pronunciamientos respecto de los temas objeto de investigación.

## Resultados

### 1. Noción de la filiación por consentimiento.

El concepto de la filiación ha sido abordado desde diversos puntos, por su parte, la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” ha conceptualizado que: “la filiación es la relación que existe entre padres e hijos” “Es el vínculo que une a un hijo o hija con su padre o con su madre, vínculo que tiene fundamento, en principio, en un hecho natural, la procreación, pero que jurídicamente puede tener otras fuentes”

La corte constitucional, por su parte ha señalado:

“La filiación es el derecho que tiene todo individuo al reconocimiento de su personalidad jurídica y conlleva atributos inherentes a su condición humana como el estado civil, la relación de patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias, nacionalidad, entre otros. Además, a través de la protección del derecho a la filiación se concreta el contenido de otras garantías superiores como tener una familia, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana”. (Corte Constitucional, Sentencia C-258 de 2015).

Así mismo, en su libro “La teoría del hecho y acto jurídico aplicada al derecho familiar” Gallegos (2006), frente al concepto de filiación señala que este “comprende el vínculo jurídico que existe entre los sujetos llamados ascendientes y descendientes, sin limitaciones de grados; es decir, entre personas que descienden las unas de las otra.” (p. 248)

Ahora bien, aún y cuando no existe normatividad alguna en la cual se establezca una clasificación exacta de los tipos de filiación que existen en la actualidad, la ley 153 de 1887 señalaba dos clases de filiación, una denominada legítima y una ilegítima; posteriormente la ley 45 de 1936, dejó atrás tal clasificación e indicó que en materia de filiación solo estaban los denominados hijos o hijas naturales y legítimos y posteriormente, las normas que han regulado este tema no se han alejado de tal clasificación sino que se han limitado a otorgar iguales derechos y garantías a los hijos de una u otra clasificación y a tocar los temas referentes a la filiación que se da con ocasión a la figura de la adopción.

La filiación asistida es aquella que se refiere a los hijos que han sido concebidos gracias a la aplicación de métodos médico-científicos para conseguir un embarazo, tal concepto como se mencionó con anterioridad no ha sido del todo definido en Colombia, sin embargo, el artículo 42 de la Constitución Política reconoce a la familia constituida por “los hijos procreados con asistencia científica”.

Empero, en países tales como Argentina el mismo código civil inserta la filiación por consentimiento de manera textual indicando que “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción” (Código Civil de Argentina).

A su vez, dentro del su mismo código civil se señala:

“Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya ovocitos aportado el material genético”. (Código Civil de Argentina, artículo 561)

Esta diferenciación hecha con anterioridad no es más que una muestra de cómo una gran cantidad de países no han regulado mencionado con anterioridad dentro de sus normas, aún y cuando este tema del uso de las TRHA es algo que se ha ido adelantando desde hace más de 30 años.

## **2. Procedimiento de las técnicas de reproducción humana asistida utilizadas en Colombia.**

En Colombia, son relativamente pocos los métodos utilizados y que son brindados por los diferentes entes de salud encargados del tema, entre estos se encuentran principalmente los siguientes:

La inseminación artificial consistente en depositar material genético masculino en la entrada del útero femenino para conseguir que los mismos fecunden el ovulo:

“La inseminación artificial consiste en depositar en el interior del útero una muestra de semen previamente procesada. Para llevarla a cabo, el especialista introduce una cánula en la cavidad uterina transvaginalmente y de manera eco guiada, es decir, controlada por ecografía. Se realiza durante el periodo ovulatorio de la mujer con el objetivo de aumentar las probabilidades de éxito” (Santiago, 2022).

A su vez, esta técnica tiene una subclasificación de acuerdo con el tipo de procedimiento ya sea si el alojamiento de los espermatozoides se hace directamente al útero desde un laboratorio previa estimulación a la ovulación mediante medicamentos (intrauterino directo) o si el alojamiento se realiza de manera intratubárica en el punto más elevado de la ovulación femenina (intraperitoneal).

Por otra parte, se tiene el otro método denominado fecundación in vitro, el cual es adelantado en un laboratorio dentro del cual se toma un ovulo y un espermatozoide y son fecundados, para que posteriormente este óvulo ya fecundado sea depositado en el útero de la paciente, al respecto el Ginecólogo Kushner conceptúa:

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

Sumado a ello, Mayo Clinic señala que esta técnica implica varios pasos “la estimulación de los ovarios, la recolección de ovocitos, la obtención de esperma, la fecundación y la transferencia de embriones”, (Mayo Clinic, 2021) todos estos pasos mencionados con anterioridad pueden tardar de dos a tres semanas y en muchas ocasiones deben ser repetidos más de dos veces para obtener el resultado deseado.

