

La construcción de la identidad al interior de la familia asistida

Pugnas históricas, sociales, y jurídicas colombianas

Prólogo por:

Yadira Elena Alarcón Palacio

Autores:

Juan Carlos Quintero Calvache

Jhon Alexander Solano García

Manuel Santiago Padilla Carvajal

La construcción de la
identidad
al interior de la
familia asistida:

Pugnas históricas, sociales,
y jurídicas colombianas

Jhon Alexander Solano García
Juan Carlos Quintero Calvache
Manuel Santiago Padilla
Autores



Uniautónoma
DEL CAUCA

Quintero Calvache, Juan Carlos, 1971-

La construcción de la identidad al interior de la familia asistida : pugnas históricas, sociales y jurídicas colombianas / Juan Carlos Quintero Calvache, Jhon Alexander Solano García, Manuel Santiago Padilla Carvajal. -- Popayán : Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, 2021.

p. – (Investigación)

Incluye bibliografía.

ISBN 978-958-8614-48-9 -- 978-958-8614-49-6 (digital)

1. Tecnología de la reproducción humana - Aspectos jurídicos – Investigaciones - Colombia 2. Identidad - Aspectos jurídicos – Investigaciones - Colombia I. Solano García, Jhon Alexander II. Padilla Carvajal, Manuel Santiago

CDD: 618.1780599026 ed. 23

CO-BoBN– a1080803

© Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, 2021

© Jhon Alexander Solano Garcia (Compilador)

Primera edición en español.

Sello Editorial Uniautónoma del Cauca [julio], 2021



Uniautónoma
DEL CAUCA

Diagramación: Samava Ediciones EU

Corrección de estilo: Sello Editorial Uniautónoma del Cauca

Diseño de carátula: Samava Ediciones EU

Sello Editorial Uniautónoma del Cauca Serie: Serie Investigación

Editor General de Publicaciones: Ramsés López Santamaría, Vicerrector de Investigación Calle 5 No. 3-85

Popayán, Colombia

Teléfono: PBX: 8213000 - Fax: 8214000

<https://www.uniautonomia.edu.co/>

Info copia: 1 copia disponible en la Biblioteca Nacional de Colombia Existencias

Biblioteca Nacional de Colombia Copia Material Localización

1 Libro Electrónico Biblioteca Nacional

Reservados todos los derechos. No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de información, ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado: electrónico, mecánico, fotocopia, etc., sin permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

IMPRESO EN SAMAVA EDICIONES, COLOMBIA

PRINTED IN SAMAVA EDICIONES, COLOMBIA

Contenido

PROLOGO.....	6
CAPITULO I: La reserva legal vs el derecho de identidad en las técnicas de reproducción humana asistida y en la configuración de la familia en Colombia.....	9
1. La identidad como una construcción del sujeto y la dignidad humana.....	12
2. Alcances jurídicos internacionales y colombianos en torno al derecho a la identidad de las personas nacidas de técnicas de reproducción humana asistida.....	21
2.1. Dimensión jurídica colombiana en materia de reconocimiento de derechos de las personas que nacen producto de técnicas de reproducción asistida.....	24
2.2. La filiación y su evolución normativa en Colombia.....	26
2.2.1. Aspectos jurídicos en Colombia de las nuevas formas de reproducción humana asistida	27
2.2.2. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el ámbito Civil Colombiano.....	28
3. Implicaciones de la confidencialidad legal en las técnicas de reproducción humana asistida sobre los derechos fundamentales del sujeto nacido de estos procedimientos.....	33
CAPITULO II: La familia y las técnicas de reproducción humana asistida (T.R.H.A) un fenómeno constitucional, social y familiar.....	39
1. Las Técnicas De Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A) En El Ordenamiento Jurídico Colombiano.....	41
2. Tensiones Jurídicas entre las partes sometidas a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A).....	43
3. Preceptos Jurisprudenciales de las Técnicas de Reproducción Humana asistida (T.R.H.A).....	47
3.1 Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Familia. (2 de agosto de 1994)	47
3.2 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2013. Referencia: 11001-3110-002-2006-0537-01. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.....	50
CONCLUSIONES.....	59
BIBLIOGRAFÍA	63

Prologo

Yadira Elena Alarcón Palacio¹

Este libro es el fruto de un proyecto de investigación desarrollado al interior del semillero en Derecho Sustancial y Procesal en Familia (SIDEFA), adscrito al Grupo de Investigación en Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales (GIEJPSO), línea: Derecho civil, derecho comercial y teorías de la responsabilidad de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Uniautónoma del Cauca. De este modo, es pues el producto del trabajo constante y permanente de estudiantes y docentes universitarios, abogados con experticia en diferentes áreas al interior del derecho, tales como derecho de familia, constitucional, filosofía y sociología jurídica. Este trabajo sobre **“La construcción de la identidad al interior de la familia asistida: pugnas históricas, sociales, y jurídicas colombianas”**, busca, no solo contextualizar al lector sobre los acontecimientos en relación con la familia producida con Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), sino también generar una opinión crítica, fundamentada en los elementos que se exponen a lo largo de sus capítulos y subcapítulos, materializando así la divulgación y apropiación social pública del conocimiento en torno a una materia poco explorada en Colombia y cuyo alcance ha merecido la atención en el panorama internacional al nivel de los más altos tribunales de justicia.

El libro que se presenta comprende dos grandes bloques. En el primero de ellos se encuentra el trabajo sobre la reserva legal vs. el derecho de identidad en las TRHA y en la configuración de la familia en Colombia, realizado por Juan Carlos Quintero Calvache y Jhon Alexander Solano García, profesores de la Uniautónoma del Cauca, que se concentran en un tema novedoso y poco desarrollado en nuestro derecho, pese a la gran trascendencia que reviste al tratarse de una de las formas de constituir vínculos filiales al interior de la familia.

La segunda parte nos presenta el desarrollo de la temática de la familia y las TRHA un fenómeno constitucional, social y familiar, también realizado por el profesor Jhon Alexander Solano García que en esta ocasión le acompaña el estudiante Manuel Santiago Padilla Carvajal, líder del semillero en Derecho Sustancial y Procesal en Familia (SIDEFA), con un énfasis en la defensa de los derechos fundamentales, de total pertinencia en el marco de los 30 años de la Constitución Política de 1991.

¹ Profesora Titular y Directora de la Especialización en Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Abogada de la Universidad del Norte (Barranquilla - Colombia). Doctora (PhD) en Derecho Privado Social y Económico y Máster en Necesidades y Derechos de la Infancia de la Universidad Autónoma de Madrid (España), Especialista en Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá - Colombia). Contacto: yalarcon@javeriana.edu.co.

El primer trabajo se desarrolla en tres partes. Primero, se aborda la dimensión teórica de la configuración de la identidad del sujeto y su implicación con la dignidad humana; luego se presentan los alcances jurídicos y jurisprudenciales internacionales y nacionales en torno al derecho a la identidad de las personas nacidas de TRHA, y finalmente, se analizan los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia sobre los derechos a la identidad del sujeto nacido a partir de estos procedimientos, a la luz de los derechos que resultan comprometidos y los que emergen para el sujeto. El trabajo solo aborda la perspectiva de los derechos en las personas que nacen a partir de TRHA, pero no se extiende a los derechos de las parejas o los agentes que participan en este tipo de procedimientos.

El aporte que se realiza se funda en la discusión sobre las tensiones entre los derechos de los distintos sujetos en el marco de una utilización de TRHA para producir a un sujeto y los derechos de este último a conocer su verdad biográfica, es decir, la información relativa a los orígenes de su herencia genética. Las tensiones se producen precisamente, tal como lo señalan los autores, porque el primero de ellos queda amparado por el derecho que le asiste de quedar en el anonimato como origen del o los sujetos que emerjan de una procedimiento de TRHA, lo que significa que ni el donatario ni el sujeto nacido de los gametos donados podrá saber de su existencia; el segundo sujeto queda refugiado en la restricción de conocer el origen de los gametos y de revelar al sujeto producto de los gametos su origen biológico; y el tercer sujeto, está amparado por el derecho de identidad personal que le permite saber su origen filial y biológico, si de ello depende la configuración o reconfiguración de su identidad personal. El análisis que se realiza tiende a demostrar cómo todos estos derechos no son absolutos. Los autores enfatizan en que los derechos de los primeros sujetos tendrán que ceder ante el derecho a la identidad de la persona nacida de los gametos donados y sometidos a TRHA, dado que el interés de éste ostenta mayor peso, alcance y dimensión en relación con los otros derechos y, como soporte de tales afirmaciones, parten de las actuales posturas del TEDH que supera incluso la CDN y marca de forma enfática el lineamiento y la interpretación de la Unión Europea frente a la defensa de la Identidad Histórica del sujeto.

Los autores se adentran en la dimensión jurídica colombiana en materia de reconocimiento de derechos de las personas que nacen producto de TRHA, haciendo un recorrido por la filiación y su evolución normativa en Colombia, deteniéndose en aspectos jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana asistida y sus técnicas, destacándose la forma en que, detalladamente, se analiza la filiación por consentimiento derivada de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que descarta la posibilidad de impugnar la paternidad o la maternidad cuando, en el marco de un contrato de prestación de servicios médicos para la procreación con TRHA, se ha prestado el consentimiento por parte del progenitor o progenitora que no aporte material genético y cuyo vínculo filial se encuentra derivado del acto de manifestación de tal voluntad en favor de que se produzca un ser humano con material genético de un tercero donante o con material de dos donantes, ajenos a la pareja, por métodos como la fertilización *in vitro*. Es decir, cuando se produce un ser humano mediante TRHA, la filiación no es necesariamente biológica pues deriva del contrato de prestación de servicios médicos y

de la voluntad de los contratantes de una manera expresa e informada que, manifestada de manera clara, determinan el nacimiento del vínculo con el sujeto y su permanencia en el tiempo sin poder atacar la maternidad o paternidad de ello derivada.

Finalmente los autores se centran en las implicaciones de la confidencialidad legal en las TRHA sobre los derechos fundamentales del sujeto nacido de estos procedimientos, decantándose por el derecho a la verdad histórica de la persona nacida a partir de tTRHA, respecto de la cual emergen derechos como la identidad histórico genética, la dignidad humana y la vida en términos de prevención de enfermedades congénitas, que son desconocidos por las normas y la jurisprudencia colombiana que medianamente regulan los procedimientos de este orden.

El segundo trabajo también comprende tres apartados, en primer lugar se detienen los autores en las TRHA y su desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano haciendo énfasis en el nuevo concepto de familia desarrollado por la Corte Constitucional, a partir de lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución Política que cobija distintos modelos familiares, separándose del tradicional modelo de la familia heterosexual y dando cabida a la familia fundada en el afecto y la solidaridad que puede constituirse por parejas del mismo sexo, encabezada por un solo progenitor o de manera ensamblada en segundas uniones con o sin hijos de las uniones anteriores o, incluso, por vínculos de crianza.

En este orden de ideas, los autores plantean las problemáticas que pueden presentarse dada la escasa regulación en la materia centrada mucho más en los aspectos médicos y tecnológicos que en la filiación y respecto de las parejas del mismo sexo que pueden procrear con el apoyo de las THRA logrando la utilización de las mismas, inicialmente solo pensadas para parejas heterosexuales. A continuación se adentran en las tensiones jurídicas entre las partes sometidas a las TRHA, planteando una serie de supuestos en los que se pueden encontrar falencias o vacíos en nuestra normativa actual y que deben ser suplidos por la jurisprudencia. Los autores, de manera propositiva adelantan posibles soluciones en la materia que, sin duda, constituyen un aporte en la resolución de futuros casos reales. Con un fuerte apoyo en el panorama del Derecho Comparado y de los tratados internacionales y de los pronunciamientos de los tribunales internacionales, toman postura, atendiendo a los principios, reglas y valores de la Constitución Política de 1991, para pronunciarse en contra de la reserva legal que está consagrada en el art. 2 del Decreto 1546 de 1998 y 36 del Decreto 2493 de 2004 y que, a su entender, pueden ser objeto de análisis de constitucionalidad mediante la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

Por último, revisan los preceptos jurisprudenciales de las TRHA, haciendo un aporte para la apropiación social del conocimiento en cuanto al estado actual de la interpretación de la jurisprudencia, tanto a nivel de Tribunal Superior de Bogotá en donde se plantea un caso de transferencia de embriones *post mortem*, como de la Corte Suprema de Justicia, en torno a la filiación por consentimiento derivada del uso de TRHA y de la Corte Constitucional en cuanto al alcance de la maternidad subrogada o gestación sustitutiva. Todo ello da cuenta de lo pertinente y oportuno del aporte de esta obra que, sin duda alguna, será de ineludible consulta para los interesados en el Derecho de Familia y, especialmente, en los temas de filiación y fijación de la identidad de quienes detentan un interés superior de obligatoria observancia por mandato explícito de nuestra Constitución Política.



La reserva legal vs el derecho de identidad en las técnicas de reproducción humana asistida y en la configuración de la familia en Colombia.

The legal reserve vs the right to identity in assisted human reproduction techniques and in the configuration of the family in Colombia.

Juan Carlos Quintero Calvache.¹
Jhon Alexander Solano García.²

Resumen

Los avances en la ciencia biomédica y la ingeniería genética plantean grandes desafíos jurídicos y bioéticos, pero más allá de todos ellos, deja en evidencia una amplia zona gris en el ámbito de los derechos para los sujetos concebidos mediante procedimientos técnicos de reproducción humana asistida.

El presente pretende mostrar los efectos de la confidencialidad en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida sobre el derecho a la identidad personal histórica del sujeto que nace como resultado de los diferentes procedimientos.

1 Abogado, filósofo, Magister en filosofía, Doctor en ciencias humanas, PHD en Filosofía, Docente universitario e investigador asociado (Colciencias).

2 Abogado, Especialista en Derecho de Familia, Magister en Derecho Público, Doctorando en Derecho de la Universidad Santiago de Cali, Docente universitario.

A partir de un enfoque cualitativo se apela al análisis documental de las disposiciones jurídicas colombianas y los fallos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, para hacer un contraste con normas y decisiones internacionales, que definen los alcances de la construcción de la identidad histórico-biológica de los sujetos nacidos mediante un “contrato de creación”.

Se logra establecer que las normas colombianas que salvaguardan la confidencialidad en los procedimientos de gestación mediante técnicas de reproducción humana asistida, vulneran los derechos a la identidad histórica de las personas que nacen producto de tales procedimientos, porque se impide acceder al conocimiento del origen biológico del material genético utilizado para el procedimiento reproductivo.

En ese sentido, los seres humanos que nacen bajo la manipulación deliberada de embriones humanos no están privados de los derechos a la construcción de su identidad fundada en el origen genético de su composición, ni se les puede privar del derecho a conocer la verdad de su origen.

Palabras clave:

Técnicas de reproducción humana asistida, pruebas científicas personales, índice de paternidad, procedimiento familiar, estado civil, filiación.

Abstract.

Advances in biomedical science and genetic engineering pose major legal and bioethical challenges, but beyond all of them reveal a wide gray area, in the field of rights for subjects created through technical procedures for assisted reproduction.

This work aims to show the effects of confidentiality in the application of assisted human reproduction techniques, on the right to the historical personal identity of the subject that is born as a result of these procedures.

From a qualitative approach, the documentary analysis of the Colombian legal provisions and the decisions of the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice are appealed, in order to make a contrast with international norms and decisions, which define the scope of identity construction Historical-biological of subjects born through a “creation contract” within.

It is possible to establish that Colombian norms that safeguard confidentiality in pregnancy procedures through assisted human reproduction techniques, violate the rights to the historical identity of the subjects born as a result of such procedures, because impede access to knowledge of the biological origin of the genetic material used for the reproductive procedure.

In that sense, human beings born under the deliberate manipulation of human embryos are not deprived of the rights to construct their identity based on the genetic origin of their composition, nor can they be deprived of the right to know the truth of their origin.

Keywords:

Assisted human reproduction techniques, personal scientific evidence, paternity index, family procedure, marital status, affiliation.

Introducción

La imposibilidad biológico-funcional para la procreación en muchas parejas que aspiran concebir nuevas vidas en su espacio conyugal, abrió la puerta para que estas uniones apelarán a los procedimientos de la ciencia genética para la concepción asistida de seres humanos que serían integrados en la conformación de la familia. El problema surge para los sujetos que nacen en este contexto, o en cualquiera que se trate de seres devenidos de manipulación de gametos, pues la ley no permite que ellos puedan conocer el origen del material genético con el cual fueron concebidos, ni los procedimientos adelantados para ello.

El trabajo aborda el problema del derecho a la identidad histórica de las personas nacidas bajo técnicas de reproducción humana asistida, a la luz de la legislación nacional que regula estos procedimientos, procurando establecer de ¿cuál es la implicación de la reserva legal en las técnicas de reproducción humana asistida sobre el derecho fundamental a la identidad histórica del sujeto?

Desde las dimensiones psicológica y discursiva de Kenneth Gergen, Charles Taylor y Voloshínov & Bajtín, se aborda el problema de la configuración y reconfiguración de la identidad del sujeto, entendida como formas de presentación en contextos específicos que resultan cambiantes y ajustadas a las necesidades propias del individuo, implicando la realidad histórico-social y biológica para relaborar y reelaborar la autopresentación, a partir de relaciones semánticas con el mundo. De lo anterior se deriva la noción de la dignidad humana desde la dimensión de Niklas Luhmann, entendida como como reafirmación del sujeto que procura el reconocimiento de otros en estadios y momentos específicos.

A la luz de las discusiones alrededor de las técnicas de reproducción humana asistida, como procedimiento clínico que resuelve en parte el deseo de constituir familias nucleares, aparece el problema de los derechos a la identidad histórica de los sujetos devenidos seres humanos de tales procedimientos clínicos. La confidencialidad del procedimiento de reproducción asistida y del origen de los gametos que se postula en el Decreto 1546 de 1998, modificado parcialmente por el Decreto 2493 de 2004, reglamentario de las leyes 9 de 1979 y 73 de 1988, y los pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Suprema de Justicia, pone en cuestión los derechos a la identidad histórica, a la dignidad y a la verdad en torno a la genealogía genética y social de la persona devenida de un procedimiento de reproducción humana asistida.

En ese orden de ideas, se propone llamar la atención en torno a los conflictos que jurídicamente plantean los métodos de reproducción humana asistida para salvaguardar los derechos y los valores de la persona humana en las intervenciones sobre la procreación. Con este trabajo se busca establecer una serie de pautas que permitan proyectar a nivel de altos tribunales en Colombia, una defensa constitucional de los derechos fundamentales

en cabeza de las personas nacidas de estos procedimientos, entre otras cosas, dando prioridad a la historia del sujeto mediante el derecho fundamental a la identidad e incluso hasta el derecho a la igualdad que se encuentra implícito en el primero.

El trabajo se desarrolla metodológicamente bajo el enfoque cualitativo. Debido a que la pretensión se concentra en determinar los alcances del derecho a la identidad histórica del sujeto que ha nacido como resultado de un procedimiento de alguna técnica de reproducción humana asistida, se apela al método historiográfico mediante la técnica del análisis documental, que permitió la recolección de la información a través de fuentes oficiales vinculadas al tema como leyes en América Latina y Colombia (lugar de estudio), documentos institucionales sobre la conformación de la familia en parejas del mismo sexo, técnicas de reproducción humana asistida y artículos científicos vinculados al tema; así como también, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La sistematización de la información se realizó en bases de datos digitadas y depuradas en excel, abordando transversalmente las variables centrales del estudio como el objetivo de la ley, el carácter de la ley a analizar, efectividad de la norma para la conformación de familias, el tipo de técnica usada para la reproducción humana, la prevalencia de la identidad como prioridad en la procreación y el accionar institucional frente a las exigencias por parte de las parejas del mismo sexo para concebir.

El trabajo se desarrolla en tres partes. Primero, se aborda la dimensión teórica de la configuración de la identidad del sujeto y su implicación con la dignidad humana; luego se presentan los alcances jurídicos y jurisprudenciales internacionales y nacionales en torno al derecho a la identidad de las personas nacidas de técnicas de reproducción humana asistida, y finalmente, se analizan los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia sobre los derechos a la identidad del sujeto nacido a partir de estos procedimientos, a la luz de los derechos que resultan comprometidos y los que emergen para el sujeto.

El trabajo sólo aborda la perspectiva de los derechos en las personas que nacen a partir de técnicas de reproducción humana asistida, pero no se extiende a los derechos de las parejas o los agentes que participan en este tipo de procedimientos.

Se concluye que, del derecho a la verdad histórica de la persona nacida a partir de técnicas de reproducción humana asistida, emergen derechos como la identidad histórico-genética, la dignidad humana y la vida en términos de prevención de enfermedades congénitas, que son desconocidos por las normas y la jurisprudencia colombiana que medianamente regulan los procedimientos de este orden.

1. La identidad como una construcción del sujeto y la dignidad humana

El sí mismo como un estado de la mente y como invención del sistema nervioso central (Llinás, 2002, p. 150) no deja de ser un estado en el que el sujeto se reconoce en sí y diferente de otra entidad corpórea. Sin embargo, esto no resta importancia para que la persona se pregunte por que ella es. ¿Quién soy yo? Es la pregunta que emerge en la individualidad del ser que halla en medio de una pluralidad de sujetos con particularidades específicas, formas de comportamiento diverso y maneras de ver el mundo distintas.

Por lo tanto “yo soy”, dice Llinás (2002) significa que el sujeto siente su corporeidad a partir de la interiorización de una semántica del “yo” que no existe como entidad física sino como concepto con referencia a esa persona como una entidad que ella misma se siente. Entonces, a partir de esa realidad semántica el sujeto empieza su carrera por resolver la preocupación que le embarga por tener certeza sobre “quien es”. El asunto no es tan sencillo como a simple vista parece, pues, podría suponerse que es suficiente con que la persona se siente como una entidad distinta a las otras para saber en realidad lo que “es”. De tal suerte que esa pregunta nos sustrae del interior del sujeto y para ubicarnos en un escenario externo que permita establecer “quien es” el sujeto. La pregunta ¿quién soy? Establece necesariamente una relación del sujeto con otros individuos antes que consigo mismo. Pero ¿por qué necesariamente? porque una adecuada respuesta a esa pregunta supone que el individuo no debe definirse en relación consigo mismo, sino en relación con otros. A partir de esa cuestión, él procura definirse, por una parte, como un sujeto único frente a los otros, y por otra parte, podrá determinar que él no puede ser ninguno de los otros que están con él.

Es decir, que la creencia de saber quién es no depende de factores innatos que le proporcionen al individuo los insumos necesarios para determinar quién es; porque de hecho se sabe que por su condición personal, como compleción física, tono de piel, estatura y rasgos corporales en general, es una persona³ distinta de otras personas, lo cual solo permite afirmar una forma de identidad llamada identidad personal, que resulta ser lo mismo que Llinás (2002) denomina “sí mismo”. Esta identidad personal le permite a un individuo considerarse un ser humano igual en sí mismo y diferente de los demás, un individuo con características, rasgos y propiedades distintas de otras especies, una especie diferente de otras, dicho en términos habermasianos, una persona humana o moral (Habermas, 2002). Este tipo de identidad no resulta ajena a otras formas en las que se manifiesta la identidad en el sujeto como la identidad moral o la identidad social, pues estas se levantan precisamente sobre la sobre identidades propiamente personales.

Es decir que la creencia de saber *quién es* no depende de factores innatos que le proporcionen al individuo los insumos necesarios para determinar *quién es*; porque de hecho se sabe que por su condición personal, como compleción física, tono de piel, estatura y rasgos corporales en general es una persona distinta de otras personas, lo cual solo permite afirmar una forma de identidad llamada *identidad personal* (Taylor, 2006, p. 52). Esta identidad personal le permite a un individuo considerarse un ser humano

³ Etimológicamente el concepto filosófico de persona se sustenta básicamente sobre tres teorías: (1) aquella de origen griego en la que persona equivale a la palabra *prósopon* “máscara” del actor en el teatro griego. Po lo que desde esta perspectiva, persona corresponde a “personaje”. (2) Otra deriva “persona” de *persono*, infinitivo *personare*, con el significado de “hacer resonar la voz” como lo hacía el actor a través de la máscara. (3) otro es el sentido jurídico entendido como “sujeto legal”. Además, se pueden considerar cinco grandes corrientes que abordan el concepto de persona en el pensamiento occidental: (1) Aquella que define la persona en términos de sustancia, que se caracteriza por la atribución de determinadas propiedades, entre ellas su individualidad e incomunicabilidad y su carácter racional. (Aristóteles, Boecio y buena parte del pensamiento medieval). (2) La que resalta el carácter de pensante de esta sustancia (*res*) y la reduce a su condición de sujeto epistemológico que en la época del idealismo se convertirá en sujeto trascendental. (Edad Moderna). (3) La que pone de presente el carácter ético de la persona y su condición de ser libre ante la obligación moral, en contraposición al mecanismo que rige el mundo de la naturaleza. (Tendría su origen en los estoicos, y su culminación en el Kant de la razón práctica y en Fichte). (4) De la tercera surge como variante la consideración jurídica de la persona, que sobre la base de su dignidad fundamentalmente ética, la define por los derechos universales e inalienables de la que es sujeto. (5) La corriente existencialista y el personalismo filosófico y teológico (sus raíces se remontan a la tradición religiosa judeo-cristiana y a algunos representantes de la tradición cristiana como San Agustín, Pascal, Lutero, Kierkegaard). Ver MARTÍN VELASCO, J., *El encuentro con Dios*, Caparrós, Madrid, 1995, pp. 243-258.

igual en sí mismo y diferente de los demás, un individuo con características, rasgos y propiedades distintas de otras especies, una especie diferente de otras, dicho en términos habermasianos, una persona humana o moral. (Habermas, 2002)

En cuanto a la construcción del “yo” en el individuo habrá de considerarse un tipo de *identidad moral*, para encontrar la respuesta a la pregunta inicialmente formulada. *Identidad moral* entendida en términos de Taylor como aquello que se define “por los compromisos e identificaciones que proporcionan el marco u horizonte dentro del cual yo intento determinar, caso a caso, lo que es bueno, valioso, lo que se debe hacer, lo que apruebo o a lo que me opongo” (Taylor, 2006, p. 52), lo cual opera como base para saber que, en cierta medida, la identidad del individuo se encuentra definida por compromisos morales, teológicos, políticos, culturales, nacionales o espirituales. Todo esto termina siendo la *orientación fundamental* para saber quién soy, y no tener esa orientación, perderla o jamás haberla adquirido tiene serias consecuencias sobre la identidad, pues eso, según Taylor, “equivale a no saber quién se es. Y esa orientación, una vez conseguida, define el lugar desde el que responde, es decir, tu identidad” (Taylor, 2006, p. 55).

Mi identidad se define por los compromisos e identificaciones que proporcionan el marco u horizonte dentro del cual yo intento determinar, caso a caso, lo que es bueno, valioso, lo que se debe hacer, lo que apruebo o a lo que me opongo. En otras palabras, es el horizonte dentro del cual puedo adoptar una postura. (Taylor, 2006, p. 52)

Lo que se intenta mostrar, es que la construcción del *yo* en el individuo corresponde a una serie de marcas, podríamos decir, que dejan las experiencias de su relación con los otros y con el mundo, con el entorno, con los significados de esas relaciones y experiencias, gracias a relación semántica que se establece con todo el estado de cosas.

A partir de lo anterior se mostrará la forma como intervienen en la construcción y transformación de la identidad individual aspectos de carácter psicológico, social y discursivo. Antes de esto, se pondrá en evidencia el problema que se presenta en la definición del *yo* individual como forma de identidad, que Paul Ricoeur (2003) identifica como la “cuestión de la permanencia en el tiempo de la *identidad numérica* y la *identidad cualitativa*, que se vinculan con el concepto de *identidad ídem* o *mismidad*” (p. 109).

La cuestión de la permanencia en el tiempo para la *identidad numérica* supone para el individuo una constante invariable durante el paso del tiempo, siendo él, el mismo y distinto de otros. Esa permanencia en el tiempo del mismo individuo solamente se sostiene por la *identidad cualitativa* que es la que permite la identificación del individuo por los rasgos de su personalidad, que ofrecen ciertas características que lo hacen ser él mismo y no otro individuo, y que Ricoeur llama *carácter*.

Entiendo aquí como carácter el conjunto de signos distintivos que permiten identificar de nuevo a un individuo humano como siendo el mismo. Por los rasgos descriptivos que vamos a expresar, acumula

la identidad numérica y cualitativa, continuidad ininterrumpida y la permanencia en el tiempo. (Ricoeur, 2003, p. 113)

Así, el carácter para Ricoeur (2003), “*designa el conjunto de disposiciones duraderas en las que reconocemos a una persona*” (p.113) que se identificará siempre como la misma, y en esa medida la permanencia en el tiempo define la mismidad de la persona (p. 116). ¿Qué hace que el individuo asuma un carácter que lo identifique frente a los otros como él mismo de manera continua e ininterrumpida? Todo el acumulado externo que rodea al individuo desde el exterior, es decir, sus relaciones con otros, su contexto comunitario, el inventario de valores, costumbres, ideales, normas y modelos, convertidos según Ricoeur en *disposición duradera*, que permean el interior del sujeto y terminan constituyéndose en un *rasgo* característico de aquél, o dicho de otra manera, en un *signo distintivo* por medio del cual se identifica y reconoce a una persona en sus distintos estadios de existencia.

Esto coincide parcialmente con la construcción del *yo* en el individuo que plantea Kenneth Gergen en *El yo saturado* (1996), específicamente en la influencia que ejercen el contexto social, el desarrollo tecnológico y la evolución de las relaciones sociales en la construcción del *yo*; pero se aparta en relación con la permanencia en el tiempo de los *signos distintivos* a los que se refiere Ricoeur (2003), bajo el entendido de que para Gergen (1996) el *yo* se reformula, varía de manera constante con la variación de los contextos y de los escenarios sociales en los que se encuentra el sujeto, por el *impacto de la saturación social* (p.22).⁴ El *yo* no es estático, más bien reacciona dinámicamente frente a los cambios del entorno social, contextual y de las relaciones sociales mediadas por el lenguaje, ajustándose a esos escenarios. Esto permite que el *yo* se pueda conceptualizar de diferentes maneras en diferentes momentos históricos y sociales.

De hecho, Gergen (1996) evidencia esa reacción dinámica del *yo* cuando pone en relación el proceso de *saturación social* con la manera de comprender el *yo*, lo cual le permite mostrar la forma cómo ha cambiado la concepción de la personalidad del individuo y los rasgos de su identidad a lo largo del siglo XX y en lo que va del presente siglo.

Gergen (1996) ubica las variaciones del *yo* en tres visiones que forman parte de momentos históricos diferentes a lo largo de siglo XX, que van desde una visión romántica, pasando una visión moderna hasta una visión *postmodernista* del *yo*, y en las que cada una suprime las concepciones del *yo* de la etapa anterior para instalar nuevas concepciones en torno al *yo*.

La vida cultural del siglo XX ha estado dominada por dos grandes vocabularios del *yo*. Hemos heredado, principalmente del siglo XIX, una visión romántica del *yo* que atribuye a cada individuo rasgos de personalidad: pasión, alma, creatividad, temple moral. Este vocabulario

⁴ Esa saturación social, según Gergen, se refiere a las implicaciones que tienen los avances tecnológicos de las comunicaciones en el establecimiento de relaciones entre individuos de diferentes niveles sociales y culturales. Esa cantidad y variedad de relaciones que se entablan a través de los medios de comunicación electrónicos por vía de las redes sociales, los correos electrónicos, las páginas virtuales, pueden ser fugaces o permanentes, terminan influyendo en la forma como el individuo se concibe como persona, generando identidades inestables que cambian en intervalos de tiempo relativamente cortos de acuerdo con los escenarios relacionales en los que se vincule el individuo. La multiplicidad de relaciones que se producen gracias a las nuevas tecnologías en las comunicaciones interviene en el cambio de identidad en el individuo.

es esencial para el establecimiento de relaciones comprometidas, amistades fieles y objetos vitales. (...) Para los modernistas, las principales características del yo no son una cuestión de intensidad sino más bien una capacidad de raciocinio para desarrollar nuestros conceptos, opiniones e intenciones conscientes. Para el idioma modernista, las personas normales son previsibles, honestas y sinceras. Los modernistas creen en el sistema educativo, la vida familiar estable, la formación moral y la elección racional de determinada estructura matrimonial. (Gergen, 1996, p. 25)

La estabilidad temporal del *yo* que se aprecia en la visión romántica y modernista, prácticamente desaparece en la visión postmodernista. *“Se ha desmantelado el yo como poseedor de características reales identificables como la racionalidad, la emoción, la inspiración y la voluntad”* (Gergen, 1996, p.26), y en esas condiciones, el *yo* queda completamente fragmentado, plegado a las dinámicas de la *saturación social*, a la variación de las relaciones sociales mediadas por un lenguaje relativizado y al cambio constante de los roles contextuales en los que se mueve el individuo.

Esto supone que la identidad del sujeto se halla condicionada a permanentes e intempestivos cambios, a construcciones y reconstrucciones casi continuas, y cuya inestabilidad, si es que se le puede considerar así, plantea un serio problema para determinar cuál es el *yo* auténtico, aquél con el cual el sujeto se identifica frente al otro y por el cual se reconoce a sí mismo como él y no como otros. Y si las identidades, dice Gergen (1996), *“son formas de construcción social, uno puede ser cualquier cosa en cualquier momento, cuando solo es preciso disponer cómodamente de los roles, vestuario y escenografía adecuados.”*(p.235)

A su vez, la conciencia de la construcción del *yo*, como afirma Gergen, pasa por tres fases denominadas *“manipulación estratégica, personalidad pastiche y yo relacional”* (p. 192), cada una de las cuales representa una etapa específica que va del modernismo al postmodernismo⁵.

Aunque sea cada vez más difícil saber quién es uno, o qué es, la vida social sigue su curso, y en sus relaciones con los demás uno sigue identificándose como tal o cual tipo de persona. Tal vez se identifique como norteamericano en una situación, como irlandés en otra, y aun como el producto de una mezcla de nacionalidades en una tercera. Uno puede ser femenino para ciertos amigos, masculino entre otros, andrógino con los restantes. Y como estas caracterizaciones públicas del yo resultan eficaces para atender los desafíos de un mundo social

5 “El primer debilitamiento de la adhesión al yo modernista se produjo en la etapa de la manipulación estratégica, en la cual el individuo fue comprobando cada vez más, para su desconuelo, que cumplía roles destinados a obtener ciertos beneficios sociales. La creencia modernista de que el yo esencial se iba socavando en este proceso dio lugar a una segunda etapa, la de la personalidad “pastiche”, donde el individuo experimentó una suerte de liberación respecto de las esencias, aprendiendo a disfrutar de las múltiples variedades de expresión que entonces le fueron permitidas. Cuando se enterró al yo como realidad consistente y pasó a ser construido y reconstruido en múltiples contextos, se derivó finalmente a la fase del yo relacional, en que el sentido de la autonomía individual dio paso a una realidad de inmersión en la interdependencia, donde las relaciones del yo son las que lo construyen”. En GERGEN, Kenneth, *El yo saturado: dilemas de identidad en el mundo contemporáneo*, Buenos Aires, Ediciones Paidós Ibérica, 1992, p. 192.

complejo, comienza a desarrollarse una nueva conciencia: la conciencia de la construcción. (...). (Gergen, 1996, p. 190)

Este sería uno de los problemas más complejos con el que nos encontramos para definir la identidad del individuo en términos de permanencia en el tiempo, pero que a su vez, abre el camino para llegar al tercer escenario que me propuse plantear como factor modificador y constructor de identidades: el discurso.

Las relaciones socialmente discursivas le proporcionan al individuo los elementos lingüísticos para poder entenderse, saber lo que pasa con él en el mundo físico, saber lo que siente, construir pensamientos, desear cosas, opinar, establecer diálogos deliberativos con él mismo. Todo esto opera gracias a un flujo de ideas con forma lingüística con que el individuo cuenta y a las que apela de manera continua; ese saber constituye lo que Voloshínov & Bajtin (1998) denominan *lenguaje interior*.⁶

Si miramos atentamente en nuestro interior veremos que, a fin de cuentas, ningún acto de conciencia puede realizarse sin él. Incluso cuando surge una sensación puramente fisiológica –por ejemplo la sensación de hambre o de sed- para “sentir” esta sensación, para volverla conciente, debemos necesariamente *expresarla* de algún modo dentro de nosotros, incorporarla al material del lenguaje interior. (Voloshínov & Bajtín, 1998, p. 29)

En esta medida el lenguaje que incorpora el individuo de su mundo social a su mundo interior le permite interpretarse como sujeto social, definir quién es y qué papel juega en la colectividad, e igualmente definir lo que quiere ser y como quiere que los otros le vean. “El lenguaje interior es la esfera, el campo, en que el organismo pasa del ambiente físico al social”. En él tiene lugar “la sociologización de todas las relaciones y manifestaciones orgánicas” (Voloshínov & Bajtín, 1998, p. 34)

El uso del lenguaje interior crea una relación dialógicamente interior del sujeto con él mismo y proporciona algunas pautas para acercarnos a un conocimiento sobre la forma como el individuo construye su identidad en el lenguaje y en el discurso interno en términos de Voloshínov. Es posible apreciarlo a partir de las voces que se ponen en relación internamente, incluso de manera dialéctica, cuando en su mente el individuo se pregunta y debate alrededor de las alternativas que le permiten llegar a una conclusión en relación con un tema de reflexión, o la toma de decisión frente a una acción que pretende realizar, o simplemente para intentar establecer cuál es su genealogía.