En estos dos métodos mencionados en líneas anteriores , se requiere que tanto la paciente (quién recibirá los espermatozoides o a quién le será implantado el embrión) como su pareja den su consentimiento, luego de que el médico tratante les exponga en qué consiste el proceso, cuáles se esperan sean sus resultados, frente a que riesgos se está enfrentando y las alternativas a las que pueden acceder en caso tal que el procedimiento no sea exitoso; ahora bien, cuando se trata de una mujer soltera y el semen que será utilizado para el proceso es de un donante anónimo, no se requerirá más que su consentimiento, según lo señala la embrióloga Barranquero Gómez en su website Reproducción Asistida ORG.

Finalmente, como tercer método se tiene el de la maternidad subrogada que consiste en:

“La maternidad subrogada se define como el acuerdo entre una pareja (ya sea heterosexual u homosexual) y una mujer(externa) para llevar a cabo el estado de gestación, y finalmente dar a luz el bebé que convertirá en padres a esta pareja; es una realidad evidenciada que a lo largo de los años toma más fuerza, ya que esta les brinda a muchas personas la posibilidad de formar una familia”(Castaño Bedoya, 2021).

En ese orden de ideas, una mujer previo acuerdo con los interesados, gesta a un embrión en su útero hasta el término del embarazo para finalmente hacer entrega del bebé a quienes

junto con ella suscribieron un acuerdo; estos interesados son personas que por razones biológicas, físicas o anatómicas no pueden tener hijos de manera natural.

Dentro de este método existen dos posibles clasificaciones, en primer lugar, está aquella en la cual la mujer gestante es además la madre biológica pues son sus propios óvulos lo que han sido fecundados por un donante o por alguno de los interesados y, por otra parte, puede darse aquella en la cual los gametos son de los interesados o de donantes. A su vez, la maternidad subrogada puede darse oneroso o gratuito, siendo la primera aquella en la cual la madre que llevará a cabo tal embarazo recibe por parte de la pareja o persona interesada una contraprestación y la segunda, aquella en la cual la madre gestante lleva todo el procedimiento de manera gratuita.

Por otra parte, cabe resaltar que para que se proceda al uso de la figura de la maternidad subrogada, es necesario que medie un contrato dado que hay obligaciones de parte y parte, tal y como lo conceptúa la Asociación de Gestación Asistida Reproductiva

“Los acuerdos de Maternidad Subrogada pueden ser considerados como legítimos sólo si los derechos de las tres partes – pareja, gestante sustituta y niño – se respetan. La legislación no establece expresamente que dicho Acuerdo Gestacional sea un elemento esencial y obligatorio en las relaciones de subrogación. Sin embargo, puesto que la legislación no es muy específica en este campo, el Acuerdo de Gestación Subrogada es casi el único documento legal que regula dichas relaciones de forma completa y como tal, es realmente necesario” (Asociación de Gestación Asistida Reproductiva, 2016).

En este sentido, se puede señalar que dado que hay la existencia de un contrato de manera explícita, debe existir un consentimiento dado por cada una de las partes, en primer lugar por parte de la madre gestante quien debe ratificar el querer continuar con el embarazo hasta su culminación y cumplimiento del acuerdo suscrito con los interesados y también un consentimiento por parte de quienes aporten su material genético (cuando haya lugar) y principalmente, un consentimiento en el cual las partes contractuales acepten los términos bajo los cuales se va a adelantar todo el procedimiento.

### **3. El consentimiento como elemento esencial del contrato y efectos de su ausencia o vicios.**

Para hablar de este elemento es primordial remitirse a la ley 84 de 1873, el cual en su artículo 1502 señala que el consentimiento y la falta de vicios en el mismo son requisitos para que mediante un acto volitivo dos personas se obliguen, lo anterior ha de ser expresado por la persona que se va a obligar de manera libre y consciente, teniendo además que demostrar capacidad jurídica, puesto que la falta de este elemento invalida el acto.

Sumado a lo anterior, hay quienes afirman que el consentimiento es un elemento esencial para que un negocio jurídico sea válido, así bien frente a esta distinción en su libro principios

de derecho civil Lasarte señala: “Elementos esenciales: Como su propia denominación sugiere, serían aquellos que, de forma necesaria e inderogable para el sujeto o las partes, deben integrar el negocio jurídico para que se considere válido y eficaz” (Lasarte, 2008).