Claro que toda esa dinámica interna a la que se refiere Voloshínov, especialmente cuando alguien medita en torno a una acción que tiene la intención de realizar, está atravesada por el discurso ético y moral⁷ de su medio social. Este discurso le permite en

6 En esos términos valga la pena advertir que el *lenguaje interior* de Voloshínov no es propiamente el lenguaje privado al que se refieren Wittgenstein y Apel, como aquel que es creado por el individuo para entenderse con él mismo y no con otros, un lenguaje *solipsista* con el cual designar situaciones y estados de cosas que solamente él puede descifrar, pero que no le permite entenderse con otros. (ver, APPEL, Karl Otto, La transformación de la Filosofía, el a priori de la comunidad de comunicación, tomo II, versión castellana de Adela Cortina, Joaquín Chamorro y Jesús Conill, Madrid, Taurus, 1973, p. 325.)

7 Teniendo en cuenta que todo aquello que se considera moral, como discurso del deber ser, no se define de conformidad con principios del individuo, sino de acuerdo con los parámetros sociales o culturales existentes en cuanto a la forma como se aplica ese

principio calificar su acción como buena o mala, medir las consecuencias o los efectos de su acción y decidir los instrumentos y el método que aplicará para realizar la acción. La acción discursiva proporcionará las pautas para que desde afuera, desde una mirada externa, otros puedan conocer, así sea parcialmente, la identidad que el sujeto ha asumido en su interior.

Y siempre una de estas voces, independientemente de nuestra voluntad y de nuestra conciencia, coincide con la visión, con las opiniones y con las valoraciones de la clase a la que pertenecemos. La segunda voz es siempre la voz del representante más típico, ideal, de nuestra clase.

(...)

la mía será una mala acción". Esta "voz de mi conciencia", en efecto, debería sonar así: "tu acción será una mala acción desde el punto de vista de los otros, desde el punto de vista de los mejores representantes de tu clase (Voloshínov & Bajtín, 1998, p. 51).

De acuerdo con Voloshínov ese lenguaje interno toma forma a partir de las *orientaciones sociales*, así como de las *opiniones de clase* y de las expresiones dadas en el contexto social; ya con estos insumos "el estilo del lenguaje interior debe determinar el estilo del lenguaje exterior, aun cuando es cierto que el lenguaje exterior tiene influencia inversa sobre el lenguaje interior" (Voloshínov & Bajtín, 1998, p. 37).

Lo que sí se evidencia en Voloshínov & Bajtín (1998) es un sujeto con lenguaje interno capaz de crear su propio discurso interno y ponerlo en relación social con los otros, cosa que parece interesante si se tiene en cuenta que esto presenta la posibilidad de considerar a partir de allí, la construcción y reconstrucción de la identidad del sujeto en el discurso creado por éste.

Gergen (1996) reconoce igualmente la posibilidad de un lenguaje interno en el individuo que se construye sobre la base del "lenguaje comúnmente compartido" para el estado de cosas externo y que el sujeto utiliza para "describir las percepciones internas propias" (Gergen, 1996, p. 218). Así, "Las descripciones del mundo privado o psicológico tienen necesariamente que emplear muchos de los mismos términos que se utilizan en la descripción del mundo públicamente observable." (Gergen, 1996, p. 218)

Las palabras del individuo y la forma como usa el discurso proporcionan pautas significativas de su identidad, a la vez que permiten distinguirlo de los otros en esa relación discursiva. A partir de lo que el individuo dice, la forma como lo expresa y utiliza el lenguaje para ello, es posible saber quién es en relación con los demás, pero solamente se tiene garantizado el conocimiento de la identidad que muestra el individuo hacia afuera. En este caso no se pretende abordar la manera como se siente el individuo identificado, es decir, la identidad interior del sujeto, pues el lenguaje también es un instrumento que le permite al individuo mostrar distintas formas de su identidad, lo que en términos habermasianos se conoce como *actuar dramáticamente*; la pretensión en

principio moral. En este sentido para Gergen "la convención cultural sustituye a la reflexión ética como el fulcro de la acción moral". En Realidades y Relaciones, aproximaciones a la construcción social, Barcelona, Paidós Básica, 1996, p. 135.

este caso es demostrar que las formas discursivas del sujeto presentan hacia el otro cierta identidad individual que lo hacen único e inconfundible.

Ahora, si el discurso se relaciona con la construcción o transformación de la identidad del sujeto, se hace énfasis en que esa construcción identitaria pasa necesariamente por una forma específica de relación, teniendo en cuenta que el lenguaje *per se* es una forma de relación. Las palabras, los signos, las expresiones, alcanzan su sentido solamente cuando otros les dan su *consentimiento* (Gergen, 1992, p. 203), y eso, permite plantear la cuestión sobre la intervención de los otros en la construcción de la identidad individual desde el discurso.

Así las cosas, la identidad no se concibe ni se convierte en una categoría perenne e inmodificable, centrada en la tradición que se quiere preservar como si se tratase de una pieza de museo, pues eso sería tanto como desconocer su dinámica modificadora y creadora concordante con el tiempo y el contexto. En la misma medida como se renuevan de manera constante los bienes inmateriales, la identidad del individuo también es un movimiento de construcción y reconstrucción en el que se da cita lo que uno quiere ser y lo que va construyendo.

Ante todo esto, cómo puede ser posible que un sujeto nacido de procedimientos clínicos de reproducción asistida, puede dinamizar su identidad sobre la base de la confidencialidad o prohibición de verdad, cuándo el sujeto vaya a la búsqueda de su genealogía biológica y su historia filial. Al agente se le estará negando su propia identidad, si en el marco normativo se le impide que conozca cuál es el origen de los gametos que devinieron en lo que es como estructura biológica propiamente dicha, y qué procedimientos se utilizaron, si sabe que sus padres nominales están imposibilitados biológicamente para concebir nueva vida.

En este escenario aparece la pregunta por la dignidad humana. Cómo el sujeto se representa en su entorno social cuándo su historia biológica, genética y filial se encuentra atrapada por la confidencialidad que imponen las reglas para que pueda acceder al conocimiento de su origen genético y procedimental. Luhmann (2010) reconoce la dignidad humana como un derecho fundamental individual que trasciende de una mera condición natural a una obligación que debe ser reconocida por todos como una obligación concreta de corresponsabilidad. Esa condición de la dignidad humana como derecho fundamental aparece implicada en los derechos de personalidad que le corresponden al sujeto, y se desarrollan a la luz de las libertades individuales del agente, de su autonomía y de su autodeterminación.

El desenvolvimiento del individuo en el contexto colectivo y el trato social, posibilitan definirse individualmente en relación con los demás. Para Luhmann (2010) “el ser humano logra su individualidad, en cuanto personalidad, sólo en el trato social, en la medida en que la presentación de sí mismo se acepta ya sea mediante el consenso el disenso” (p.149). Ello implica que, el sujeto construye su identidad a partir de la interrelación en el contexto social con sus pares, *mediante juego de roles*, para que su identidad se mantenga fija, y no se diluya por el ejercicio equivocado de los roles, o por las fallas en el desempeño de los roles asignados en un contexto social específico (Luhmann, 2010, p. 150).

Si se toma como base la interacción social, la intersubjetividad humana en la configuración de su identidad, y la presentación cotidiana de la persona en el ejercicio de

sus roles, para elaborar una identidad pública, es posible que el inadecuado desempeño de los roles afecte la personalidad pública construida por el sujeto con la cual se presenta en la vida social. Los efectos se verán directamente en la personalidad individual, en la medida en que puede presentarse una incompatibilidad de identidades, entre la que públicamente se construye en la interrelación social y la aquella en la cual el agente se reconoce. Así, es posible que la personalidad sufra un cambio notable frente a la mirada del otro; pues, ese otro percibirá de manera diferente la personalidad del individuo. En ese orden de ideas, Luhmann (2010), reconoce que el juego de roles no resuelve en forma determinante la presentación del sujeto ante los otros, pese a que esa presentación siempre se produce en el juego de roles y en consecuencia “Proyecta una personalidad porque presenta una identidad que se vincula a roles y los concreta y porque incluso, también, dadas las circunstancias, incumple deberes de roles”. (p.150)

Las condiciones previas a una relación intersubjetiva entre un individuo y otros, son reconocidas por Luhmann en la libertad y la dignidad; son ellas las que permiten que el ser humano pueda socializarse dentro de una colectividad. Lo cierto es que, ni la fuerza, ni la coerción quedan marginadas de los procesos de presentación pública del sujeto; lo que significa, que la presentación social del sujeto está estrechamente atada a la autodeterminación y la libertad del sujeto, quedando liberada de condicionamientos o fuerzas externas que trasgredan el margen de libertad de la gente. Sin embargo, la presentación del sujeto en el ámbito social no puede ser incompatible entre el rol asignado y el ejercicio de sus acciones, debe producirse una concordancia entre uno y otro, para evitar que en el ámbito social emerjan ideas que desfavorezcan la identidad del sujeto. Esto significa que el agente se desempeñó con dignidad, en tanto hubo coherencia entre el rol asignado y el desempeño con fundamento en roles. Bajo esta dimensión, la dignidad se concibe en la forma como el sujeto ejercita su autopresentación en la interacción social. Así, la dignidad para Luhmann (2010) “es el resultado de logros de presentación difíciles, en parte conscientes, en parte inconscientes referidos a intereses sistémicos generales de la personalidad” (p.158), determinados por el proceso de comunicación del sujeto en relación con otros, de donde puede emerger el éxito o el fracaso de su presentación. La dignidad, será producto del éxito de la presentación del sujeto en el proceso de comunicación. De tal suerte que, si el proceso naufraga, la dignidad se pierde.

La presentación de sí mismo es el proceso mediante el cual cada ser humano se vuelve persona al comunicarse con otros y, con eso, se constituye en su humanidad. Sin éxito en la presentación de sí mismo –sin dignidad- no puede utilizar su personalidad. No estando en la situación de autopresentarse de manera suficiente, se disocia como *partner* de la comunicación, y su falta de entendimiento de las exigencias del sistema lo lleva al manicomio. (Luhmann, 2010, p. 158)

Eso significa desde la perspectiva de Luhmann, a diferencia de la concepción kantiana de la dignidad, que la dignidad se puede perder en un proceso de comunicación

intersubjetivo, sin que importe mucho el valor interno que el sujeto da a su presentación pública en los procesos de comunicación; no obstante, la “dignidad se pierde por implicaciones simbólicas de la propia conducta, en una forma que es difícil de registrar e influenciar estatalmente” (p. 163), y en virtud de ello, no hay lugar a considerar la pérdida de dignidad por menosprecio o desvaloración del sujeto. La dignidad se afecta en forma colectiva en el momento en el cual

se obligue a quien es tratado con menosprecio a desempeñar los roles correspondientes, los cuales no puedan ser conciliados por éste con una presentación de sí mismo digna de consideración. Naturalmente también son violación de la dignidad todos los ataques a la conducción privada de la presentación de sí mismo; por ejemplo, publicar sin permiso registros privados, resultados de análisis médicos, grabaciones hechas sin consentimiento. (Luhmann, 2010, p. 163)

2. Alcances jurídicos internacionales y colombianos en torno al derecho a la identidad de las personas nacidas de técnicas de reproducción humana asistida.

Los tribunales internacionales han fundamentado las decisiones de reconocimiento de derechos de las personas que nacen producto de técnicas de reproducción asistida a partir de los artículos 7 y 8 de la Convención sobre Derechos del Niño⁸ (en adelante CDN). Desde ahí, se nota una marcada similitud entre los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) sobre la materia.

Frente a la identidad sostienen una postura garantista, en el sentido de reafirmar el alcance convencional de este derecho elevado a la categoría supraconstitucional de los estados, lo que implica que este derecho debe estar vinculado a la legislación interna, con el fin de garantizar su protección efectiva, es decir, aplicar lo legislado y no dejarlo solamente consignado de forma sustancial.

No obstante que el derecho a la identidad personal tiene carácter autónomo, en tanto no está vinculado con otro derecho, no hay que perder de vista que su consolidación puede estar estrechamente vinculada con el derecho a la verdad, pero no en la dimensión en la cual lo precisa la Corte IDH⁹ (CIDH, 2014, p. 42) si no, desde una perspectiva más ligada a la realidad histórica que sustenta la configuración de la identidad del sujeto. Dicho de otra forma, un derecho a la verdad que se vincule a las exigencias que deben

⁸ Art.7. “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”2. “Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, (...)”

Art.8. “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

⁹ “el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos 18 y 24 de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana”. Tomado de CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 2014, p. 42.

reclamar los sujetos sobre su pasado biológico y filial, que les permita saber todo cuanto le antecede a su existencia y los rasgos parentales que en determinado momento pueden aflorar en el desarrollo de su vida, todo con el fin de determinar lo que podría considerar pertinente para elaborar su identidad, o lo que podría rechazar con ese mismo propósito.

La Corte IDH ha establecido que el derecho a la identidad se puede conceptualizar como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso” (Corte IDH, 2011), esos atributos son los que el sujeto está en capacidad de asumir o desechar, siempre que pueda conocer cuál es el origen de ellos, o cómo es que han llegado a formar parte en el proceso de configuración de su propia identidad.

La Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA) ha aludido en torno al derecho a la identidad que:

La Corte IDH, en consonancia con el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, le otorga una extensión mayor al derecho a la identidad contenido en el artículo 8 de la CDN, pues, en definitiva, es un derecho humano de las personas que debe respetarse en todas las etapas de su vida (Corte IDH, 2011)

En este mismo derrotero, en el caso *Rose vs. Secretary of State for Health and Human Fertilisation and Embriology Authority*, High Court of Justice, Queen’s Bench División, del 26 de julio de 2002, en la High Court Of Justice Queen’s Bench División Administrative Court se concluyó que:

(...) tanto en las personas nacidas mediante TRHA heteróloga, con donación de gametos, como en el caso de personas adoptadas, está en juego la vida privada familiar. Un ser humano es un ser humano, con independencia de las circunstancias de su concepción y uno concebido mediante inseminación artificial con gametos donados tiene derecho a construirse una imagen de su propia identidad como cualquier otro ser humano. Vivimos en una sociedad mucho más abierta que la de hace veinte años. El secreto hoy día ha de estar justificado. (High Court of Justice, Queen’s Bench División , 2002).

Eso supone un implícito en términos de derechos. Que en los casos de TRHA el secreto no se constituye en un absoluto para los sujetos nacidos bajo este procedimiento, pues la persistencia del secreto al sujetarse al deber de justificación queda condicionado al juicio de razonabilidad que subyace en la necesidad de ocultarle al sujeto su procedencia. El secreto solamente estará blindado en la medida en que existan argumentos que impidan poner en conocimiento la historia biológica del sujeto nacido bajo la TRHA.

El asunto plantea un problema de derechos que implica a tres sujetos con categorías diferentes, el donante de los gametos, el donatario de los gametos y el sujeto nacido de los gametos donados al donatario. El primero de ellos queda amparado por el derecho que le asiste de quedar en el anonimato como origen del o los sujetos que emerjan de una procedimiento de TRHA, lo que significa que ni el donatario ni el sujeto nacido de los gametos donados podrá saber de su existencia; el segundo sujeto queda refugiado en la restricción de conocer el origen de los gametos y de revelar al sujeto producto de los gametos su origen biológico; y el tercer sujeto, está amparado por el derecho de identidad personal que le permite saber su origen filial y biológico, si de ello depende la configuración o reconfiguración de su identidad personal. Todos estos derechos no son absolutos. Los derechos de los primeros sujetos tendrán que ceder ante el derecho a la identidad de la persona nacida de los gametos donados y sometidos a TRHA, dado que el interés del éste ostenta mayor peso, alcance y dimensión en relación con los otros derechos.

De tal suerte, que el precedente mencionado amplía la aplicación del derecho a la identidad en las personas nacidas mediante TRHA, dándole a este derecho el alcance de inherente al ser humano, conectado directamente con la dignidad humana e íntimamente ligado al derecho a la igualdad. “El Estado por sí sólo no puede ocultar a las personas el conocimiento sobre su origen, pues implicaría negarle uno de los elementos constitutivos de su identidad. Es la propia persona, con base en su autonomía personal, quien elegirá qué grado de importancia le dará a su vida conocer o no ese dato genético” (Muñoz Genestoux & Vittola, 2017).

Bajo esa misma línea, es pertinente mencionar uno de los precedentes más destacados del TEDH, conocido como el asunto *Odièvre vs Francia* de 13 de febrero de 2003, en el cual el Tribunal toma como uno de sus fundamentos a la CDN, proponiendo frente al dilema entre secreto e identidad que:

(...)el sistema encierra graves discordancias, no sólo con relación a los mismos padre e hijo biológicos, sino también frente a la unión matrimonial, en la que la madre no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre deshacer por sí solo la presunción de su paternidad, lo que no resulta constitucionalmente congruente, máxime cuando las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera, que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética. El sistema recientemente acogido por la Instrucción de 15 de febrero de 1999 sobre constancia registral de la adopción, que posibilita la cancelación de la inscripción principal de nacimiento, abriéndose una nueva, con un régimen de publicidad limitada de la inicial, trasladable al ámbito en que nos encontramos, sí sería admisible y compatible con el respeto a los principios constitucionales que hoy quedan en entredicho. (*Odièvre vs Francia*, 2004)

Esta perspectiva confiere una dimensión de largo alcance al derecho a la verdad en el caso de los sujetos nacidos mediante TRHA, y diluye por completo la tensión que subyace entre los derechos del donante, del donatario y de la persona nacida de los gametos donados, porque, en definitiva no deja duda alguna frente al deber de verdad que se instala en el derecho del sujeto a conocer su historia genética y su origen filial, al punto de legitimar la modificación de los registros si a bien el sujeto lo considera pertinente frente a la configuración de su identidad personal.

La Corte IDH ubica la identidad como parte de los derechos humanos y otorga gran importancia a la verdad como presupuesto fundamental para hacer efectiva la identidad en los casos de TRHA. La coexistencia de estos derechos orienta la dignidad humana hacia la autopresentación del sujeto en tanto devenir de un histórico biológico y filial, en el que se alberga toda la información que la persona está llamada a conocer para autoidentificarse como ser con pasado y patrones característicos que contribuyen a la unicidad de su ser en medio de otros sujetos.

Por otro lado el TEDH ha mantenido la posición de poner a la identidad y la filiación como derechos de suma importancia para Europa, partiendo desde la perspectiva social el impacto de la identidad y la filiación en un Estado, asimismo desde un ámbito científico y biológico, el Tribunal hace énfasis en la importancia de utilizar la ciencia para “las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia”. Así mismo, recalca la tendencia actual y el ordenamiento constitucional en cuanto al reconocimiento de la identidad histórica y el derecho de las personas a conocer su herencia genética, su principio filial y su genealogía humana, precedente que ha sido atendido en el ámbito europeo. Así, el TEDH lleva más allá la CDN y marca de forma enfática el lineamiento y la interpretación de la Unión Europea frente a la Identidad Histórica del sujeto.

2.1 Dimensión jurídica colombiana en materia de reconocimiento de derechos de las personas que nacen producto de técnicas de reproducción asistida

“Mater Semper certa est” fue un principio dentro del ordenamiento romano, que significaba básicamente que la fuente de la maternidad siempre era la realidad biológica, y de una o otra forma se convertía algo irrefutable pues “Madre es la que da a luz”.

Esto era así a pesar de que muchas de las antiguas culturas conocieron también una “maternidad por sustitución”, de tal suerte que la calidad de madre no se derivaba de una realidad biológica sino del hecho que culturalmente era idóneo para atribuirle, hecho que por ser imperativo y vinculante para todos los miembros del grupo, tenía una clara connotación jurídica. Así por ejemplo, en la baja Mesopotamia, de donde era oriundo Teraj padre de Abraham, en la Siria Mesopotámica a donde aquel emigró posteriormente, y en Palestina, en donde se asentó finalmente Abraham, existió un uso que determinaba la que hemos dado en llamar “Maternidad por sustitución”.

En efecto, prevalecía la práctica que en dicha época consistía en que si una mujer se encontraba en impedimento biológico para procrear es decir si padecía de esterilidad,

existía la posibilidad de que pusiera a disposición del marido una sierva de su propiedad para que fuera fecundada por éste, y en consecuencia la criatura se consideraba hija de la esposa, previo alumbramiento hecho en las rodillas de la dueña de la esclava. Este mismo uso se daba en Babilonia tal como puede verse en el Código de Hamurabi apartes 144 a 147 y 170. En síntesis desde los albores de la civilización y en la Mesopotamia, cuna de la humanidad, existía otra forma de atribuir la maternidad y que no correspondía a la verdad biológica.

Históricamente puede demostrarse que esta forma de maternidad, por razones morales y sociales, llegó a desaparecer; sin embargo con posterioridad, y cuando los ordenamientos jurídicos permitieron que la mujer fuera adoptante, es incuestionable que aquella primitiva forma de maternidad por sustitución encontró un excelente reemplazo en la figura de la adopción.

Hoy en virtud de las TRHA, es posible que por ejemplo una mujer admita que se le implante un óvulo fecundado, proveniente de la fusión artificial de gametos tanto masculino y femenino que no es suyo, con el propósito de gestar el proceso de formación humana necesaria para dar a luz y poder así entregar al sujeto que ha nacido, a la(s) persona(s) interesadas en la conformación familiar bajo esta modalidad de reproducción humana artificial o asistida.

Esta nueva realidad ha derivado diferentes problemas jurídicos y personales de los sujetos que nacen producto de dichas asistencias científicas, por ejemplo cuando se recibe esperma de banco de donantes, existe una prohibición del saber quién fue el donante, más adelante dicho sujeto podrá sufrir de ciertos aspectos que se transmiten por genética como la calvicie, corazón, incluso delirios y trastornos, es allí donde este derecho fundamental a la identidad histórica debe prevalecer sobre dicha reserva legal de una reconstrucción histórica de la persona, es decir la investigación de su árbol genealógico.

Entrando propiamente en la materia que nos ocupa, en lo pertinente a los hijos, podemos decir que la filiación

es un vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre y consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y un descendiente de primer grado. Encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo la filiación adoptiva que corresponde a una creación legal que establece de manera irrevocable la relación paterno – filial entre personas que no tienen por naturaleza. (Bueno Rincon, F. 1996).

Los vínculos de sangre entre el hijo y su madre o su padre pueden tener su origen en las relaciones sexuales en el matrimonio o en uniones extramatrimoniales: si es lo primero la filiación es legítima, pero si es lo segundo la filiación es extramatrimonial. Desde el punto de vista biológico la filiación es una sola y se entiende como la relación de sangre entre el hijo y sus progenitores, la cual es inalterable; no puede modificarse por causa alguna. Es inherente al ser humano, nace con ella y siempre existirá, hasta su muerte.

Al respecto la Corte Constitucional mediante Sentencia C-109 de 1995 ha sostenido

que la filiación constituye parte integrante del derecho fundamental de toda persona al reconociendo de su personalidad jurídica. En este sentido manifestó que:

La filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona. (...) el derecho a la filiación, como elemento integrante del estado civil de las personas, es un atributo de la personalidad, y por ende es un derecho constitucional deducido del derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica (...). (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C-109/95 M.P Alejandro Martínez Caballero, 1995).

Asimismo, la filiación según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia el definido, fundamentalmente con apoyo en el concepto de relación jurídica. Así en sentencia de 12 de enero de 1976, preciso que:

La filiación, que es el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado, encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo obviamente en la adoptiva que corresponde a una creación legal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia tomo CL II, M.P Humberto Murcia, 1976).

Pese a las varias reformas que ha venido sufriendo el Código Civil Colombiano desde su vigencia, mediante la Ley 57 de 1887, este conserva su carácter de columna vertebral del derecho de familia y con especialidad en la filiación. Para lograr entender el aspecto evolutivo del pensamiento jurídico social que se ha vivido en Colombia sobre la filiación natural, se hará mención a algunas de sus principales leyes expedida al respecto. (Ley 57 de 1887, Congreso de la República de Colombia, 1887).

2.2 La filiación y su evolución normativa en Colombia

Mediante la Ley 153 de 1887, el legislador reformó el código civil de forma sustancial en materia de filiación ilegítima. Pues antes éste (código civil), solamente categorizaba como hijo natural, al sujeto nacido por fuera de la unión matrimonial que no se emanara de daño o punible ayuntamiento, quedando éstos (adúlteros e incestuosos), sin una protección legal, a excepción de lo establecido en el artículo 66 de la Ley 153 de 1887 donde solo se les reconocía alimentos (Ley 153 de 1887, Congreso de la República de Colombia, 1887).

La filiación regulada en la Ley 153 de 1887, en nada afectaba el estado civil, puesto que no incluía al accionante en el núcleo familiar del accionado, ni mucho menos lo legitimaba como heredero en materia sucesoral.

Esta situación subsistió hasta la promulgación de la Ley 45 de 1936, mediante la cual y a partir de su vigencia garantizó el derecho a la filiación, rompiendo un paradigma estático y arcaico pues facilitó y reguló el acceso a la investigación para poder así obtener la declaración de la paternidad en los casos taxativamente señalados en la norma en mención.

Con la expedición de la Ley 45 de 1936 se reconoce la calidad de hijos legítimos y naturales aquellos concebidos fuera del matrimonio, por este motivo se llamó ley orgánica de la filiación natural, así mismo desaparece del derecho colombiano el termino de hijos de daño o punible ayuntamiento. Esta ley hace extensiva las reglas de la patria potestad a los hijos naturales y establece cuota alimentaria legítima por cabeza. Les reconoce una vocación hereditaria más justa. Establece la investigación sobre la paternidad. (Ley 45 de 1936, Congreso de la República de Colombia, 1936).

Esta ley fue complementada y precisa con la expedición de la Ley 75 de 30 de diciembre de 1968. La ley 75 de 1968 conocida como la Ley Cecilia o de paternidad responsable que representa el mayor avance en la legislación colombiana sobre la paternidad, ya que introduce las pruebas científicas como un elemento probatorio de paternidad y afianza el recurso de demandar judicialmente la paternidad en el caso que el padre renunciara a reconocer voluntariamente un hijo extramatrimonial.

De igual forma el artículo 7º de la Ley 75 de 1968, introduce un elemento probatorio de paternidad totalmente nuevo, consistente en las pruebas científicas para determinar la paternidad biológica, elevando a categoría de indicio la renuencia de los interesados a la práctica de pruebas científicas. (Ley 75 de 1968, Congreso de la República de Colombia, 1968).

La incorporación de leyes como la 721 de 2001 el ordenamiento jurídico colombiano y los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional dan muestra de la eficacia en pro de los procesos de familia en los cuales se determine la paternidad o maternidad biológica, y a la justicia en general, la acertada utilización de la facultad que el legislador le concede al juez.

Con la expedición de la Ley 721 de 2001 en Colombia se elevan las pruebas científicas a carácter obligatorio para los procesos de impugnación de paternidad o maternidad. Con el único requisito de que las pruebas, los laboratorios y personal que las practiquen, cumplan con las condiciones nacionales e internacionales establecidas por las sociedades científicas de esa rama del saber. (Ley 721 de 2001, Congreso de la República de Colombia, 2001).

2.2.1 Aspectos jurídicos en Colombia de las nuevas formas de reproducción humana asistida.

Dada la gran utilidad para la vida social, las Trha (la fertilización in vitro, transferencia intra-tubárica de gametos, inyección intra-citoplasmática de espermatozoides etc.), que se han venido utilizando a lo largo de los años, ya hacen parte de la historia inmediata de la humanidad, pues estas arrastran el progreso cultural de la sociedad, llevando a que los individuos poco a poco se vayan adaptando a formas artificiales de articulación de células sexuales, surgiendo la necesidad de la regulación de los diferentes procedimientos que permiten solucionar el problema de infertilidad tanto de la mujer como del hombre.

Las implicaciones que tienen estos procedimientos para la vida de la persona que se origina en ellos, requiere de regulaciones normativas que aseguren la vigencia de los

derechos para todos los agentes que resultan involucrados en la aplicación de una técnica de esta naturaleza, pues, nada se puede dejar a la conciencia moral cuando el ser humano producto de esas técnicas desconoce todo lo que le ha antecedido a la articulación artificial de los gametos que han sido entregados para la generación de una nueva vida humana.

2.2.2 Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el ámbito Civil Colombiano.

Con el manejo de los procedimientos antes descritos no hay una relación pacífica con el Código Civil colombiano, que en su artículo 90 dispone: “la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre...” (Ley 57 de 1887, Congreso de la República de Colombia, 1887). De esto exegéticamente se debe entender que madre para la ley colombiana es la que realiza el parto.

Tal criterio se mantiene en lo consagrado en el artículo 335 del mismo Código Civil: “La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada, probando falso parto o suplantación del pretendido hijo al verdadero...” (Ley 57 de 1887, Congreso de la República de Colombia, 1887), en lo que prima el criterio naturalista propio del momento jurídico en que es dictado el contenido de dicha normatividad (siglo XIX), sin que desde su estrecha redacción pueda decirse que no cabe la ampliación vía hermenéutica de los criterios que ahora deben entenderse, conforme a las posibilidades de ayuda científica con que se cuenta.

Una prueba científica puede ser la del ADN, reglada con precisión por la Ley 721 de 2001, que permite establecer el diagnóstico genético como única prueba válida para decretar judicialmente la paternidad biológica.

Sobre la materia existen sentencias que convalidan la prueba de ADN como medio probatorio para solucionar controversias de filiación. Una de ellas es la Sentencia de junio 28 de 2005, en el expediente 7901, en la que se encarga al Juez a tomar todas las medidas posibles para llevar a cabo la prueba de ADN, ante la negativa del presunto padre para acudir al laboratorio y practicar la prueba genética (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 7901, MP. Carlos Ignacio Jaramillo, 2005).

Como conclusión de lo anterior se infiere que la prueba en los procesos de filiación ha recibido el impacto favorable de la ciencia, la legislación y la jurisprudencia, todas ellas comprometidas en diferentes dimensiones en una de las problemáticas acerca de las cuales más ha cavilado el ser humano: su progenitura.

La línea demarcada por el TEDH y la Corte IDH, yace inmersa en las decisiones de la jurisdicción constitucional colombiana, tomando la dignidad humana como derecho fundante de las posibilidades de autoreconocimiento y autoconfiguración identitaria de los sujetos en un Estado social de derecho, para afirmar la identidad como un derecho que le permite moverse en las dimensiones de la autoafirmación como único e irrepetible en un contexto social determinado.

El principio de la dignidad de la persona humana, no sería comprensible si el necesario proceso de socialización del individuo se entendiera como una forma de masificación y homogeneización integral de su conducta,

reductora de toda traza de originalidad y peculiaridad. Si la persona es en sí misma un fin, la búsqueda y el logro incesantes de su destino conforman su razón de ser y a ellas por fuerza acompaña, en cada instante, una inextirpable singularidad de la que se nutre el yo social, la cual expresa un interés y una necesidad radicales del sujeto, que no pueden quedar desprotegidas por el derecho a riesgo de convertirlo en cosa.

(...)

La consideración del reconocimiento de la personalidad jurídica y el libre desarrollo de la personalidad obligan a concluir que la personalidad a que aluden ambos es una personalidad diferenciada, en el sentido de que ella no es ajena a las características físicas, sociales y a los demás elementos relevantes que son distintivos y propios de un individuo y que objetivamente son susceptibles de ser reconocidos y apreciados en su medio. Las dos disposiciones amparan el derecho a la propia identidad y la consiguiente facultad de obrar contra su injusto falseamiento. Igualmente, el interés en la verdad biográfica, puede en ciertos eventos preservarse a través del ejercicio del derecho de rectificación de informaciones falsas, inexactas o imparciales, lo que demuestra que la autenticidad personal corresponde a una pretensión que tiene relevancia constitucional y que ésta es indisociable de la particular concepción del sujeto que alienta toda la Constitución. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera, Sentencia T-090/96 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1996)

El sujeto es el único que puede definir su destino, la forma como se pretende mostrar frente al otro y por ello “la búsqueda de un fin, la búsqueda y el logro incesantes de un destino conforman su razón de ser” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera, Sentencia T-090/96 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1996), es el valor superlativo que emerge del derecho a la verdad que lleva en sí la identidad individual del sujeto a partir del origen de su existencia.

Lo anterior evidencia que la identidad como derecho tiene relevancia más allá de los términos constitucionales, y su vinculación con la dignidad humana, instituye un binomio que le garantiza al sujeto definirse conforme la jerarquía de sus valores, sus intereses y necesidades. La plasticidad del sujeto es precisamente lo que conlleva a la versatilidad identitaria que hace que el sujeto determine cambios en su identidad conforme los estadios de su vida o los contextos en los que se desenvuelve, lo que hace del derecho a la identidad, un verdadero reconocimiento de las posibilidades de cambio que permanecen latentes en el sujeto.

Lo que llama la atención de la postura de la Corte, es el alcance que le otorga a la identidad en su calidad de derecho fundamental. El Alto Tribunal acoge la tesis integradora de la identidad, como un todo que vincula el histórico del sujeto en toda su dimensión, no solamente desde los límites de su existencia biológica, sino desde la historia de los gametos que configuraron la constitución de su estructura biológica. De ahí, que la Corte

haya tomado la identidad histórica como “el interés en la verdad biográfica”, es decir, la disposición del sujeto a conocer de dónde proviene y cómo fue el proceso que culminó con su existencia física.

Esto resulta fundamental en el plano de los sujetos nacidos de TRHA, porque si se afirma que la identidad es la búsqueda incansable de un fin o una razón de ser en sociedad, ¿Cómo podría encontrarme a mí mismo y mi identidad si no conozco mi procedencia?, esa es la pregunta que le permite a la Corte establecer la conexidad entre el interés biográfico (identidad histórica) y la dignidad humana, valor, principio y derecho inherente a todo ser humano, pilar fundamental de un Estado Social de Derecho. Claro, es el Estado el que tiene que procurar la juridización de los instrumentos que le garantizan a la persona gozar de las libertades para la configuración de su ser único e irrepetible en el contexto de la sociedad en la que habita. No se trata simplemente de dejar que el sujeto elija lo que quiere ser, sino de asegurarle que pueda ser y hacer lo que él quiere, y eso se logra, asegurándole el acceso a su historia biológica y filial, al origen de sus gametos y a los procedimientos que hicieron posible su existencia como ser humano en el mundo.

Por otro lado, la Corte Constitucional en Sentencia T-182/96, le da una dimensión mayor, cuando el derecho a la identidad se pretende consolidar en cabeza de un niño, niña o adolescente.

(...) el respeto al derecho de la identidad, en cuanto forma parte de ese interés jurídico superior, determina lo que es el actual y posterior desarrollo de la personalidad. En efecto, el derecho a la identidad como manifestación de la dignidad humana es siempre objeto de ese interés jurídico del menor, y en virtud de tal tratamiento resulta explicable que respecto de los menores de edad siempre exista una relación entre el interés jurídico superior de éstos y/o los intereses jurídicos de otros (que pueden ser los padres o los extraños, la sociedad en general o el Estado, evento en el cual aquél será superior). Es decir, ese interés jurídico del menor es siempre superior, porque al estar vinculado con otros intereses, se impone el predominio de aquél.

La superioridad de los derechos de los niños es establecida en favor del desarrollo de su personalidad y protección a su dignidad como seres humanos. Dignidad que fundamenta el derecho a la identidad y le da alcance y contenido. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima, Sentencia T-182/96, M.P Alejandro Martinez Caballero, 1996)

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido para efectos del consentimiento:

(...) en la actualidad, el consentimiento se robustece con el auxilio de un nuevo principio que cada vez tiende a ser más relevante, en la medida en que evolucionan y se popularizan los avances de la reproducción

asistida. Se trata del principio de la responsabilidad en la procreación...
(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP. Ariel Salazar
Ramírez, 2017)

En esta sentencia, la Corte Suprema reitera el interés superior de protección del derecho a la identidad, al tiempo que, define la identidad como una manifestación de la dignidad humana, reiterando y complementando la tesis de la sentencia T-090/96. Por otro lado, la Corte Suprema va más allá, la realizar una ponderación entre los derechos de los menores de edad y de los otros (padres, demás personas de la comunidad, mayores de edad) determinando que el interés de los menores prima frente al derechos de los demás, por lo tanto, es de especial protección por nuestra constitución política y en consecuencia, según lo dispuesto en el Art.241 C.N, por la Honorable Corte Constitucional.

Subsiguientemente, la Corte Constitucional en sentencia C-258-de 2015, reitera su tesis frente al tema, arguyendo que:

(...) el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de sus derechos fundamentales como resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular; (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de dieciocho años. En otras palabras, “siempre que prevalezcan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que ésta es la mejor manera de darle aplicación al principio del interés superior de los menores de edad.”, este interés tiene un carácter prevalente, es así como uno de sus derechos consiste en la posibilidad de gozar de una identidad que se avenga con su relación paterno filial, y esto conlleva la posibilidad de exigir de sus progenitores las condiciones afectivas, emocionales y físicas que le permitirán tener una infancia feliz y gozar de los derechos y libertades que requiere para alcanzar un desarrollo integral. (Corte Constitucional de Colombia, Sala plena, Sentencia C-258/15. MP Jorge Ignacio Pretelt, 2015).

Los altos tribunales coinciden en correlacionar la identidad del sujeto con su dignidad, lo que implica que el primero se constituye en posibilidad para la consolidación de la dignidad del sujeto. Sin embargo, la Corte Constitucional fue más lejos, al formular una perspectiva más abarcadora de la identidad, vinculándola con la verdad biográfica en cabeza del sujeto como medio para el autorreconocimiento del agente como un ser con historia social y biológica.