Ahora bien, frente al tema de los vicios que pueden darse en materias de consentimiento cabe resaltar que se clasifican en tres clases, la primera que es aquella en la cual existe algún tipo de error en el acto, objeto o persona, la segunda referente a la existencia de algún tipo de fuerza capaz de producir un efecto diferente a la voluntad en la decisión de una persona y finalmente, el que haya dolo es la tercera forma en que un acto puede viciar el consentimiento. Este fenómeno, como se ha mencionado puede generar nulidad en el contrato, según lo normado por la legislación civil:

“Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa”. (ley 84 de 1873, art 1740).

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia también se ha pronunciado frente a la nulidad con ocasión de la ausencia de uno o más requisitos o elementos esenciales:

“...es nulo el acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato” (art. 1740 C.C.), son causas de nulidad absoluta la incapacidad absoluta de las partes (art. 1742, C.C) la ilicitud de la causa u objeto y la “omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos” (art. 1740, C.C.)”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, 13 de febrero de 2012).

Así las cosas, se puede observar cómo este elemento mencionado en líneas anteriores es exigido en todo acto que acarree posteriormente una obligación, que, estando libre de vicios o de errores, tendrá consecuencias y efectos para cada una de las partes intervinientes.

### **3.1. El consentimiento y sus vicios en materia de técnicas de reproducción humana asistida.**

Son diversas ramas en que se puede desglosar el término del consentimiento en cuanto al uso de las TRHA, ya que va desde el simple consentimiento informado que es básicamente la manifestación de voluntad dada por la persona que hará uso de estas técnicas, donde la misma acepta el ser intervenida al procedimiento científico, lo anterior previo a la explicación por parte del profesional respecto del procedimiento médico/científico, sus beneficios, sus efectos y los problemas que puede llegar a tener el o la paciente; tal información debe darse de manera clara, en un lenguaje coloquial que sea de fácil entendimiento para la persona. Precisamente, frente a este tema se ha conceptualizado lo siguiente:

“el Consentimiento Informado consiste en la explicación, a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de la enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos

terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su consentimiento para ser sometido a esos procedimientos” (Manual de ética de la Asociación Médica Americana, 1984).

Es tan importante esta figura del consentimiento informado, que muchos lo catalogan como un derecho fundamental, dado que mediante el mismo se busca salvaguardar la autonomía personal y libertad del paciente; tal es la relevancia de este elemento, que, en Colombia desde el año de 1981 mediante la ley de 23 de ese mismo año, se consagra como principio que: “ningún médico intervendrá, ni clínica ni quirúrgicamente a un paciente, sin obtener su previa autorización” (ley 23 de 1981).

Por otro lado, el consentimiento en materia de TRHA ha sido regulado por la legislación penal, así: “Quien insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.” (Ley 599 de 2000, art 187).

Siendo tan relevante para nuestra legislación este tema, que el mismo Código Penal señala que la sanción se incrementará incluso cuando hay algún tipo de circunstancia de atenuación punitiva, como lo es la muerte o abandono del hijo fruto de la inseminación o fecundación in vitro sin el consentimiento de la paciente.

Así mismo, administrativamente se habla de una serie de formalismos que deben existir al momento de someter a una persona a procedimientos referentes al acceso a estas técnicas de que se ha hablado en párrafos anteriores, en el sentido en que tanto los donantes como los receptores deben dar su consentimiento en debida forma, tal y como lo señala la resolución 3199 de 1998 “Para 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 y la receptora” (Resolución 3199 de 1998, artículo 17)

Así las cosas, el consentimiento tiene unas características especiales que deben tenerse en cuenta, como ya se dijo, libre y voluntario, por parte de quienes intervengan en la nueva relación jurídica. Ahora bien, la Corte Constitucional aduce que este consentimiento informado caracterizarse por ser: “(i) libre, es decir, debe ser voluntario y sin que medie ninguna interferencia indebida o coacción” (Corte Constitucional, Sentencia c 246, 2017), puesto que no puede existir ningún tipo de fuerza que afecte a voluntad de quién está dando consentimiento.

También debe ser “(ii) informado, en el sentido de que la información provista debe ser suficiente, esto es –oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa- y en algunos casos” (Corte Constitucional, Sentencia c 246, 2017), teniendo en cuenta que el médico tratante está en la obligación de brindar toda la información necesaria al paciente antes de la intervención, de manera tal que esté conozca los detalles de la misma.