Por otra parte, en la sentencia T-182/96, la Corte Constitucional reafirma que la identidad forma parte del interés jurídico superior, en razón a que

(...) la identidad, en cuanto forma parte de ese interés jurídico superior, determina lo que es el actual y posterior desarrollo de la personalidad. En efecto, el derecho a la identidad como manifestación de la dignidad humana es siempre objeto de ese interés jurídico del menor, y en virtud de tal tratamiento (...), ese interés jurídico del menor es siempre superior, porque al estar vinculado con otros intereses, se impone el predominio de aquél.

La superioridad de los derechos de los niños es establecida en favor del desarrollo de su personalidad y protección a su dignidad como seres humanos. Dignidad que fundamenta el derecho a la identidad y le da alcance y contenido. (...) (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima. Sentencia T-182/96. MP Alejandro Martínez Caballero, 1996).

A la luz de lo anterior, la identidad histórica converge como fundamento de la dignidad humana, pero en este caso no se habla de forma taxativa acerca de identidad histórica o como lo llama la Honorable Corte Constitucional un interés biográfico. A pesar de lo anterior se logra dilucidar una fuerte posición en materia de garantizar a los niños su identidad como manifestación de la dignidad humana y por ser estos sujetos de especial protección del Estado, que por tener la calidad de niños niñas y adolescentes (NNA), sus derechos tienen una connotación superior a los de los demás, esto a la luz del Art.44.

Seguidamente, la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-258-de 2015, reitera su posición y la amplía, flexibilizando la protección de la identidad histórica, para esto realiza un minucioso análisis del principio de interés superior de los NNA, a la luz de los tratados y convenios ratificados por Colombia, dentro de los cuales destaca la CDN. Con relación a este tema, la alta corporación aludió que:

(...) es así como uno de sus derechos consiste en la posibilidad de gozar de una identidad que se avenga con su relación paterno filial, y esto conlleva la posibilidad de exigir de sus progenitores las condiciones afectivas, emocionales y físicas que le permitirán tener una infancia feliz y gozar de los derechos y libertades que requiere para alcanzar un desarrollo integral.

Al situar en contraste las tres sentencias anteriores, se logra visualizar que la Corte mantiene inmodificable su posición frente a la identidad histórica, dándole más fuerza y alcance en su calidad de derecho fundamental, y en especial a quienes están bajo el amparo del artículo 44 Superior.

3. Implicaciones de la confidencialidad legal en las técnicas de reproducción humana asistida sobre los derechos fundamentales del sujeto nacido de estos procedimientos.

La reproducción humana, amparada por la Constitución Política de 1991, según lo reglado en el artículo 42, es por encima de todo un proceso natural en el que se involucran condiciones sustanciales a la naturaleza humana. El desarrollo científico en materia reproductiva ha llevado a que el nacimiento de nuevos seres humanos se produzca con la intervención humana en el acoplamiento de los gametos, y estos sean llevados para su desarrollo en el vientre de la madre biológica o mediante la gestación subrogada. Las técnicas de reproducción asistidas utilizadas hoy en Colombia, permiten unos márgenes de éxito y riesgos aceptables, para brindar la posibilidad de ser padres a casi todas las parejas que acuden a un tratamiento para la infertilidad o para parejas del mismo sexo que pretendan asumir el rol de padres o madres.

En la actualidad, estos procedimientos de laboratorio, que dan la posibilidad de intervenir en los mecanismos de la procreación fisiológica de las parejas, sugieren cambios importantes en la legislación vigente sobre la materia. Por lo tanto, es necesario llamar la atención a cerca de los conflictos que jurídicamente plantean los nuevos métodos de reproducción humana asistida, de los derechos de las parejas que apelan a estos procedimientos, de quienes donan los gametos, y en especial, de quienes nacen producto de una Trha.

Ante las connotaciones que tiene la práctica de procedimientos de reproducción humana asistida para la generación de nuevos seres humanos, la Asamblea General de la OEA, en su sesión del cinco (05) de junio de 2007 señaló que:

El reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana(...) la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuenta con constancia legal de su existencia, lo cual dificulta el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (...). (General, A., & LA ASAMBLEA, G. E. N. E. R. A. L. Organización de los Estados Americanos. Resolución AG/RES, 2345 , 2007).

En el caso *Rose vs. Secretary of State for Health and Human Fertilisation and Embriology Authority*, High Court of Justice, Queen's Bench División, del 26 de julio de 2002, se concluyó que tanto en las personas nacidas mediante TRHA heteróloga, con donación de gametos, como en el caso de personas adoptadas, está en juego la vida privada familiar, pues:

Un ser humano es un ser humano, con independencia de las circunstancias de su concepción y uno concebido mediante inseminación artificial con gametos donados tiene derecho a construirse una imagen de su propia identidad como cualquier otro ser humano. Vivimos en una sociedad mucho más abierta que la de hace veinte años. El secreto hoy día ha de estar justificado... (High Court of Justice, Queen's Bench División, 2002).

Así las cosas, el Estado no está legitimado para ocultar a las personas el conocimiento sobre su origen, pues implicaría negarle uno de los elementos constitutivos de su identidad, en este caso una identidad histórica personal. Es el propio individuo, con base en su autonomía personal, quien elegirá qué grado de importancia le dará a su vida conocer o no ese origen genético.

(...) que la parte más vulnerable de estas relaciones humanas es la persona nacida mediante el uso de las TRHA, quien puede verse privada, por voluntad de otros, de uno de los elementos constitutivos de su identidad. El derecho al conocimiento es inherente al principio de autonomía y el derecho de libertad. Nadie puede suplantar la decisión o el deseo de una persona a conocer sus orígenes, sean genéticos o biológicos, fundado en el derecho a decidir cómo criar a los hijos o a la intimidad personal. (Muñoz Genestoux & Vittola, 2017)

En medio de todo esto, es posible observar cómo se imponen los derechos de la persona que nace de una técnica de reproducción, frente a los derechos de los otros sujetos implicados. La identidad histórica aparece como el derecho medular que rompe con las limitaciones que se fijan a partir de las restricciones para acceder a la información relacionada con el origen de la persona. En este sentido, la Corte IDH, concibe la identidad histórica como "(...) el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso" (Gelman vs Uruguay, 2011).

A partir de lo anterior, la Corte IDH hace énfasis en la relación trascendental de la identidad con otros derechos, que deben interpretarse de acuerdo con los supuestos fácticos de cada caso. Por lo tanto, se marca la pauta para restarle peso a las obligaciones de confidencialidad que se imponen en torno al origen de los gametos, cuando estos provienen de donantes ajenos a la pareja que contrata una Trha para hacerse con la paternidad o maternidad de un ser humano.

El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, del 4 de abril de 1997¹⁰, vigente en el contexto europeo, sujeta el interés de la ciencia al respeto de los derechos

¹⁰ Art. 1. Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Cada Parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio.

fundamentales de los individuos que son objeto de procedimientos médicos o biológicos, en cuyo mandato subyace la obligación de someter el provecho de la ciencia a todos aquellos derechos fundamentales que resulten implicados con procedimientos médicos o biológicos que impliquen la general de nueva vida humana, por lo cual, no hay lugar a la confrontación entre intereses científicos y derechos fundamentales, pues siempre éstos se imponen ante los primeros sin que medie discusión de ninguna naturaleza.

Siguiendo esa línea normativa, en sentencia de primero (1) de abril de 2019 se dispuso que:

(...) la madre no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre deshacer por sí solo la presunción de su paternidad, lo que no resulta constitucionalmente congruente, máxime cuando las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera, que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética (Audiencia Provincial de Santander, Sección segunda , 2019).

Este pronunciamiento traza una orientación fundamental para determinar el peso que tiene la identidad del sujeto que nace producto de TRHA, frente a las obligaciones de la restricción que eventualmente se puedan aplicar por parte de las instituciones clínicas que realizan dichos procedimientos, y de los bancos de esperma, donde se almacena la información genealógica del sujeto nacido producto de asistencia científica.

El derecho de acceso a la información genética instituye para los agentes, instituciones y beneficiarios de los procedimientos clínicos de reproducción humana asistida, límites a la confidencialidad sobre el origen de los gametos. Eso significa que ante la persona nacida producto de una TRHA no es posible invocar el secreto o la reserva sobre la procedencia del material genético que devino en ser humano. El sujeto que se interese por saber su origen biológico, tiene el derecho a rastrear e indagar instituciones de salud, bancos de esperma y material genético con el propósito de establecer su origen, de dónde se deriva su composición, qué lo hizo ser humano, cómo se realizó ese procedimiento, y en esa medida, las instituciones están llamadas a darle a conocer a esa persona la información que esta requiera, para reconstruir desde su genealogía toda su historia biológica que lo lleve a conocer de dónde viene. La herencia genética es tan fundamental como el estado civil del sujeto.

Ahora bien, lo dicho por la Corte, no se queda en un mero interés de la persona por saber su génesis biológica, o tal vez su origen social; sus implicaciones son más abarcadoras, en tanto y en cuanto, el conocimiento de la herencia genética contribuye a que el sujeto comprenda lo que ocurre en el estadio corporal, el origen de sus enfermedades, deficiencias funcionales y riesgos de desarrollo de ciertas patologías. La herencia genética le permite al agente anticipar el desarrollo de enfermedades, facilitar tratamientos de

orden preventivo. Puede implicar la salvaguarda de la propia vida.

Desde esta dimensión, el acceso a la historia genética tiene una doble connotación. Por un lado, aporta elementos para el amparo de la vida a través de la información fundamental para la prevención y tratamiento de enfermedades hereditarias; y por otro lado, se constituye en el eje de la configuración y reconfiguración de la identidad del sujeto, procurando consolidar su dignidad a partir de su autopresentación en las dinámicas sociales.

De tal suerte que, el derecho a la historia biológica diluye toda posibilidad de absolutizar la confidencialidad en favor de los intervinientes en el procedimiento, incluso si se intenta formular bajo consideraciones que pretendan amparar intereses supremos del menor, siempre que sea el propio niño, quien demande la realidad sobre su origen.

Todo lo anterior supone que la historia genética en sujetos nacidos de TRHA, integra tres derechos fundamentales, la salud en consonancia con la vida, la identidad, la dignidad, todos ellos derivados del derecho a la verdad de la genealogía genética a partir del acceso a la información del origen de los gametos y los procedimientos para devenir en sujeto viviente.

Aunque en el contexto colombiano no existe regulación legislada en torno a estos derechos inscritos en quienes devienen personas a partir de una TRHA, lo cierto es que, la situación particular del agente que requiere acceder a la información para construir o reconstruir su historia social y biológica, debe materializarse a partir de los derechos que resultan comprometidos en una situación como esta; caso en el cual, la Jurisdicción debe reconocer el alcance que tienen estos derechos en este tipo de agentes. Sin embargo, el Decreto 1546 de 1998, modificado parcialmente por el Decreto 2493 de 2004, reglamentario de las leyes 9° de 1979 y 73 de 1988, solamente se ocupan de los procedimientos para la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos, y en particular su trasplante e implante en seres humanos, así como el funcionamiento de los denominados “Bancos de Componentes anatómicos” y de las “Unidades de Biomedicina Reproductiva”, pero no se ocupa de los derechos de las personas nacidas de una TRHA.

Con base en el decreto anterior, la Corte Suprema de Justicia sentenció frente a las TRHA y respecto al donante heterólogo¹¹ puntualizó:

De lo anterior se desprende, por una parte, que en el ordenamiento jurídico nacional el citado procedimiento de reproducción humana asistida se encuentra reconocido y que las entidades encargadas de prestar dichos servicios están sometidas a regulación estatal, y por la otra, que se ha establecido la posibilidad de mantener en secreto la identidad del donador de gametos en las inseminaciones artificiales heterólogas. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP Arturo Solarte Rodríguez, 2013).

11 Artículo 2do Decreto 1546/98: “La persona anónima o conocida que proporciona sus gametos, para que sean utilizadas en personas diferentes a su pareja, con fines de reproducción”.

El decreto mencionado, dispone en palabras de la C.S.J que “se ha establecido la posibilidad de mantener en secreto la identidad del donador de gametos en las inseminaciones artificiales heterólogas”, lo cual a la luz del bloque de constitucionalidad Art.93 C.P con la CDN Arts. 1 y 2; y el Art.44, el cual consagra el principio de interés superior de los niños niñas y adolescentes (NNA); a través de lo anterior es posible argüir que este decreto en el artículo que establece la posibilidad de mantener en secreto la identidad del donante es una norma violatoria de la constitución, y como consecuencia de ello puede ser objeto de estudio de constitucionalidad mediante una acción de nulidad por inconstitucionalidad.

Así las cosas, la confidencialidad plantea un problema medular frente a los derechos fundamentales involucrados en la historia biológica o genética de la persona. La forma como lo presenta la Corte Suprema de Justicia, implica, como quedó señalado en precedencia, el desconocimiento de los derechos a la dignidad, a la identidad, a la verdad genética y biológica de la persona nacida de TRHA. Al no determinar los alcances de la confidencialidad, la Corte Suprema, deja abierta la posibilidad de imponerle a la persona el secreto sobre su origen.

Con fundamento en los criterios de la Corte Constitucional anteriormente expuestos, se puede leer que el secreto solamente le es impuesto a las instituciones que realizan procedimientos de TRHA frente a terceros, pero de ninguna manera, le puede ser impuesto a quien ha devenido ser humano mediante un procedimiento de esa naturaleza, cuando por necesidades asociadas con la dignidad y la vida que ya han sido mencionadas, requiere conocer cuál ha sido el principio de su vida, el origen de los gametos y los procedimientos aplicados para hacer de esas células sexuales lo que es como entidad corporal humana.

Incluso en aquellos casos donde parejas del mismo sexo apelan a TRHA para concebir hijos en el seno de sus relaciones conyugales, estos no pueden bajo ninguna circunstancia impedir que su hijo sepa de los procedimientos clínicos utilizados y el material genético utilizado para constituir su existencia. Del derecho a la identidad histórica emergen otros derechos fundamentales para la persona nacida de procedimientos artificiales de gestación de la vida, como el estado civil, la dignidad, la salud y la propia vida. La identidad, no es solo un derecho que le permite conocer de dónde viene y cómo se constituyó en ser humano, sino que, constituye el fundamento para la configuración de la entidad social, individual y única, que le permite definir, en el marco de la capacidad de autodeterminación, lo que quiere ser a partir de su origen.



La familia y las técnicas de reproducción humana asistida (T.R.H.A) un fenómeno constitucional, social y familiar

Jhon Alexander Solano García¹
Manuel Santiago Padilla Carvajal²

Resumen:

El presente se referirá a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A), en relación con el impacto que han generado en un ámbito constitucional, social y familiar. Es importante empezar esgrimiendo que en la actualidad el concepto de familia ha evolucionado, puesto que ya no se habla de familia en sentido restringido, es decir que la conforman un hombre y una mujer, esto se debe a que, a pesar del silencio legislativo en materia del matrimonio entre parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional ha ido más allá, cambiando su derrotero constitucional y ampliando el campo jurídico de interpretación, dando pie a una nueva concepción de familia. Es aquí donde surgen los nuevos retos para el ordenamiento jurídico colombiano y los operadores judiciales en relación con las T.R.H.A, en el sentido de que aún hoy, 30 años después de la promulgación de la Constitución Política de 1991, existe un silencio legislativo en la regulación de esta materia. El avance jurisprudencial de la Corte Constitucional ha consentido que actualmente en Colombia se hable de las parejas homoparentales, esto en contraste con el avance tecnológico y científico

¹ Abogado, Especialista en Derecho de Familia, Magister en Derecho, Doctorando en Derecho de la Universidad Santiago de Cali, Docente universitario.

² Estudiante de Octavo Semestre de Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca y coordinador del semillero SIDEFA.

que ha permitido implementar las T.R.H.A, ha conllevado a que estas técnicas que en principio se crearon como una forma de combatir la infertilidad en parejas heterosexuales abran la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan procrear.

Palabras Clave:

Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Familias Homoparentales, Filiación, Parentesco, Donante Homologo, Donante Heterólogo.

Abstract:

This article will refer to Assisted Human Reproduction Techniques (T.R.H.A), about the impact they have generated in a constitutional, social, and family environment. It is important to start by arguing that at present the concept of family has evolved since family is no longer spoken of in a restricted sense, that is to say, that it is made up of a man and a woman, this is because, despite the legislative silence in Matter of marriage between same-sex couples, the Constitutional Court has gone further, changing it's constitutional course and expanding the legal field of interpretation, giving rise to a new conception of family. This is where new challenges arise for the Colombian legal system and judicial operators concerning TRHA, in the sense that even today, 30 years after the promulgation of the Political Constitution of 1991, there is a legislative silence on the regulation of this matter. The jurisprudential advance of the Constitutional Court has allowed that currently in Colombia there is talk of homoparental couples, in contrast to the technological and scientific advance that has allowed the implementation of TRHA, has led to these techniques that in principle were created as a way Combating infertility in heterosexual couples opens the possibility that same-sex couples may procreate.

Keywords:

Assisted Human Reproduction Techniques, Homoparental Families, Filiation, Kinship, Homologous Donor, Heterologous Donor.

Introducción:

El presente trabajo tiene por objeto abordar las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A) en relación con el ordenamiento jurídico vigente, las tensiones jurídicas que genera la utilización de estas técnicas y los retos que tiene el legislador y el Estado Colombiano frente a esta materia. Para ahondar en el planteamiento anterior, se utilizará un método teórico-analítico-descriptivo, mediante el cual analizará en primera medida el concepto de las técnicas de reproducción asistida, su fuente Constitucional y las técnicas más utilizadas en la actualidad. Consiguientemente, se plantearán los conflictos y tensiones

jurídicas que genera la utilización de las T.R.H.A. Subsiguientemente, cualitativamente se analizarán los antecedentes jurisprudenciales en esta materia, trayendo a colación los siguientes pronunciamientos: (i) Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Familia. (2 de agosto de 1994), (ii) Sentencia de la Sala de Casación Civil de la C.S.J, (28 de febrero de 2013), Referencia: 11001- 3110-002-2006-0537-01. M. P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez y la (iii) Sentencia de la Corte Constitución T- 968 de 2009 (18 de diciembre de 2009). Finalmente, y no menos importante, a título de crítica constructiva, se plantearán los retos que tiene el Estado Colombiano frente a la regulación de las T.R.H.A y las respectivas conclusiones.

Metodología:

El presente trabajo se desarrollo metodológicamente bajo el enfoque cualitativo. Lo anterior, puesto que el objeto de este trabajo es determinar cuáles han sido las implicaciones de las T.R.H.A en el ordenamiento jurídico Colombiano; es por ello que se acude a la revisión de los preceptos normativos mediante la técnica del análisis documental, que permitió determinar cuales han sido dichas implicaciones y su relación con los pronunciamientos jurisprudenciales más importantes en la materia, tomando como referente a la Corte Constitucional y a la Corte Suprema de Justicia.