Finalmente, es de gran importancia señalar que el consentimiento además puede requerir formalidades extras, en aquellos casos en que el procedimiento médico- científico y sus efectos, tengan mayor complejidad, el concepto de tal elemento ha sido abordado por la corte Constitucional:

“...(iii) cualificado, criterio bajo el cual el grado de información que debe suministrarse al paciente para tomar su decisión se encuentra directamente relacionado con la complejidad del procedimiento. Así, en los casos de mayor complejidad también pueden exigirse formalidades adicionales para que dicho consentimiento sea válido, como que se dé por escrito para los eventos en los que la intervención o el tratamiento son altamente invasivos.” (Corte Constitucional, Sentencia C 246, 2017).

A su vez, dice la Doctora Atehortúa Rengifo, respecto del consentimiento informado lo siguiente:

“En el marco de aplicación de TRHA, el hecho de que el consentimiento deba ser cualificado es sumamente importante, porque es un procedimiento que no solo afecta directamente al cuerpo de la persona intervenida y su pareja, en caso de que la haya, sino a los posibles hijos e hijas producto de este tipo de filiación. Por lo tanto, es necesario que se manifieste por escrito y que sea persistente, de acuerdo con la misma sentencia anteriormente citada, de manera que el consentimiento debe ser expresado por todos los involucrados en el proceso de reproducción humana asistida.” (López J.G.A. et al, 2022, p. 140).

Como se desarrollará en el capítulo siguiente, además de dar cumplimiento a lo señalado por la ley civil como requisitos para poderse obligar, el consentimiento informado debe cumplir a su vez otra serie de requisitos, máxime en este tipo de procedimiento, dado que a partir del mismo se generará una serie de derechos fundamentales tales como filiación, alimentos, patria potestad, custodia y demás, propios del vínculo jurídico entre padres e hijos y sus obligaciones inherentes.

Especial importancia toma entonces la razón que el consentimiento que se trata en este trabajo, sea un acuerdo escrito, dado que las implicaciones que se desprenden y nacen a la vida jurídica no sólo afectarán a los participantes en la elaboración del acuerdo, sino al que eventualmente nazca, dado que en caso de impugnación será otro el procedimiento mediante el cual se realice tal impugnación.

### **3.2. Formalidad del acuerdo suscrito para el acceso y utilización de métodos de reproducción humana asistida.**

Para que un acuerdo en el uso de estas técnicas, debe cumplir con lo preceptuado en la ley civil, donde se establece:

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra” (Ley 84 de 1873, Art.1502).

Así las cosas, para cada una de las TRHA, el acuerdo tendrá ciertas formalidades y diferencias en relación con los demás más allá del acuerdo de voluntades de las partes. En primer lugar, para los casos de inseminación artificial o fecundación in vitro, tal acuerdo por parte de la mujer será en cuanto a que le serán transferidos ya sean embriones o gametos masculinos, frente a esto se ha referido la legislación española:

“toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa” (Ley 14 de 2006, artículo 6.1).

De manera análoga, se requerirá un consentimiento por parte de quién aporte los gametos y no haga parte del proceso de manera directa (donante), pues que el decreto 1546 de 1998 señala que la donación de esperma en los bancos de semen se hace de manera anónima y por ello no se conocerá nunca su identidad y a este tampoco se le informará sobre cuál es el destino de este y que además tal donación se hace de manera gratuita.

Sumado a lo anterior, cuando se trate de una persona casada o con compañero permanente, quien desee acceder a hacer uso de estos métodos, deberá también haber consentimiento por parte de la pareja dado que su falta de consentimiento puede acarrear más adelante conflictos en materia de impugnación, cuando se trate de semen de donante, puesto que en caso tal de adelantar un proceso de impugnación la única prueba para que esta pretensión no proceda, sería el acuerdo donde se encuentre señalado que el padre demandante dio su consentimiento, tal y como lo explica la Abogada Novoa:

“(…) lo anterior quiere decir que la impugnación de la paternidad no puede ser igual en todos los casos, sino que deberá establecerse el tipo de filiación para saber el camino por seguir. Si se trata de impugnar la filiación de un hijo biológico, se deberá demostrar la ausencia de un vínculo consanguíneo. Si se trata de la impugnación de un hijo nacido de una inseminación artificial, lo que deberá demostrarse será la falta de consentimiento del padre para que su pareja se hubiera realizado el proceso de procreación artificial, pues, según reciente criterio jurisprudencial, sería absurdo que se pretendiera demostrar la ausencia de un vínculo consanguíneo cuando el hijo producto de una inseminación asistida no es un descendiente biológico” (Novoa J, 2018).

En este mismo orden, existe una resolución expedida por el ministerio de salud en la cual se señala que:

“para la fertilización artificial se requiere obtener el Consentimiento Informado de la mujer y de su cónyuge o compañero de acuerdo con lo estipulado en los artículos 15 y 16 de este reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso” (Resolución 8430 de 1993 Ministerio de Salud).

Además de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de mayo de 2017 fue enfática en establecer que:

“(…) al ser la filiación por inseminación artificial una de las situaciones de adquisición del estado civil, su naturaleza jurídica pertenece al régimen sobre las personas. No obstante, la impugnación de este tipo de paternidad no puede fundarse en la demostración de la ausencia del vínculo biológico, pues éste no es el tema del debate; por lo que los medios de prueba tendientes a desvirtuar la reproducción natural son completamente irrelevantes” (Corte Suprema de Justicia, sentencia SC6359 de 2017).

De igual manera, cuando se hace alusión a la técnica de maternidad subrogada también debe existir un acuerdo entre los intervinientes, que para este caso no serían solo la pareja quienes deben acordar sobre acceder a este método y someterse a todas las obligaciones e implicaciones que tal proceso acarree, sino que también se incluye a gestante, quien deberá acordar una serie de elementos, los cuales han sido señalados por la Corte Constitucional:

“... (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica”. (Corte Constitucional, sentencia T-968 de 2009).

Aunado a lo anterior, existe una definición frente al contrato suscrito por la madre gestante y los padres interesados, tal definición ha sido adoptada por estados de la unión americana y se señala que es un acuerdo en el cual una persona sin vínculo filial o sentimental con el interesado que aporta la esperma, acuerda que será inseminada, que llevará a término el embarazo y que posteriormente renunciará a los derechos que puede tener sobre el recién nacido, tales como la custodia, siendo así que transfiere al interesado los mismos, para que sea este quién en adelante ostente la calidad de padre del bebé y por ende tenga derechos y obligaciones respecto de este. Además, se pueden acordar otros aspectos tales como el pago de los gastos en que incurra la madre gestante durante el embarazo, el pago de los gastos personales de esta y demás elementos relacionados con tal contrato.

Por otra parte, existe un elemento esencial de este contrato y que es válido en la legislación de que trata el párrafo anterior y es la posibilidad de la madre gestante de mantener la custodia y derechos sobre el recién nacido.

#### **4. Situación legal y normativa actual de las técnicas de reproducción humana asistida en el contexto colombiano.**

Frente a la regulación en materia de técnicas de reproducción humana asistida, es preciso señalar que son pocos los países que la tienen; para el caso colombiano, desde 1990 se han estado debatiendo varios proyectos de ley alrededor del tema sin embargo no han podido resultar en leyes, tampoco en materia de tratados internacionales que hayan sido firmados y ratificados por Colombia hay alguno que trate sobre tal tema, sin embargo en este contexto, la Abogada Tovar, en concepto dado para la revista ámbito jurídico en el año 2014, señala que sí existen tratados internacionales frente al tema de los derechos sexuales y reproductivos.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del año 2012 señaló:

“Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia vs Costa Rica, 2012).

No obstante, en Colombia, para hablar del tema de las TRHA desde una mirada normativa, muchos autores tienden a traer a colación algunos artículos de la Constitución Política de Colombia tales como el 5, 11, 15, 42 y 43, dentro de los cuales se dan garantías en lo que a derechos sexuales y reproductivos se refiere, además de garantizar derechos tales como la vida, la familia y la dignidad humana.

Por otro lado, está la ley 9 de 1979 la cual de forma indirecta se refiere a la donación de gametos:

“Para efectos de donación o traspaso de órganos, tejidos o líquidos orgánicos por parte de una persona viva, el Ministerio de Salud establecerá qué certificaciones deberán presentarse para acreditar científicamente que el acto no constituye un riesgo distinto del que el procedimiento conlleve, para la salud del donante ni para la del posible receptor” (Ley 9 de 1979, art 543).

A su vez, el Código Penal incluye dentro de su conjunto normativo una serie de artículos dentro de los cuales se regula el uso y manejo de los gametos y además se señalan las conductas que serán delictivas en materia de técnicas de reproducción asistida, entre ellas está: “Quien insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses”. (Ley 599 de 2000, art.187) .

Por otra parte, existen algunos decretos dentro de los cuales se regula el manejo de genes humanos, decretos tales como el 1172 de 1989 en el cual se señalan las medidas que se deben tomar para el manejo de sustancias que contengan cromosomas humanos, tales como el semen o las muestras de óvulos o también regula el consentimiento que debe existir para la donación de gametos y las condiciones bajo las cuales se hace tal donación.