Resultados:

1. Las Técnicas De Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A) en el Ordenamiento Jurídico Colombiano

Antes de abordar este tema, es menester empezar conceptualizando las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de ahora en adelante T.R.H.A, que según el profesor Luis Santana Solís³ son el "(...) conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana". En efecto, se entiende que las T.R.H.A tienen como finalidad combatir la infertilidad y de alguna forma facilitar y apoyar los procesos biológicos de procreación humana. Ahora bien, frente a este punto, Erika Tatiana Uriza Rodríguez, precisa que las T.R.H.A "(...) son métodos o procedimientos que ayudan, que cooperan con el proceso biológico cuando este no se puede desarrollar normalmente, porque se está ante una imposibilidad para procrear o engendrar un bebe."⁴

Una vez definido *grosso modo* el concepto de las T.R.H.A, se traerá a colación las técnicas más utilizadas en la actualidad, a saber: (i) Inseminación Artificial (ii) Fecundación

3 SOLÍS, SANTANA, Luis. "Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos." Cuadernos de bioética, 41. Tomado de: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf> pág. 37

4 URIZA RODRÍGUEZ Erika Tatiana. "Importancia de la regulación de la fecundación in vitro dentro del sistema jurídico colombiano como forma de reproducción humana asistida." Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Pág. 5.

In Vitro. La primera, según Bernal⁵ (2013) “(...) se produce cuando se deposita espermatozoides en el interior de la mujer, mediante cánula, o jeringa o cualquier otro tipo de dispositivo.”. De esta definición es fundamental resaltar, que la Inseminación se realiza en el interior de la mujer, lo que implica que los gametos femeninos permanecen en el interior del cuerpo humano, diferencia principal con la fecundación in vitro, puesto que en esta técnica “(...) la fusión de gametos masculino y femenino es realizada de manera extracorpórea in vitro, para posteriormente ser implantados en la mujer.”⁶. Las técnicas anteriormente expuestas, abren la posibilidad de que se puedan dar otros fenómenos, verbigracia, si una persona guarda sus gametos en un banco de esperma, y luego su pareja acude al banco con el fin de procrear a pesar de que el donante ha fallecido, se denomina fecundación post mortem, la cual puede realizarse mediante cualquiera de las técnicas descritas anteriormente. Por otro lado, respecto a la fecundación In Vitro, puede darse la posibilidad de que los sujetos que aportan sus gametos y conciben el embrión u ovulo fecundado, puedan acudir a la maternidad subrogada, también llamada alquiler de vientre, que consiste en que una mujer distinta a los aportantes acuerda introducir el ovulo fecundado producto de la fecundación *In Vitro* y ser portadora del *nasciturus* hasta su nacimiento. Respecto a la maternidad subrogada, la Corte Constitucional ha aludido que:

“El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.” En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.”⁷

Una vez precisado lo anterior, se procederá a analizar el objeto central de este acápite, el cual consiste en realizar un recuento del desarrollo legal de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida dentro del ordenamiento jurídico colombiano. La Constitución Política de Colombia en su artículo 42 respecto a las T.R.H.A, estableció que: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.”⁸. Es desde este artículo donde se atribuye el génesis de la legalidad de las T.R.H.A dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, a pesar de que el Constituyente en 1991, ya visualizaba el crecimiento de los avances tecnológicos y científicos, el legislador hasta la actualidad no ha regulado las T.R.H.A, trayendo consigo ambigüedades, inseguridad jurídica y tensión entre los derechos de

5 BERNAL CRESPO Julia Sandra. “Reproducción Asistida y Filiación. Tres Casos” *Opinión Jurídica*, vol. 12, No. 24. págs. 135-150. Universidad de Medellín, Colombia. Pág. 137.

6 *Ibíd.*, p. 137

7 Corte Constitucional, Sentencia T- 968 de 2009, M. P María Victoria Calle Correa

8 Constitución Política de Colombia, Artículo 42.

las partes que acuden a estas técnicas. Frente a este punto, es importante precisar que actualmente en esta materia existe una reglamentación lábil por el Decreto Reglamentario 1546 de 1998, modificado por el Decreto 2493 de 2004. Estos Decretos, definen y regulan la donación, reserva y cuidado de los componentes anatómicos. Dentro de las disposiciones de los componentes anatómicos, estas normas regulan los procedimientos y cuidados de los bancos y entidades que realizan las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, pero también realizan algunos acercamientos importantes respecto al concepto de donante heterólogo y donante homólogo. El artículo 2 del Decreto 1546 de 1998, dispone que el donante homólogo, *“es la persona que aporta sus gametos para ser implantados en su pareja con fines de reproducción.”*⁹ (Art. 2, D. 1546 de 1998), es decir, es el sujeto que aporta sus gametos con el fin reproductivo específico con su pareja. Por otra parte, el donante heterólogo, *“es la persona anónima o conocida que proporciona sus gametos, para que sean utilizados en personas diferentes a su pareja, con fines de reproducción.”*¹⁰. En efecto, el donante heterólogo es el sujeto que dona sus gametos con un fin reproductivo sin un destinatario específico. Respecto al anonimato del donante heterólogo, el art. 36 del Decreto 2493 de 2004, establece que:

“La información relacionada con el donante, el receptor y el proceso de donación está sujeta a reserva y solo podrá ser revelada para efectos de cumplir con las obligaciones de suministro de información previstas en este decreto o por orden de autoridad judicial competente.”¹¹

Por consiguiente, de una lectura extensiva del art. 2 del Decreto 1546 de 1998, que permite que el donante heterólogo sea anónimo y del artículo 36 del Decreto 2493 de 2004, es viable concluir que el donante heterólogo tiene reserva legal, por lo que su identidad solo se podrá conocer por orden judicial expedida por autoridad competente. En este orden de ideas, se evidencia que la regulación normativa de las T.R.H.A en Colombia ha sido vaga y que aún 30 años después de la expedición de la Constitución Política de 1991, existe un vacío legal preocupante que genera inseguridad jurídica, tensión de derechos entre las partes que acuden a estas técnicas e inclusive afectaciones en la órbita de los derechos fundamentales del *nasciturus*, lo que ha conllevado a que los jueces deban aplicar criterios auxiliares como lo dispone nuestra Constitución Política en su art. 230 y el art. 8 de la ley 153 de 1887.¹²

2. Tensiones Jurídicas entre las partes sometidas a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A)

La falta de regulación de fondo por parte del Estado colombiano y la acelerada evolución de la tecnología y la ciencia han llevado a que en Colombia se puedan presentar tensiones

⁹ Decreto Reglamentario 1546 de 1998 Art. 2

¹⁰ Decreto Reglamentario 1546 de 1998. Art. 2

¹¹ Decreto Reglamentario 2493 de 2004. Art. 36.

¹² “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.” (Art. 8 de la Ley 153 de 1887)

entre los derechos de las partes que se someten a las T.R.H.A e incluso el *nasciturus*. Para efectos de este artículo, se plantearán algunos casos hipotéticos en los que habría tensión de derechos y que, ante la falta de regulación de fondo frente a la materia, podrían afectar al menor en su filiación y parentesco. Para desarrollar lo anterior, es importante tener claro las clases de T.R.H.A y de donantes, planteados en el acápite anterior. En primera medida, cuando se habla de la Inseminación Artificial, es sencillo concluir que quien se somete a esta técnica es una pareja heterosexual, la cual tiene problemas para concebir. Sin embargo, no necesariamente el esperma debe de ser de la pareja, puesto que el Decreto 1546 de 1998 ha planteado la posibilidad de que una pareja o una mujer pueda acudir a esta técnica utilizando los gametos de un donante heterólogo, es decir, anónimo. Esto permite que las parejas del mismo sexo puedan utilizar estas técnicas para procrear, dando pie a las parejas homoparentales. Respecto a lo anterior, en primera medida, es posible evidenciar que en el caso de la donación homologa, es decir "*la persona que aporta sus gametos para ser implantados en su pareja con fines de reproducción*"¹³, no cabe duda de que al aplicar los artículos 213 y 214 del Código Civil, operaría una presunción legal que consiste en que se presume la paternidad del niño que nace 180 días después al matrimonio o a la declaración de la Unión Marital de Hecho (UMH), sin embargo, dado el caso de que sea un donante heterólogo, dicha presunción legal se desvirtuaría mediante un proceso de impugnación de la paternidad, puesto que el menor producto de asistencia científica y su supuesto padre no tendrían un vínculo genético.

En este contexto surgen varias interrogantes, a saber: ¿Podrá el donante heterólogo renunciar a su paternidad? ¿Tendrá derecho el niño producto de asistencia científica conocer su procedencia biológica? Respecto al primer cuestionamiento, de una interpretación analógica del art. 1443 del Código Civil, el cual establece que la donación es un acto por el cual una persona transfiere a título gratuito e irrevocable una parte de sus bienes, en el caso *sub examine*, podría argüirse que es posible donar componentes anatómicos, es decir gametos a título gratuito e irrevocable. Cabe agregar que para que las partes puedan someterse a las T.R.H.A, debe existir un consentimiento previo y expreso.

Frente a la segunda interrogante, aunque actualmente no hay una ley que dirima los conflictos de filiación y parentesco que se puedan generar en perjuicio del menor producto de asistencia científica, lo que, si es claro, es que la reserva legal y el anonimato del donante heterólogo si esta regulado, por tanto, el menor no podría conocer su procedencia biológica. En este punto, es importante aclarar que, en materia internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya han sentado un precedente en este aspecto, sin embargo, a nivel Nacional al ser vaga la regulación en la materia, la órbita de la dignidad humana y los derechos, principios y valores de la Constitución Política se ven afectados, generando una afectación al menor, sujeto de especial protección constitucional. Por ejemplo, en el caso *Rose vs. Secretary of State for Health and Human Fertilisation and Embriology Authority*, High Court of Justice, Queen's Bench División, del 26 de julio de 2002, la Corte aludió que:

13 Decreto Reglamentario 1546 de 1998. Art. 2

Un ser humano es un ser humano, con independencia de las circunstancias de su concepción y uno concebido mediante inseminación artificial con gametos donados tiene derecho a construirse una imagen de su propia identidad como cualquier otro ser humano. Vivimos en una sociedad mucho más abierta que la de hace veinte años.¹⁴

En este mismo sentido, respecto al menor producto de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Muñoz Genestoux & Vittola han aludido que:

“(…) la parte más vulnerable de estas relaciones humanas es la persona nacida mediante el uso de las TRHA, quien puede verse privada, por voluntad de otros, de uno de los elementos constitutivos de su identidad. El derecho al conocimiento es inherente al principio de autonomía y el derecho de libertad. Nadie puede suplantar la decisión o el deseo de una persona a conocer sus orígenes, sean genéticos o biológicos, fundado en el derecho a decidir cómo criar a los hijos o a la intimidad personal.”¹⁵

A nivel internacional, uno de los países que más ha evolucionado en la regulación normativa de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida es España, puesto que su legislación ha dirimido varios conflictos jurídicos que se presentan en la utilización de estas técnicas. Este país, con la expedición de la Ley 14 de 2006, reguló en su artículo 5 que para que las partes puedan someterse a estas técnicas deben manifestar clara y expresamente su consentimiento. Por otra parte, respecto a la filiación, el artículo 8 núm. 1 de esta ley dispuso: “Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.”¹⁶ Asimismo, el núm. 3 de este mismo artículo establece que: “la revelación del donante no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”¹⁷. Este artículo, al igual que los Tratados y Convenios Internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se da prioridad al derecho del niño producto de las T.R.H.A, a conocer su procedencia biológica, en la medida de que se permite que este conozca al donante, sin que ello implique la existencia de un vínculo filial, en un ámbito legal. Ahora bien, el bloque de constitucionalidad del ordenamiento jurídico colombiano ha incorporado Tratados y Convenciones que protegen el derecho a la identidad del menor, como lo es la Convención Sobre Los Derechos del Niño, ratificada por la Ley 12 de 1991, Convención que en su artículo 8 establece:

14 Rose vs. Secretary of State for Health and Human Fertilisation and Embriology Authority, High Court of Justice, Queen’s Bench División, del 26 de julio de 2002

15 MUÑOZ GENESTOUX Rosalia & VITTOLA Leonardo Raul. El Derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo. Rev.IUS, 11 (39).

16 Reino de España, ley 14 de 2006.

17 *Ibidem*.

- “1. Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”¹⁸

En este orden de ideas, desde una perspectiva de derecho comparado y atendiendo a los principios, reglas y valores de la Constitución Política de 1991, la reserva legal que esta consagrada en el art. 2 del Decreto 1546 de 1998 y 36 del Decreto 2493 de 2004, pueden ser objeto de análisis de constitucionalidad mediante la acción de nulidad por inconstitucionalidad, en tanto que: (i) estos son preceptos pertenecientes a un decreto reglamentario, por lo que según el art. 237 núm. 2 de la Carta Política y 135 del C.P.A.C.A.¹⁹, es la acción procedente en esta materia. (ii) Al ser el menor un sujeto de especial protección constitucional, al tener sus derechos supremacía frente a los demás y al Colombia suscribir Convenios Internacionales, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad (Art.93 C.P) y que protegen la identidad del menor, estas normas pueden ser acusadas por violar la Constitución.

Por otra parte, frente a la fecundación *In Vitro* se pueden dar varios supuestos que generan una tensión de derechos, dentro de los cuáles destaca el siguiente planteamiento: Una pareja que decide utilizar la maternidad subrogada, es decir, acuden a la fecundación *In Vitro* para fecundar el ovulo y una vez este sea fecundado, se utiliza otro vientre para que este lleve el embarazo a feliz termino. Dentro de este supuesto, en el ordenamiento jurídico colombiano existe una presunción de maternidad, que opera solo por el hecho de dar a luz, la cual se encuentra consagrada en el art. 1 de la ley 45 de 1936 y que tiene su génesis en el principio romano “*mater semper certa est*”²⁰. Al operar esta presunción, afectaría al menor, en tanto que tiene una relación genética con la pareja que se sometió a este procedimiento. Frente a este punto, cabe resaltar que la norma contiene taxativamente las causales por las cuáles se puede impugnar esta presunción (art. 335 del Código Civil)²¹, empero, dado el caso de que existiera un conflicto entre las partes, la interpretación de estas normas no debe realizarse de forma taxativa puesto que perjudicaría a las partes que se someten a este procedimiento, es por ello por lo que el juzgador debe acudir a criterios auxiliares, como lo dispone el art. 230 de la Constitución Política²² y el art. 8 de la ley 153 de 1887.

18 Convención Sobre Los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989

19 “Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.” (Art. 135 del C.P.A.C.A)

20 “Durante mucho tiempo pareció tan sencillo y obvio el concepto de maternidad, que en ningún Ordenamiento se definió qué es maternidad, quien es madre (...) de aquel planteamiento y concepción clásica de la filiación materna fue el principio *mater certa est*” (Hernández, 1997, págs. 14-15)

21 “La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo podrá ser impugnada, probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo verdadero.” (subrayado y negritas fuera de texto) (Art. 335 del Código Civil)

22 “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.” (art. 230 C.P)

Ahora bien, en cuanto a la fecundación post-mortem “*al no existir legislación que prohíba o permita que una cónyuge o compañera permanente sea inseminada con el semen de su esposo o compañero ya fallecido o le sea implantado un embrión de la pareja,*”²³ el niño nacido a través de dicha técnica, desde un punto de vista biológico sería hijo del fallecido, pero en materia legal no estaría bajo la presunción de paternidad (arts. 213 y 214 del Código Civil). Es por ello que, ante la inoperancia de la presunción legal de la paternidad, se deberá acudir a la administración de justicia para que en un proceso denominado investigación de la paternidad, regulado por la ley 75 de 1968 modificada por la ley 721 de 2001, se acredite mediante una prueba de ADN la filiación entre el difunto y su hijo. Respecto a este tema en materia de derecho probatorio, para comprobar dicho vínculo jurídico se pueden destacar:

“El consentimiento expreso y por escrito de los padres que utilizan la técnica de reproducción humana asistida, (...) el testimonio del médico tratante se tendrá como prueba ya que da fe de un hecho cierto que le consta (la inseminación y fecundación) (...)”²⁴

3. Preceptos Jurisprudenciales de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A)

El vacío normativo en el ordenamiento jurídico colombiano frente a las T.R.H.A, ha conllevado a que los operadores judiciales diriman los conflictos jurídicos a través del derecho comparado y los principios, reglas y valores característicos de un Estado Social de Derecho. Es por ello, que para este escrito es indispensable traer a colación las sentencias más importantes en materia de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, las cuáles son: (i) Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Familia. (2 de agosto de 1994), (ii) Sentencia de la Sala de Casación Civil de la C.S.J, (28 de febrero de 2013), Referencia: 11001- 3110-002-2006-0537-01. M. P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez y la (iii) Sentencia de la Corte Constitución T- 968 de 2009 (18 de diciembre de 2009).

3.1 Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Familia. (2 de agosto de 1994)

Antecedentes:

La señora Rosa Reina Acosta Gonzales, incoa demanda de filiación extramatrimonial contra los herederos indeterminados de Teódulo Vaca Nova. En el libelo de la demanda, la señora Rosa plantea los siguientes supuestos de hecho: que el 19 de diciembre de 1987 se le practico una cirugía en el Centro de Fertilidad y Esterilidad CECOLFES, con el fin

23 BERNAL CRESPO Julia Sandra. “Reproducción Asistida y Filiación. Tres Casos” *Opinión Jurídica*, vol. 12, No. 24. págs. 135-150. Universidad de Medellín, Colombia. Pág. 140.

24 MEDINA LUNA Alba Lucia “Reproducción Asistida Post-Mortem a la luz de la ley 721 de 2001”, Colombia: Trabajo de Grado, Universidad Industrial de Santander, Facultad de Ciencias Sociales y Políticas, Carrera de Derecho. Pág. 47.

de revertir la infertilidad. Posteriormente, el señor Teódulo Vaca Nova, el 11 de julio de 1988 congelo su espermatozoides en la entidad CECOLFES, manifestando su intención de que fuera utilizado posteriormente por su pareja. El 15 de noviembre de 1988 falleció el señor Teódulo. Posterior a la muerte del señor Teódulo, la señora Rosa Reina Acosta Gonzales, el 2 de febrero de 1989 inicio un programa denominado "Bebe Probeta" de la mencionada institución. El 17 de febrero de 1989 se realizo la transferencia de 3 embriones, producto de la fertilización *in vitro* con espermatozoides del señor Teódulo, concibiendo a través de esta técnica a dos gemelos, quienes nacieron el día 9 de octubre de 1989, un año después de la muerte del señor Teódulo.

El juez civil admitió la demanda y ordeno la notificación de los demandados en los términos de la ley. Cumplido el emplazamiento, con el lleno de los requisitos legales y ante la no comparecencia de ninguna persona al proceso, se designó un *curador ad litem*. La curadora dentro del estadio procesal pertinente argumento que:

"la inseminación artificial no está contemplada en la ley como causal para declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial, pues el artículo 6° de la ley 75 de 1968 contempla taxativamente los casos en los cuales se presume la paternidad extramatrimonial"²⁵.