También se tiene el Decreto 1546 de 1998, el cual regula la biomedicina reproductiva e indica las condiciones necesarias para quienes deseen donar esperma y posteriormente otra serie de decretos donde se regula sobre el mismo tema agregando temas tales como el manejo de tales sustancias y las condiciones bajo las cuales deben funcionar los establecimientos donde se manipulen los mismos.

En cuanto a la maternidad subrogada en Colombia no existe aún una regulación clara, sin embargo, en algunos proyectos de ley se ha analizado lo referente al carácter oneroso del contrato, llegando a señalar que no es procedente tal onerosidad, por la naturaleza del acuerdo de alquiler de vientre, el cual es conceptualizado así: "acuerdo gratuito, formal y confidencial, realizado entre la receptora gestante sustitutiva y la pareja solicitante con el fin de llevar a feliz término el proceso de gestación". (Proyecto de ley 037 de 2009, art 5).

Es así como en este caso en concreto, se puede observar una similitud entre los regulado por países tales como los norteamericanos y Colombia, dejando de lado la posibilidad de llegar a tener como válido que haya un pago en específico por un "alquiler de vientre", sin embargo dentro de estos proyectos de ley se deja de lado un elemento esencial el cual es mencionado al final del anterior capítulo y es el de la posibilidad de que la madre gestante puede llegar a decidir dentro de un término establecido el mantener la custodia sobre el hijo acabado de nacer, lo cual sería una especie de retracto similar a la señalada en la ley 1098 de 2006 "Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrán revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento" (ley 1098 de 2006, art. 66).

Finalmente, se resalta que si bien no existe mayor regulación frente a este tema tan importante como lo es el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, si cursan actualmente algunos proyectos de ley que buscan precisamente regular esta materia dada la gran cantidad de vacíos legales que existen y existe una ley vigente que se encargó de establecer los lineamientos para el desarrollo de la política pública frente a la prevención de la infertilidad y los tratamientos a que haya lugar en caso de que exista, es esta la ley 1953 de 2019.

## Discusión

Dentro de la búsqueda de información para el desarrollo del artículo, resulta importante señalar que son varios los autores que han enfocado algunos de sus escritos hacia el tema de la filiación por consentimiento desde los ámbitos jurídicos, científico-médicos que otorgan al

debate elementos de apoyo para efectos de análisis y conceptualización, además de hallar pronunciamientos por parte de autoridades judiciales que dan reglas aplicables a los casos en donde se realicen intervenciones médicas, ofrecen al estudio una visión más amplia de la situación inicial.

Ambas posturas, doctrinal y jurisprudencial coinciden en señalar la importancia del consentimiento en materia de métodos de reproducción asistida, el cual no sólo se limita a la aceptación por parte de la mujer que será quién llevará el proceso de gestación, sino un consentimiento también por parte del aportante de semen o incluso consentimiento por parte del cónyuge o compañero permanente de la futura gestante, dado que la falta de consentimiento de este puede llevar a que más adelante pueda mediante un proceso de impugnación de paternidad, dar fin a la filiación respecto del bebé producto de la inseminación o fecundación in vitro, lo anterior simplemente demostrando que el impugnante no dio su consentimiento o que el mismo tiene vicios ya sea por error, fuerza o dolo .

Por otro lado, si la mujer es soltera y no tiene tampoco compañero permanente o si se habla de la maternidad subrogada, es trascendental el consentimiento de la mujer en cuanto a ser sujeto de alguna de las técnicas de reproducción asistida, dado que hay ausencia de tal elemento, se estaría incurriendo en una de las conductas delictivas que han sido reguladas por el código penal colombiano dentro de su articulado, donde incluso se tiene en cuenta el tema del aborto o el maltrato hacia el ser humano producto de la aplicación de cualquiera de los métodos de reproducción humana asistida que existen.

En este mismo orden y luego de analizar cada uno de los subtemas que se refieren a la figura del consentimiento dentro de las TRHA, queda en evidencia la necesidad de un ordenamiento jurídico claro en esta materia, regulación la cual lastimosamente se ha visto obstaculizada por temas de índole religioso, ético, social o incluso económico, dado que existen diversas posturas que ven el uso de estas técnicas como algo aberrante o algo que va en contra de lo “natural”, sin observar que la infertilidad es cada vez un tema más evidente y que las normas necesariamente deben acoplarse a nuestra realidad social, por lo cual es vital que se empiece a reglar tal materia para llenar así todos los vacíos legales que posteriormente darán lugar a problemas jurídicos que nuestras altas cortes tampoco podrán resolver como consecuencia de la ausencia de normas y quedarán en un limbo que no será más que una muestra más de lo arcaico de nuestras normas, leyes y reglamento en comparación con la de muchos países que sí toman en cuenta temas tan vitales y acoplan sus leyes y normas a las nuevas realidades.