El apoderado de la parte demandante por su parte, ataco el argumento de la curadora, precisando que:

"si bien es cierto que la ley no contempla el caso materia de ese proceso, también es cierto que la ciencia ha avanzado posibilitando el hecho que ahora nos ocupa, y que, aunque este no haya sido objeto de regulación legal, no es una razón para que el Estado desconozca los derechos que les son innatos a las personas por el solo hecho de existir."²⁶

Primera Instancia:

El juez *a quo*, accedió a las pretensiones de la demanda y mediante sentencia declaro que los menores Juan Sebastián y Diego Felipe son hijos extramatrimoniales del *de cujus*. Como consecuencia de lo anterior, ordeno oficiar al "(...) Notario Veinticinco de Bogotá, para que, al margen de los registros civiles de los dos menores, se anote que son hijos extramatrimoniales del señor Teódulo."²⁷

Al ser contraria la decisión a la parte accionada y que esta estuvo representada por un curador *ad litem*, sumado a que la sentencia no fue recurrida, esta fue sometida a consulta por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala de Familia.

25 J BERNAL CRESPO, Julia Sandra. "Reproducción Asistida y Filiación Tres casos": Universidad de Medellín, Colombia pág. 142

26 *Ibid.*, p. 142.

27 *Ibid.*, p. 142.

Grado Jurisdiccional de Consulta

Problema jurídico:

¿En el caso de fecundación in vitro post mortem, el consentimiento del cónyuge o compañero permanente que ha dejado su semen con el fin de ser utilizado después de su fallecimiento para fecundar a su pareja determina la paternidad?

Tesis:

Sostiene que el inciso 6 del Art.42 de la Constitución Política de Colombia al consagrar que “(...) los hijos habidos en el matrimonio o por fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”²⁸ amplió el ámbito de posibilidades de predicar la filiación.

En este mismo orden de ideas, la sala realiza un estudio de derecho comparado, llegando a la conclusión que la legislación comparada y la doctrina “(...) privilegian el consentimiento para la práctica de un determinado procedimiento destinado a la génesis de un ser humano, a efectos de determinar las relaciones propias de la filiación (...)”²⁹

Fundamento su decisión bajo el entendido que:

“(...) es clara la presunción de paternidad, con fundamento en la expresa voluntad del presunto padre, en el consentimiento anterior del mismo y compañero permanente de la madre de los menores, y de la circunstancia de que fue éste el depositante del semen para el procedimiento de inseminación artificial, lo cual tampoco es excluyente de la buena fe contractual, en últimas las dos tesis universalmente imperantes en esta materia”³⁰

Decisión:

“El tribunal decidió confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero de Familia de Bogotá, el día 16 de noviembre de 1993 y adicionarla, en el sentido de declarar no probadas las excepciones de fondo propuestas por el curador ad litem”³¹

28 Constitución Política de Colombia, Art. 42 Inc. 6.

29 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de familia, 1994

30 Ibídem.

31 BERNAL CRESPO, Julia Sandra. “Reproducción Asistida y Filiación Tres casos”: Universidad de Medellín, Colombia pág. 143

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

Antecedentes:

El señor Javier Alejandro García Rodríguez instauró acción de impugnación de la paternidad para que se declarara que el menor “XXX”, no era su hijo, acción que le correspondió conocer al Juzgado Segundo De familia de Bogotá. Dentro del libelo de la demanda, indico los siguientes hechos: (i) Que el señor Javier contrajo Matrimonio con la señora Jannet Eloyne Toquica Osorio el día 28 de septiembre de 1998 e hicieron vida marital hasta el mes de marzo de 2006. (ii) Que durante el matrimonio la pareja trato de concebir un hijo lo cual no fue posible, puesto que, el señor Rodríguez presentaba bajo recuento de espermatozoides, lo que lo llevo a concluir que para poder superar esta deficiencia, debía someterse a un tratamiento. (iii) La señora Jannet quedo embarazada el 19 de noviembre de 2004 y el señor Javier lo registro como su hijo. (iv) El señor Rodríguez a la fecha que la señora quedo embarazada, no había iniciado tratamiento alguno, para combatir su estado de infertilidad y como consecuencia de ello, dado su estado clínico, impetro ante la jurisdicción civil demanda de impugnación de la paternidad.

Primera Instancia (Juzgado Segundo de Familia)

Dentro del proceso judicial en mención, la señora Jannet se allana a las pretensiones mediante apoderado judicial, incluso, cabe mencionar, que en audiencia de fecha 4 de junio de 2007, la señora afirmo, en relación de Javier, frente a su intención de impugnar la paternidad puesto que su estado clínico se lo impedía, asevero: “(...) eso es cierto, a mí me realizaron una inseminación artificial en el HOSPITAL MILITAR”³²

Decretada y practicada la prueba genética de paternidad, se concluyó que la paternidad del demandante era incompatible con relación al menor

XXX. Por lo tanto el Juzgado en sentencia del 10 de diciembre de 2008, declaró que el niño XXX no era hijo del señor Javier.³³

El juez declaró que:

“el niño (...), representado por su progenitora JEANETH ELOYNE TOQUICA OSORIO, (...) no es hijo del señor JAVIER (...); ordenó tomar nota de la sentencia en el registro civil de nacimiento del accionado”³⁴

Frente a esta decisión el Defensor de Familia interpuso recurso de apelación contra la sentencia, el cual le correspondió conocerlo al tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia.

32 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de febrero de 2013, M.P Dr. Arturo Solarte Rodríguez

33 BERNAL CRESPO, Julia Sandra. “Reproducción Asistida y Filiación Tres casos”: Universidad de Medellín, Colombia pág. 143

34 *Ibidem*.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (Sala de Familia)

Tesis:

La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sostuvo que en el caso en concreto no se podría dar aplicación al artículo 6 de la ley 1060 de 2006, como lo solicitó el recurrente, más aún cuando resulta imposible:

*“(...) porque se desconoce a ciencia cierta quien pueda ser el verdadero padre del menor, nada impide que se dicte sentencia resolviendo solamente la pretensión de impugnación de la paternidad”.*³⁵

En efecto, precisó que este supuesto opera en el caso *sub examine*, pues ni en el acervo probatorio, ni con los testimonios del médico que realizó el procedimiento sabían de donde provenía el esperma, además tampoco sabían si el niño había sido producto de la inseminación artificial, por lo que, para la Sala del Tribunal, le resultaba imposible la vinculación del padre biológico al proceso, como lo ordena la ley.

Añade el *ad quem* que el hecho de que la inseminación artificial:

*“(...) no hubiese cumplido con el “procedimiento médico que rige la materia”, es una circunstancia que para nada enerva la sentencia impugnada, porque no forma parte de los hechos que se investigan, esto es, si el menor (...) es hijo legítimo del señor JAVIER(...).”*³⁶

Decisión:

No concede el recurso, por el fracaso de los argumentos en los que apoyó el recurrente la alzada y, por consiguiente, confirmo la sentencia proferida por el *a quo*.

Frente a la sentencia de segunda instancia, el defensor de familia formula un recurso extraordinario de Casación, que en síntesis sustentó mediante las siguientes premisas:

1. Que ante la omisión del *a quo* y el *ad quem* de no averiguar quien es el verdadero padre del niño, o de quien provino el esperma que lo concibió, se puso

“en riesgo la estabilidad de la institución familiar, puesto que, al parecer, esta pudo ser una de las causas que originaron el conflicto entre los

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de febrero de 2013, M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez

³⁶ *Ibidem*.

citados esposos”; Agrego que se 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).³⁷

2. Que la protección integral de los derechos del menor 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.”³⁸

3. Que se realizó la inseminación artificial sin el cumplimiento de los protocolos normativos vigentes en la medida en que no hubo una participación conjunta de los esposos y en consecuencia no hubo consentimiento de Javier frente al procedimiento realizado.

Corte Suprema de Justicia

Tesis:

No hay una vulneración de los derechos del niño en la medida de que a la luz del Art. 218 del C.C la interpretación del tribunal fue correcta toda vez que:

“el sentido que dio a dicho precepto se ajusta al mandato que él contiene, esto es, que la vinculación en los procesos de impugnación de paternidad o maternidad de los progenitores biológicos del menor demandado sólo procede si ello es posible”³⁹

Decisión:

“Resuelve no casar 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.”⁴⁰

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ BERNAL CRESPO, Julia Sandra. “Reproducción Asistida y Filiación Tres casos”: Universidad de Medellín, Colombia pág. 143

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de febrero de 2013, M.P Dr. Arturo Solarte Rodríguez

⁴⁰ *Ibidem*.

3.3 Corte Constitucional T- 968 de 2009 (18 de diciembre de 2009), M.P María Victoria Calle Correa)

Antecedentes:

Una pareja deseaba tener un hijo, Raquel y Salomón, por lo que acudieron a solicitarle a Saraí que ayudara al señor Salomón siendo receptora de los gametos de Raquel y Salomón. Saraí aceptó realizarse varios tratamientos con el fin de que el señor Salomón fuese padre. Saraí acudió al centro FECUNDAR y allí le implantaron un ovulo fecundado (fecundación *in vitro*) el cual fue rechazado por el cuerpo de la señora Saraí. Ante el fracaso, el señor Salomón viajó a Colombia, iniciando una relación con la señora, puesto que la visitaba frecuentemente.

A cabo de un tiempo le pidió que se realizara el tratamiento, pero con sus propios óvulos, prometiendo: “(...) una buena posición económica para que tuviera el niño y que ese niño lo criarían los dos”.⁴¹ La señora Saraí accedió y se sometió a una fecundación *in vitro* con sus propios óvulos, el cual dio como resultado un embarazo gemelar. La madre los registra, el padre los reconoce como hijos suyos, 9 meses posterior a su nacimiento, el señor Salomón instaura una demanda de permiso de salida del país con el fin de que los niños pudiesen residir en los Estados Unidos.

Un Juez concedió el permiso de salida del país, obligando al padre a permitir el contacto de los menores con su madre, suministrándole la dirección de residencia, teléfono y permitiéndole las visitas. La Señora Saraí, interpone acción de tutela para que se revoque la sentencia que concedió el permiso de salida del país, el Tribunal la revoca, Salomón la impugna y la C.S.J confirma el allo de tutela. La tutela llega a la sala de revisión de la Corte Constitucional.

Tesis de la Corte Constitucional:

Frente al Caso en Concreto “(...) no [se] constituye un arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, puesto que la señora Saraí es la madre biológica de los menores.”⁴²

La Corte en su *obiter dicta* llama la atención al legislativo en relación con el vacío legislativo que existe en la materia, además, que es precisamente este vacío el que ha desencadenado hechos y decisiones lesivas e irremediables a los derechos fundamentales de los menores involucrados.

En estos términos, la Honorable Corte Constitucional preciso que:

*“La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia (...)”*⁴³

41 Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-968 de 2009. M.P María Victoria Calle Correa

42 *Ibidem*.

43 Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-968 de 2009. M.P María Victoria Calle Correa

En estos términos la Corte precisa que existe necesidad de una regulación exhaustiva y del cumplimiento de presupuestos y condiciones que protejan los derechos de los menores y los intervinientes en esta clase de procedimiento, por lo que enuncio los siguientes, a saber:

(i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; que se preserve la identidad de las partes; (iv) 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; (v) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (vi) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; (...)⁴⁴

Decisión:

CONFIRMAR la providencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

4. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC-6359 de 2017, Magistrado Ponente, Dr. Ariel Salazar Ramírez

Contexto fáctico: Los señores Patricia, Jorge Iván, Carlos Enrique, Sandra Lucía y Juan Fernando Cruz Contreras, hijos de quien en vida se llamó Jorge Cruz Gomez, demandaron la impugnación del acto jurídico de reconocimiento de las menores María Camila Cruz Mendoza y María Valentina Cruz Contreras, para que se declarara que estas no son hijas extramatrimoniales de este.

La menor María Camila Cruz Mendoza nació el 8 de septiembre de 1999, su madre biológica es Omaira Mendoza Moreno y fue registrada como hija extramatrimonial de Jorge Cruz Gómez, quien la reconoció voluntariamente con posterioridad a su nacimiento, pues comenzó a tener relaciones con la madre de la menor cuando ésta era una infante.

El señor Jorge Cruz Gómez padecía problemas de infertilidad derivados de la «calidad de semen anormal e insuficiente para lograr embarazo», lo que lo motivó a solicitar conjuntamente con su entonces compañera permanente la práctica de la inseminación artificial de carácter heteróloga, tal y como consta en la historia clínica diligenciada por el galeano que practicó el procedimiento. Producto de esta técnica de asistencia científica fue concebida la menor María Valentina Cruz Contreras, quien nació el 11 de julio de 2001, su madre biológica es Gloria María Contreras Contreras, quien la concibió producto de una inseminación artificial de carácter heterólogo. En virtud del fallecimiento del padre de las menores, los descendientes del *de cujus*, Patricia, Jorge Iván, Carlos Enrique, Sandra Lucía

44 *Ibidem*.

y Juan Fernando Cruz Contreras acudieron a la jurisdicción para impugnar los actos de reconocimiento de la paternidad.

Primera Instancia: El juez *a quo* frente a la menor María Camila Cruz, determinó que de acuerdo a la prueba de ADN, esta no es hija del causante y por consiguiente, “(...) ordenó la corrección del respectivo registro civil de nacimiento.”⁴⁵. De otro lado, frente a la menor María Valentina Cruz Contreras, “negó las pretensiones de la demanda, pues fue concebida mediante inseminación artificial consentida por el occiso, tal como consta en el documento donde se autoriza el proceso de fecundación.”⁴⁶. Inconforme la parte accionante con esta decisión, interpuso recurso de apelación que le correspondió resolver al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

Segunda Instancia (Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta): Frente a la menor María Camila Cruz, reiteró lo manifestado por el juez de primera instancia, en el sentido que mediante la prueba de ADN se logró determinar que la menor no es hija del causante, sumado a que el reconocimiento que hizo el causante no produce efecto alguno pues

*(...) el derecho de sus herederos a impugnar la paternidad no cesó en virtud de no haberse producido un reconocimiento expreso en testamento u otro instrumento público como lo exige el artículo 219 del Código Civil, razón por la cual debía declararse que no existe el atribuido vínculo filial.*⁴⁷

Ahora bien, respecto de la menor nacida producto de manipulación genética, la tesis del tribunal se ciñe en encontrar probado el consentimiento del causante para la práctica de la inseminación artificial de carácter heteróloga, negando pues los argumentos de la parte recurrente. Para sustentar su tesis, el *ad quem* planteó que si bien hay un vacío normativo absoluto en cuanto a la regulación específica de la materia, existen diferentes preceptos que reglamentan superficialmente estas prácticas y que al referirse a la salud son de interés público, por lo que trae a colación el Tribunal el art. 42 constitucional, la Resolución No. 8430 de 1993, emanada por el Ministerio de salud, la cual en su artículo 30 establece que:

Para la fertilización artificial se requiere obtener el Consentimiento Informado de la mujer y de su cónyuge o compañero de acuerdo a 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 (ibídem).⁴⁸

Asimismo, incluye a su providencia el Decreto 1546 de 1998, expedido por el Presidente de la República⁴⁹, el cual reglamenta lo atinente a los componentes anatómicos, las Unidades

45 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC 6359-2017, M.P Dr. Ariel Salazar Ramirez

46 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC 6359-2017, M.P Dr. Ariel Salazar Ramirez

47 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Op. cit.

48 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC 6359-2017, M.P Dr. Ariel Salazar Ramirez

49 “Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención,

de Biomedicina Reproductiva, entre otros. Planteado lo anterior, el tribunal analiza los medios de convicción obrantes en el expediente, tales como la historia clínica diligenciada por el galeno que realizó la inseminación artificial de carácter heteróloga, el testimonio del médico que realizó esta práctica, un manuscrito del causante y una declaración rendida por el *de cujus* ante el notario, lo que conlleva a plantear las siguientes conclusiones:

(i) De la historia clínica diligenciada por el galeno que realizó la inseminación artificial de carácter heterólogo, se acredita que la menor María Valentina Cruz Contreras, fue producto de una inseminación artificial de carácter heterólogo, además, que el señor Jorge Cruz Gómez era infértil, lo que lo motivó a solicitar conjuntamente con su compañera permanente la práctica de esta técnica de reproducción asistida. (ii) Del manuscrito del causante donde indicó: «*Este producto de la concepción es de mi paternidad en cualquier situación en que me pueda encontrar*», debidamente corroborado por el examen grafológico, que reposa dentro de la historia clínica, se logra dilucidar la voluntad del señor Jorge Cruz Gómez de acudir a la técnica de reproducción humana asistida. (iii) De los actos de acompañamiento y el consentimiento del causante para obtener el embarazo de su compañera se demuestra la voluntad del señor Cruz Gómez, de acudir a la inseminación artificial de carácter heteróloga, para poder procrear. (iv) Del testimonio del médico que practicó la inseminación artificial se probó que esta se ajustó a todos los protocolos científicos existentes y que fue realizada de manera apropiada con plena anuencia de la pareja.

De conformidad con lo anteriormente expuesto el *ad quem* confirmó en su integridad el fallo de primera instancia.

Inconforme con la providencia del *ad quem*, la parte demandante interpone oportunamente recurso extraordinario de casación, el cual fue resuelto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En síntesis, la parte accionante funda su demanda de casación en dos cargos, el primero tendiente a atacar la indebida aplicación de la normatividad sustancial, en el sentido de que el Tribunal aplicó el artículo 30 de la Resolución 8430 de 1993, el Decreto 1546 de 1998 y algunos apartes de la sentencia de 26 de febrero de 2013 proferida en sede de casación, cuando según el casacionista, en realidad lo que en derecho correspondía aplicar eran las normas civiles que rigen la impugnación del acto jurídico del reconocimiento, es decir, la validez del reconocimiento efectuado en el registro civil de nacimiento.

De otro lado, el segundo cargo se centra en sustentar un error de hecho por parte del *ad quem* al no valorar el acervo probatorio que obraba en el proceso, toda vez que:

(...) el sentenciador tuvo en cuenta el protocolo de inseminación artificial como prueba de la realización de ese procedimiento, pero se abstuvo de apreciarlo como prueba de que el semen que se usó provino de un tercero anónimo, por lo que de haber confrontado los genes de María Valentina con los de Jorge Cruz Gómez, se habría determinado que «la paternidad es incompatible en un 100%.⁵⁰

donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares.”

50 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC 6359-2017, M.P Dr. Ariel Salazar Ramírez

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: La Corte frente al primer cargo, en la *obiter dicta* empieza por precisar el concepto de filiación, concluyendo que la filiación puede ser “(...) *natural (matrimonial o extramatrimonial), adoptiva (por uno o ambos padres), o por reproducción artificial o asistida.*”⁵¹. En efecto, a pesar de que existen diferencias sustanciales entre la filiación natural y artificial o asistida⁵², de acuerdo con el inciso 6 del artículo 42 superior, “*los efectos jurídicos sobre el estado civil son iguales para todas las relaciones de filiación, independiente de la forma en que se produzcan, o si son matrimoniales o extramatrimoniales.*”⁵³. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC 6359-2017, M.P Dr. Ariel Salazar Ramirez).