Nuevamente son las reglas constitucionales y precedentes de la Corte Suprema de Justicia que regulan algunos de los temas que debe regularse por medio de los procesos legislativos, tales como el derecho de los hijos nacidos de los procedimientos o tratamientos de reproducción asistida, su tipo de filiación (marital, matrimonial o extra marital o extramatrimonial) entre otras.

## Conclusiones

Como se ha advertido en líneas anteriores, los vicios o la ausencia de un consentimiento, no sólo previo, sino además previo, pero sobre todo cualitativo, teniendo en cuenta que los TRHA obedecen a un procedimiento médico que requiere de una responsabilidad mayor dado que los intervinientes o contratantes, crearán derechos fundamentales tanto para ellos como la creación de una familia, como también para la futura descendencia.

La consecuencia más evidente sería que podría impugnarse la paternidad o maternidad que tiene como fuente el consentimiento, lo que conllevaría a impetrar los procesos judiciales, a través de un proceso declarativo por vicio del consentimiento por existir error, fuerza o dolo al momento de la suscripción del contrato. Debemos hacer una apreciación especial en este punto, dado que en las TRHA cuando la técnica es la denominada homóloga, esto es, que el material genético es del hombre y la mujer que en un principio deciden conformar una familia, este material será de las personas que están casadas o en unión marital de hecho y la fuente de la filiación, será el consentimiento, pues tendrá el ADN de la pareja que lo decidió, por lo cual habría una situación compleja en caso de impugnación pues esta estará enfocada en demostrar la falta de consentimiento por lo cual si se demuestro error o vicio, valdrá más la falta de consentimiento que la realidad biológica, tal como inclusive lo ha señalado Giraldo Castro, cuando manifiesta que

“se permite configurar la filiación como una construcción jurídica asociada a la voluntad de asumir la paternidad, en la que el consentimiento prevalece sobre el aspecto genético, y de ahí que en caso de impugnación, sea inútil acudir a un medio de prueba cuyo objeto es reconstruir la denominada “verdad biológica” como lo es el examen de ADN, pues el lazo filial está fundado en el criterio de la voluntad para asumir la paternidad con pleno conocimiento de la ausencia de lazo de sangre, el cual queda plasmado en un documento previamente aceptado por las partes” (Giraldo Castro, 2018).

Como se adujo en líneas atrás, no hay normativa respecto de la situación planteada, sin perjuicio de los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, tales como la postura de la Corte Suprema de Justicia en donde

“La familia, en consecuencia, no debe definirse exclusivamente por el cientificismo, porque dobllega en repetidos casos, el derecho, la libertad y la autonomía de la voluntad. La familia es ante todo una institución cultural, mediada por lazos sociales, donde lo científico puede ser desplazado” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC1172 de 2022).

Otro de los efectos que no se tienen en cuenta es respecto de los futuros hijos, quienes deben tener especial protección, que, si bien esta es ipso facto, no se analiza inicialmente desde su perspectiva.

“... muchas veces se posterga la protección del hijo privilegiando los intereses de los padres y de los terceros, olvidándose de que es justamente el hijo el que mayor amparo requiere por su incapacidad de defender sus derechos por sí mismo. Sólo se recurre a los intereses o derechos del hijo cuando se trata de aplicar las TRA a situaciones excepcionales como en las parejas homosexuales, en la procreación artificial post mortem o en mujeres solas. Pensamos que ese enfoque es erróneo, pues si bien son justamente esos casos los más conflictivos, un análisis de ese tipo da señales confusas al debate en el sentido de que los intereses o derechos de los hijos sólo son relevantes en los casos excepcionales y, por el contrario, irrelevantes en los casos de aplicación de las TRA a parejas heterosexuales, cuestión que resulta inaceptable en el estado actual de la concepción del hijo como sujeto de derecho” (Turner Saelzer et al., 2000, p. 14).

Con todo, no se puede predicar el consentimiento únicamente como previo, también debe ser informado y, sobre todo, libre de todo vicio, evitando, información incompleta del tratamiento, máxime por la importancia que este tiene, consentimiento forzado, que no permita que sea libre y por último afecte intereses de la familia y en especial del menor de edad.

## Recomendaciones

Finalmente, una vez analizada la pregunta problema y la información recolectada, surge la necesidad de con investigaciones como esta, recomendar a la rama legislativa, empezar a regular puntualmente frente al tema de la reproducción humana asistida más allá del simple procedimiento médico y con un enfoque en los problemas a nivel legal que pueden darse con el uso de tales técnicas y los elementos jurídicos a tener en cuenta antes, durante y después del acceso al método elegido para llevar a cabo un embarazo asistido, elementos tales como el consentimiento previo e informado por parte de los intervinientes en el procedimiento y la regulación clara frente al mismo, llenando así los vacíos normativos que existen, dado que no basta con los pronunciamientos dados por parte de la corte suprema de justicia, sino que se hace necesaria la existencia de una normatividad específica.

## Referencias Bibliográficas

### **NORMATIVA:**

Corte Constitucional, Sala Plena. (2017, 26 de abril). Sentencia C-246/17. (Gloria Stella Ortiz Delgado, M. P.).

Corte Constitucional, sentencia C-258/15, (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 6 de mayo de 2015).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, sentencia 11001-3103-010-2001-00026-01, (M.P. William Namén Vargas, 13 de febrero de 2012).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC1171-2022, (Mp. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, 8 de abril de 2022)

Corte suprema de justicia, sentencia C-345 de 2017, (M.P. Alejandro Linares Cantillo, 24 de mayo de 2017).

Corte suprema de justicia, sentencia SC6359-2017, (M.P. Ariel Salazar Ramírez, 10 de mayo de 2017).

Resolución 3199 de 1998 del Ministerio de Salud.

#### **DOCTRINA:**

Asociación de Gestación Asistida Reproductiva, (2016, contrato en maternidad subrogada.

Beetar Bechara, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco

Castaño Bedoya. (15 de junio del 2021). Persona y felicidad Aportes desde la educación, la filosofía, la historia, la ética, la política, el derecho y la bioética. Edición Número 1. Bogotá D.C-Colombia. Universidad Católica de Colombia.

Cisneros, M y Olave, G. Redacción y publicación de artículos científicos: enfoque discursivo, 1a ed., Bogotá, Editorial ECOE, 2012, pp. 139.

Dávalos Luis Kushner. La fertilización in vitro: beneficios, riesgos y futuro Rev Cient Cienc Med, 13(2), (2010).

Edwards, RS (1995). Principles and practice of Assisted Human Reproduction. Brody SA eds. Philadelphia: W.B. Saunders Co.

Gallegos Pérez, Nidia del Carmen (2006). La teoría del hecho y acto jurídico aplicada al derecho familiar. Tabasco: Univ. J. Autónoma de Tabasco. P.248.

GARCÍA VALVERDE, M. G. (s.f.). Obtenido de:  
<http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/revista60/art2.pdf>

Giraldo Castro, L. M. (2018). Análisis de la filiación por el uso de técnicas de reproducción humana asistida entre parejas con vínculo matrimonial o en unión de hecho en Colombia. <https://www.reproduccionasistida.org> jurídico integral e incluyente. Revista Socio-Jurídicos, 21(2), 135-166.

Lasarte, C. (2008). *Principios de derecho civil. Parte general y derecho de la persona. Tomo Primero*. Madrid: Marcial Pons.

Legis Ámbito Jurídico,(2014). Técnicas de reproducción humana asistida en Colombia: ¿evolución jurídica al ritmo de la ciencia? .  
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/educacion-y-cultura/tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-en-colombia-evolucion#comments-items>

López, J. G. A., Castañeda, A. M. C., Ospina, H. Á., Cárdenas, S. V., Palacio, Y. P.,

Restrepo, M. J. G., & Rengifo, S. F. A. (2022). *La protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes en Colombia*. Editorial Bonaventuriano.

Mayo Clinic, fertilización in vitro,2022. Obtenido de <https://www.mayoclinic.org/es-es/tests-procedures/in-vitro-fertilization/about/pac-20384716#:~:text=La%20fertilizaci%C3%B3n%20in%20vitro%20implica,necsite%20m%C3%A1s%20de%20un%20ciclo.>

Morales, F. (2012). Conozca 3 tipos de investigación: Descriptiva, Exploratoria y Explicativa. Recuperado el, 11, 2018.

Novoa Serna Johana (2018). La filiación asistida y su impugnación. Obtenido de:  
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/la-filiacion-asistida-y-su-impugnacion>

Saelzer, S. T., Pezoa, M. M., & Uribe, R. M. (2019). TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA. Una perspectiva desde los intereses del hijo.

Santiago Romero Helena, E La inseminación artificial (IA): ¿Qué es y cuál es su precio?, obtenido de: <https://www.reproduccionasistida.org/inseminacion-artificial-ia/#autores-y-colaboradores> , 2022.