Precisado lo anterior, la Corte procede a analizar el artículo 213 del Código Civil⁵⁴, enfatizando que la presunción *pater ist est* opera tanto para la filiación natural, como para la artificial, toda vez que la norma en mención no realiza alguna distinción o restricción al respecto. Bajo la interpretación anterior, la acción de impugnación del acto de reconocimiento no siempre puede ser idéntica, ya que:

(...) si se trata de una filiación por inseminación artificial será absolutamente irrelevante que el padre impugnante intente demostrar la ausencia del vínculo consanguíneo, toda vez que es evidente que el hijo producto de la inseminación heteróloga no es su descendiente biológico; por lo que el padre sólo podrá atacar la presunción pater ist est mediante la demostración de la ausencia de su consentimiento para realizar el proceso de procreación artificial. (subrayado y negritas fuera de texto).⁵⁵

Así las cosas, la Corte determina que frente a las causales consagradas en el artículo 214 del Código Civil surge una nueva causal de impugnación en los casos de procreación científicamente asistida, este motivo hace referencia a que “(...) *la impugnación ha de sustentarse en la ausencia de consentimiento libre e informado para realizar la inseminación artificial.*”⁵⁶

La Corte da relevancia al consentimiento, partiendo del hecho que la inseminación artificial implica un acto externo y asistido al ciclo biológico natural de la procreación humana, por lo que el consentimiento en estos casos es creador de derechos y obligaciones, en tal sentido:

51 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC 6359-2017, M.P Dr. Ariel Salazar Ramírez

52 “*La diferencia entre la reproducción “natural” y la “artificial” consiste en que la primera se da por la cópula de los órganos sexuales masculino y femenino; mientras que en la segunda la fecundación del óvulo se hace sin unión sexual o ayuntamiento, aunque tales conceptos no son del todo precisos porque ambos procesos son biológicos y siguen las leyes naturales de la reproducción celular.*” (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC 6359-2017, M.P Dr. Ariel Salazar Ramírez).

53 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC 6359-2017, M.P Dr. Ariel Salazar Ramírez

54 “*el hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad*” (art. 213 C.C.)” (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC 6359-2017, M.P Dr. Ariel Salazar Ramírez).

55 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC 6359-2017, M.P Dr. Ariel Salazar Ramírez

56 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC 6359-2017, M.P Dr. Ariel Salazar Ramírez

(...) la determinación de la paternidad no depende de la verdad biológica, sino del consentimiento en la realización de la técnica reproductiva, el cual supone la voluntad de asumir la responsabilidad en la procreación y la misma progenitura, es decir, ejercer la función paterna con todas las obligaciones y derechos que ello implica.⁵⁷

En efecto, esta expresión de voluntad que tiene como objetivo “(...) *hacer posible la práctica de la inseminación en la mujer, y que el hombre asuma la paternidad del hijo que nace como consecuencia de ese procedimiento*”, debe cumplir los requisitos legales consagrados en el artículo 1502 del Código Civil. Es precisamente por lo anterior, que la manifestación de la voluntad debe ser previamente informada, libre, expresa y voluntaria, pues de ella surgen consecuencias relevantes para el mundo jurídico. Al respecto la Corte manifiesta que:

(...) la declaración de voluntad de los intervinientes presupone la conformidad con el procedimiento científico y la asunción de las consecuencias jurídicas que lleguen a producirse en caso de que se logre la gestación y se produzca el nacimiento del hijo.⁵⁸

En estos términos, la Corte concluye que la fecundación heteróloga permite consolidar la filiación como “(...) *una construcción jurídica asociada a la voluntad de asumir la paternidad, en la que el consentimiento prevalece sobre el aspecto genético*”. Es por ello que cuando se predique la impugnación de una filiación artificial, es superfluo acudir a un medio de prueba cuyo objeto es reconstruir el vínculo biológico, como es el caso del estudio de ADN, pues se reitera que en estas situaciones el lazo filial, está ligado al consentimiento, elemento plenamente válido para consolidar el vínculo filial, pues implica “(...) *la voluntad de asumir la paternidad con pleno conocimiento de la ausencia de lazo de sangre.*”⁵⁹

En consecuencia, la Corte considera ajustada a derecho la sentencia proferida por el *ad quem* y por consiguiente declara infructífero el cargo primero planteado en la demanda de casación por la parte accionante.

Referente al cargo segundo, la Corte reitera que de acuerdo con el origen de la filiación debe aportarse y valorar el medio de prueba idóneo, pertinente y útil para acreditar o desvirtuar dicho vínculo; “(...) *de suerte que, si en el presente caso la filiación de la menor demandada se dio por inseminación artificial, entonces la impugnación de la filiación paterna debió fundamentarse en la prueba de la ausencia de consentimiento del padre.*”⁶⁰

De conformidad con lo anteriormente expuesto, la Corte declara desierto el cargo segundo y, por consiguiente, resuelve no casar la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

57 *Ibíd.*

58 *Ibíd.*

59 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Op. cit.

60 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil Op. cit.

Conclusiones

La jurisprudencia nacional e internacional reconoce la identidad como un derecho fundamental que le permite al sujeto ejercer su autodeterminación para definirse como un sujeto con características personales e históricas que lo hacen único e identificable en relación con los otros. Esto le garantiza a la persona acceder a la verdad biográfica para configurarse como un agente específico que le permite consolidar su dignidad, siempre que considere que esa biografía consolida su posición en la relación social con otros agentes, y con su propia historia filial y biológica.

Los derechos sexuales y reproductivos de los sujetos en los que se origina la vida, bien por decisión de acoplamiento corporal para la integración natural de los gametos, como de aquellos que recurren a Trha por donación de células sexuales, quedan limitados frente a los derechos del sujeto que nace con ocasión de cualquiera de esos procedimientos. La identidad como derecho fundamental será el que defina las fronteras de las garantías jurídicas de los agentes que intervienen en la generación de nueva vida, para definir el marco de derechos a los que quedan sujetos los intervinientes en el procedimiento científico y técnico de reproducción humana frente a la persona nacida del trámite biológico o de la gestión en el laboratorio.

La identidad implica toda una serie de derechos, como la dignidad, el estado civil e incluso la vida, que resultan menoscabados en la medida en que se le confiera mayor peso a la confidencialidad en favor de los agentes que participan en la intervención científica para la generación de vida, y en consecuencia se imponga como una regla de todo o nada. El secreto, es una carga que se impone para evitar que terceros agentes o cualquier sujeto pueda acceder a la información sobre el origen de una persona nacida de una TRHA, lo cual no se puede imponer a la persona originada en una TRHA, porque impide que, en virtud del conocimiento de la genealogía biológica, la persona otorgue relevancia al significado del origen de su vida, y la historia filial anclada en las células sexuales base de su existencia. Es decir, pueda elaborar su identidad histórica, biológica, filial y social.

La defensa celosa de la prohibición de conocimiento queda limitada por el derecho a la identidad en cabeza de la persona que nace del procedimiento clínico con gametos donados o de algún miembro de la pareja. Solamente él, el humano que emerge del proceso científico, amparado en la necesidad de configuración de su identidad, puede acceder al conocimiento de todo el procedimiento que se implementó para su elaboración. Resulta fundamental para la persona establecer el origen de los gametos utilizados si se

trata de células donadas, porque puede saber cuál es la historia patológica del donante o los donantes, su desempeño social, su origen familiar, todo esto, atendiendo que cada cédula sexual utilizada alberga toda una serie de información que por transferencia queda depositada en el ADN, y que le permite comprender lo que biológicamente está pasando con su vida; y en la misma medida, comprender sus comportamientos, su carácter y todos aquellos rasgos que se transfieren de generación en generación.

La plasticidad de la identidad implica la posibilidad que tiene el sujeto de asumir formas de presentación social específicas en periodos de tiempo y espacios diferentes, pero comprendiendo la presencia de ciertos patrones y rasgos que lo caracterizan en cada uno de esos momentos y que le resulta imposible abandonar. El entendimiento de si está en la posibilidad de desentrañar todos los datos e información de su historia genética que debe partir del conocimiento de todo cuanto le sea posible de la fuente de los gametos. Es un ejercicio un tanto complejo, porque, puede resultar que la identificación de su origen al saber de los donantes de las cédulas no se conozca en profundidad, aspectos de la historia patológica, del comportamiento social, de su personalidad y en general de la identidad de la fuente de su existencia.

La legislación nacional en torno a los derechos de las personas nacidas de TRHA debe configurarse en forma mucho más específica en relación con el derecho a la identidad histórica, y al establecimiento de obligaciones por parte de los agentes implicados en la TRHA, para que, otorguen a la persona nacida del procedimiento clínico la información necesaria en torno a su origen, la historia social, filial y clínica de los donantes o de quienes aportaron el material genético constitutivo de su existencia. La donación de gametos, debe estar acompañada por una historia integral del donante en la que se consignen su histórica clínica, su filiación, su condición social y su desempeño en el espacio público. Información que debe quedar a disposición de la persona nacida de una TRHA para que conozca el origen y procedimientos utilizados para su existencia.

Pues, a pesar de que Colombia desde la Constitución Política de 1991, amplía el espectro en relación con la clasificación de los hijos en su art. 42, cuando relaciona los hijos nacidos mediante asistencia científica, creando la necesidad de reglamentar las situaciones que se puedan derivar de la progenitura asistencial, en la actualidad se puede evidenciar que no hay una regulación de fondo por parte del legislador, lo que ha conllevado a resolver dichas situaciones, con fundamento en los criterios auxiliares de la actividad judicial, como la jurisprudencia, el derecho comparado y los principios generales del derecho, buscando así garantizar el acceso a la administración de justicia.

Así las cosas, no hay ley expresa que regule la filiación de las personas que nacen producto de asistencia científica, sólo existe actualmente el Decreto 1546 de 1998 modificado por el Decreto 2493 de 2004, normatividad enfocada en regular el procedimiento, acceso y seguridad de los componentes anatómicos, más no las implicaciones históricas, sociales y jurídicas de las personas que utilizan estos métodos.

La plena manifestación de la voluntad, es decir, la expresión, el consentimiento y la exteriorización de los intervinientes de la inseminación artificial de carácter heteróloga es un elemento plenamente válido para consolidar un vínculo filial, pues ello implica

tener pleno conocimiento de la falta de compatibilidad consanguínea, y aún así, asumir y reconocer el rol de padre o madre.

Finalmente, la filiación asistida derivada de la fecundación heteróloga, no es otra cosa, que la construcción jurídica asociada a la voluntad de asumir la paternidad en la que el consentimiento, es decir, el querer, prevalece sobre los aspectos genéticos.

Bibliografía

- Ahmad , Watson , Vandekerckhove, & Lilford. (2008). Biblioteca Cochrane Plus. Obtenido de <http://www.bibliotecacochrane.com>
- Bajtín, M. & Voloshinov, V. (1998). ¿Qué es el lenguaje? La construcción de la enunciación, Más allá de lo social, un ensayo sobre la teoría freudiana, Buenos Aires: Editorial Almagesto.
- Bueno, F. E. (1996). “La investigación de la Filiación y las Pruebas Biológicas” Ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, P, 32.
- Bernal, J. S. (2013) “Reproducción Asistida y Filiación. Tres Casos” Opinión Jurídica, vol. 12, No. 24. págs. 135-150. Universidad de Medellín, Colombia.
- Gergen, K. (1992). El yo saturado, dilemas de identidad en el mundo contemporáneo, Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica.
- _____. (1996). Realidades y Relaciones, aproximaciones a la construcción social, Barcelona: Paidós Básica.
- Habermas, J. (2002). El futuro de la naturaleza humana ¿hacia una eugenesia liberal?, Barcelona: Paidós.
- Hernández, F. R. (1997). ¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español. Anuario de Derecho Civil, 50(1), 5-96.
- Hooft, P. F., & Picardi, G. J. (2006). Bioética y derecho. El consentimiento informado en la Jurisprudencia Argentina. Revista Latinoamericana de Bioética, (10), 1-58. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/1270/127020920001.pdf>.
- Llinás, R. (2002). El cerebro y el mito del yo. el papel de las neuronas en el pensamiento y el comportamiento humanos, Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Luhmann, N. (2010). Los derechos fundamentales como institución, México D.F: Universidad Iberoamericana.
- Maestre Ariza, M. D. P., & Peñaloza, M. (2016). Técnicas de reproducción humana asistida y su incidencia en la filiación en parejas del mismo sexo. Disponible en <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/36637>.

- Medina L. A. L. (2004) "Reproducción Asistida Post-Mortem a la luz de la ley 721 de 2001", Colombia: Trabajo de Grado, Universidad Industrial de Santander, Facultad de Ciencias Sociales y Políticas, Carrera de Derecho.
- Moadie-Ortega, V. (2017). El novedoso concepto de familia influenciado por las técnicas de reproducción asistida (TRA) en Colombia. *Vis Iuris. Revista de derecho y ciencias sociales*, 129-152.
- Disponible en <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/1146>.
- Miranda, L., Eduardo, R., & Rodríguez Meléndez, R. E. (2002). Bioética y Derecho de familia: problemas actuales sobre filiación y responsabilidad. *Revista del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador*.
- Disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2010/11/89C2F.PDF>.
- Muñoz Genestoux & Vittola, R. L. (2017). El Derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo. *Rev.IUS* , 11 (39).
- Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100011.
- Ricoeur, P. (2003). *Sí mismo como otro*, Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- Solís, L. S. (2000). "Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos." *Cuadernos de bioética*, 41. Tomado de: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf> XXV (37), 37-47.
- Taylor, Ch. (2006). *Las fuentes del yo, La construcción de la identidad moderna*, Barcelona: Paidós Ibérica.
- Uriza Rodríguez, E. T. (2016). "Importancia de la regulación de la fecundación in vitro dentro del sistema jurídico colombiano como forma de reproducción humana asistida." Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia.
- Vaca Gómez, M. C. (2018). *Maternidad subrogada para parejas del mismo sexo en Colombia bajo una perspectiva del derecho comparado*.
- Disponible en <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/15908>.
- Voloshínov, V. (1992). *El marxismo y la filosofía del lenguaje: principales problemas del método sociológico en la ciencia del lenguaje*. Versión española de Tatiana Buvnova, Madrid: Alianza editorial.

Zárate Cuello, A de J., & Celis Regalado, L. G. (2016). Determinismo genético, genocracia, multiculturalidad, diversidad sexual y nuevos derechos: una mirada en torno a la creación de familias homoparentales. *Revista jurídica piélagus*, 15(1), 127- 136.

Disponible en <https://journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/view/1291>.

Jurisprudencia colombiana.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP Arturo Solarte Rodríguez.

(28 de febrero de 2013). Sentencia 11001-3110-002-2006-00537-01. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia tomo CL II,

M.P Humberto Murcia. (12 de Enero de 1976). Gaceta CL II No. 2393. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 7901, MP. Carlos Ignacio Jaramillo. (26 de septiembre de 2005). Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP. Ariel Salazar Ramírez. (10 de mayo de 2017). Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP Arturo Solarte Rodríguez. (28 de febrero de 2013). Sentencia 11001-3110-002-2006-00537-01. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C-109/95 M.P Alejandro Martínez Caballero. (15 de marzo de 1995). Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera, Sentencia T-090/96 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. (1996). Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima. Sentencia T-182/96. MP Alejandro Martínez Caballero. (2 de mayo de 1996). Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima, Sentencia T-182/96, M.P Alejandro Martínez Caballero. (2 de mayo de 1996). Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T- 968 de 2009, M. P María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia, Sala plena, Sentencia C-258/15. MP Jorge Ignacio Pretelt. (6 de mayo de 2015). Bogotá, Colombia.

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

Normatividad colombiana.

Decreto 1546 de 1998, *“por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares.”* Diario Oficial. Año CXXXIV. N. 43357. 6 de agosto, 1998. Pág. 38.

Decreto 2493 de 2004, *“Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.”*, (agosto 4). Diario Oficial No. 45.631, de 5 de agosto de 2004

Ley 84 de 1873, Congreso de la República de Colombia. (31 de mayo de 1873). Código Civil Colombiano. Bogotá, Colombia.

Ley 153 de 1887, Congreso de la República de Colombia. (15 de abril de 1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales. Bogotá, Colombia.

Ley 45 de 1936, Congreso de la República de Colombia. (30 de marzo de 1936). Sobre reformas civiles (Filiación natural). Bogotá, Colombia.

Ley 75 de 1968, Congreso de la República de Colombia. (30 de diciembre de 1968). Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el ICBF. Bogotá, Colombia.

Ley 721 de 2001, Congreso de la República de Colombia. (29 de diciembre de 2001). Por medio de la cual se modifica la ley 75 de 1968. Bogotá, Colombia.

Jurisprudencia internacional.

Audiencia Provincial de Santander, Sección segunda. (1 de abril de 2019). Sentencia 192/2019. Santander, Cantabria, España.

Obtenido de <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/c38fae180884f9c3>.

Gelman vs. Uruguay , Sentencia No. 24 de febrero/12.607 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2011).

Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

Odièvre vs Francia, 42326/1998 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos (gran sala) 13 de febrero de 2004).

Obtenido de: http://www.itei.org.mx/v3/micrositios/diplomado/2017/puerto_vallarta/anexos/presentaciones/sesion_5.2.2.pdf.

Rose vs. Secretary of State for Health and Human Fertilisation and Embriology Authority, 2:962-980 (High Court Of Justice Queen's Bench Division Administrative Court 26 de julio de 2002).

Otros documentos internacionales:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Derecho a la verdad en América. Washington, D.C. (2014). Obtenido de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>.

General, A., & LA ASAMBLEA, G. E. N. E. R. A. L.

Organización de los Estados Americanos. Resolución AG/RES, 2345. (5 de junio de 2007). Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/5841.pdf>.

ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 Noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/50ac92492.html> [Accesado el 18 Mayo 2021]

El propósito de este libro es brindar al lector ciertos elementos y herramientas, para que tenga la posibilidad de reflexionar críticamente sobre la construcción de la identidad de la persona que nace fruto de la manipulación de material genético, frente a la dignidad humana y el lenguaje que incorpora el individuo de su mundo social a su mundo interior le permite interpretarse como sujeto social, definir quién es y qué papel juega en la colectividad, e igualmente definir lo que quiere ser y como quiere que los otros le vean.

De tal forma que al finalizar la lectura, el lector quede contextualizado en tiempo y espacio, sobre acontecimientos internacionales y nacionales; asimismo analice qué se puede mantener, y que se debe mejorar para garantizar el derecho a la identidad personal cómo un derecho constitucional fundamental, del mismo modo pueda sentir un cambio de actitud frente a la vivencia de las pugnas históricas, sociales y jurídicas colombianas al interior de la familia asistida, finalmente se espera obtenga una habilidad en el manejo de métodos y técnicas para abordar y apropiarse un concepto social, político y sobretodo jurídico en relación a la identidad.



SELLO EDITORIAL
UNIAUTÓNOMA DEL CAUCA

*Facultad de Derecho
Ciencias Sociales y Políticas*

